

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول و  
انستیتوت حقوق خصوصی خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک



کتاب درسی انستیتوت ماکس پلانک برای

# حقوق فامیل افغانستان

چاپ دوم با اصلاحات، زمستان ۱۳۸۸

مؤلفین:

کعبه راستین تهرانی و دکتر نجمایساری



انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول  
انستیتوت حقوق خصوصی خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک



کتاب درسی انستیتوت ماکس پلانک برای

# حقوق فامیل افغانستان

چاپ دوم با اصلاحات، زمستان ۱۳۸۸

مؤلفین:

کعبه راستین تهرانی و دکتر نجمایساری

با همکاری

دکتر ایمان گالالا

مترجم:

فهمیم قیومی

با حمایت و پشتیبانی:

اتحادیه اروپا و جمهوری فدرال آلمان

## رهنمود های انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک در قوانین افغانستان

مسئول بخش تصحیح: دوکتور تیلمن رویدر

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، رامین مشتاقی، چاپ سوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم، حقوق بشر و آزادی های اساسی، مندانا کنوست راسخ افشار و جولیا پیففر، چاپ دوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه، الیکساندرا هیلال گوور، رامین مشتاقی و ماندانا کنوست راسخ افشار، چاپ چهارم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری، پشتو و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق جزای عمومی افغانستان، محمد صدر توحیدخانه، چاپ دوم با اصلاحات (همکار تصحیح: انستیتوت حقوق جزای بین المللی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرک و دفتر کابل (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل افغانستان، کعبه راستین تهرانی و دکتر نجمایساری، چاپ دوم با اصلاحات، (همکار تصحیح: انستیتوت حقوق بین الملل خصوصی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرک و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون تشکیلات و صلاحیت محاکم، رامین مشتاقی، چاپ سوم با اصلاحات، هایدلبرک و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون اخلاق قضائی افغانستان، دکتر تیلمن رویدر، چاپ دوم با اصلاحات، هایدلبرک و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

© حق طبع و تکثیر محفوظ به انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک شهر هایدلبرگ، جمهوری فدرالی آلمان است

۲۰۰۴ - ۲۰۱۰

تمام رهنمودها در صفحه ای اینترنتی: <http://www.mpil.de/red/afghanistan> قابل دریافت است. برای معلومات عمومی راجع به انستیتوت های ماکس پلانک لطفاً به صفحه اینترنتی [www.mpil.de](http://www.mpil.de) (حقوق بین الملل عمومی) [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de) (حقوق جزاء و جرم شناسی) [www.mpipriv.de](http://www.mpipriv.de) (حقوق خصوصی) مراجعه نمایید. همچنین، رهنمودهای مطبوع در دفتر کابل انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک قابل دریافت است ([mpil.kabul@yahoo.com](mailto:mpil.kabul@yahoo.com)).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| مقدمه .....                                                   | ۱  |
| بخش اول: منابع حقوق و تاریخ رشد حقوق فامیل در افغانستان ..... | ۳  |
| فصل اول: منابع حقوق فامیل در افغانستان .....                  | ۴  |
| مبحث اول: پلورالیسم یا تعدد در حقوق .....                     | ۴  |
| گفتار اول: فقه و حقوق موضوعه .....                            | ۵  |
| گفتار دوم: حقوق عرفی .....                                    | ۶  |
| گفتار سوم: اسناد بین المللی .....                             | ۸  |
| مبحث سوم: روابط بین منابع حقوق / سلسله مراتب نورم ها .....    | ۹  |
| مبحث چهارم: تفسیر قانون اساسی و سایر قوانین .....             | ۱۰ |
| مبحث پنجم: نتیجه .....                                        | ۱۰ |
| فصل دوم: تاریخ انکشاف حقوق فامیل در افغانستان .....           | ۱۱ |
| مبحث اول: انکشاف تاریخی .....                                 | ۱۱ |
| گفتار اول: قانون ازدواج سال های ۱۹۲۱ و ۱۹۲۶ .....             | ۱۱ |
| الف) تعدد زوجات .....                                         | ۱۲ |
| ب) عقد نکاح، ازدواج اجباری و ازدواج اطفال .....               | ۱۲ |
| پ) بد دادن .....                                              | ۱۲ |
| ت) مخارج عقد نکاح .....                                       | ۱۳ |
| ث) اثرات قانون ازدواج ۱۹۲۱ و تغییرات در قانون ۱۹۲۶ .....      | ۱۳ |
| گفتار دوم: اصولنامه عروسی و ختنه سوری ۱۹۳۴ .....              | ۱۴ |
| الف) عقد نکاح .....                                           | ۱۴ |
| ب) مخارج ازدواج .....                                         | ۱۴ |
| گفتار سوم: اصولنامه ازدواج و ترتیب نکاح خط ۱۳۴۰ .....         | ۱۵ |
| گفتار چهارم: قانون ازدواج ۱۹۶۰ .....                          | ۱۵ |
| گفتار ششم: قانون مدنی سال ۱۹۷۷ .....                          | ۱۵ |
| گفتار هفتم: فرمان شماره هفتم ۱۹۷۸ .....                       | ۱۶ |
| الف) مصارف عروسی .....                                        | ۱۶ |
| ب) عقد نکاح و ازدواج اطفال .....                              | ۱۷ |
| گفتار هشتم: قوانین در زمان حکومت مجاهدین و طالبان .....       | ۱۷ |
| مبحث دوم: حقوق فامیل مروجہ در حال حاضر در افغانستان .....     | ۱۷ |
| مبحث سوم: نتیجه .....                                         | ۱۸ |
| بخش دوم: حقوق فامیل افغانستان .....                           | ۲۰ |

|                                                     |    |
|-----------------------------------------------------|----|
| فصل اول: موضوع و هدف حقوق فامیل.....                | ۲۱ |
| فصل دوم: تعریف واژه فامیل.....                      | ۲۱ |
| فصل سوم: حقوق فامیل و حقوق اساسی.....               | ۲۲ |
| فصل چهارم: حقوق فامیل و حقوق بین الملل خصوصی.....   | ۲۲ |
| مبحث اول: مقدمه.....                                | ۲۲ |
| مبحث دوم: تعارض بین قوانین مذهبی.....               | ۲۳ |
| بخش سوم: حقوق زناشوه‌ری افغانستان.....              | ۲۵ |
| فصل اول: ساحه تطبیق حقوق زناشوه‌ری.....             | ۲۶ |
| مبحث اول: ساحه تطبیق مادی حقوق زناشوه‌ری.....       | ۲۶ |
| مبحث دوم: ساحه تطبیق شخصی حقوق زناشوه‌ری.....       | ۲۶ |
| فصل دوم: مراحل قبل از ازدواج.....                   | ۲۶ |
| مبحث اول: خواستگاری.....                            | ۲۶ |
| گفتار اول: مفهوم.....                               | ۲۶ |
| گفتار دوم: اهمیت خواستگاری در جامعه افغانی.....     | ۲۷ |
| گفتار سوم: طویانه یا ولور.....                      | ۲۸ |
| الف) اساسات حقوقی.....                              | ۲۸ |
| ب) سقوط طویانه.....                                 | ۲۹ |
| مبحث دوم: نامزدی.....                               | ۳۰ |
| گفتار اول: تعریف و ماهیت حقوقی نامزدی.....          | ۳۰ |
| گفتار دوم: شرایط صحت نامزدی.....                    | ۳۰ |
| گفتار سوم: اختتام نامزدی.....                       | ۳۱ |
| الف) انصراف از نامزدی.....                          | ۳۱ |
| ب) نتایج حقوقی انصراف.....                          | ۳۱ |
| گفتار چهارم: احکام اجراءات قضائی.....               | ۳۲ |
| گفتار پنجم: اهمیت نامزدی در جامعه افغانی.....       | ۳۲ |
| گفتار ششم: دلایل و اسباب نامزدی های پیش از وقت..... | ۳۳ |
| الف) نامزدی در هنگام حاملگی مادر.....               | ۳۳ |
| ب) نامزدی در مقابل دریافت مساعدت.....               | ۳۳ |
| پ) نامزدی به امید تصاحب میراث.....                  | ۳۳ |
| ت) نامزدی منفعت آور.....                            | ۳۳ |
| ث) نامزدی بنابر وصیت.....                           | ۳۳ |

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| ج) نامزدی جبری .....                                                | ۳۴ |
| چ) نامزدی بنا بر وفاداری .....                                      | ۳۴ |
| ح) نامزدی تنبیهی .....                                              | ۳۴ |
| خ) نامزدی با توکل به سرنوشت .....                                   | ۳۴ |
| مبحث سوم: نتیجه .....                                               | ۳۴ |
| مبحث چهارم: احکام نامزدی در سایر نظامهای حقوقی اسلامی .....         | ۳۵ |
| گفتار اول: مفهوم واژه نامزدی .....                                  | ۳۵ |
| گفتار دوم: نتایج حقوقی انصراف از نامزدی .....                       | ۳۵ |
| فصل سوم: ازدواج .....                                               | ۳۷ |
| مبحث اول: مفهوم ازدواج .....                                        | ۳۷ |
| گفتار اول: مفهوم ازدواج در قانون مدنی افغانستان .....               | ۳۷ |
| گفتار دوم: مفهوم ازدواج در سایر نظامهای حقوقی اسلامی .....          | ۳۷ |
| مبحث دوم: ازدواج صحیح .....                                         | ۳۸ |
| گفتار اول: عمومیات .....                                            | ۳۸ |
| گفتار دوم: شرایط صحت نکاح .....                                     | ۳۹ |
| الف) ایجاب و قبول .....                                             | ۳۹ |
| ۱) اراده در ازدواج .....                                            | ۴۰ |
| ۲) اظهار اراده .....                                                | ۴۰ |
| ۳) فوریت و استمرار .....                                            | ۴۰ |
| ۴) زمان و مکان اظهار اراده .....                                    | ۴۱ |
| ۵) ازدواج اجباری .....                                              | ۴۱ |
| ۱.۵) ممنوعیت ازدواج اجباری بوسیله قوانین ملی و نتایج حقوقی آن ..... | ۴۲ |
| ۲.۵) ممنوعیت ازدواج اجباری توسط اسناد بین المللی .....              | ۴۳ |
| ۳.۵) ازدواجهای اجباری در جامعه افغانستان .....                      | ۴۳ |
| ۴.۵) ازدواجهای اجباری در کشورهای اسلامی دیگر .....                  | ۴۴ |
| ب) اهلیت ازدواج .....                                               | ۴۶ |
| ۱) سن ازدواج .....                                                  | ۴۶ |
| ۲) صحت‌مندی روانی .....                                             | ۴۶ |
| ۲.۱) نقص یا فقد اهلیت .....                                         | ۴۶ |
| ۲.۲) اشخاص سفیه و غفلت کار .....                                    | ۴۷ |
| ۳) اجازه ولی .....                                                  | ۴۷ |
| ۴) سن اهلیت ازدواج در اسناد بین المللی .....                        | ۴۷ |
| ۵) ازدواج های قبل از تکمیل سن اهلیت ازدواج در جامعه افغانستان ..... | ۴۸ |
| ۶) قواعد سن اهلیت ازدواج در سایر کشور های اسلامی .....              | ۴۹ |
| پ) عقد ازدواج بوسیله ولی و وکیل .....                               | ۵۰ |

|    |                                                                                |
|----|--------------------------------------------------------------------------------|
| ۵۰ | ۱) ولایت در ازدواج .....                                                       |
| ۵۰ | ۱.۱) اساسات .....                                                              |
| ۵۰ | ۲.۱) ولایت ازدواج در قانون مدنی .....                                          |
| ۵۱ | ۳.۱) ولایت ازدواج در عقد ازدواج دختران بین ۱۵ الی ۱۶ سال .....                 |
| ۵۱ | ۴.۱) ولایت ازدواج در عقد ازدواج دختران ممیز دارای اهلیت ازدواج .....           |
| ۵۱ | ۵.۱) ولایت در ازدواج در سایر کشور های اسلامی .....                             |
| ۵۳ | ۲) وکالت در عقد ازدواج .....                                                   |
| ۵۳ | ۱.۱) مشروعیت .....                                                             |
| ۵۳ | ۱. ۲) اظهار اراده توسط وکیل .....                                              |
| ۵۳ | ۱. ۳) حدود صلاحیت وکیل .....                                                   |
| ۵۳ | ۱. ۳. ۱) وکالت مقید .....                                                      |
| ۵۴ | ۱. ۲. ۳) وکالت مطلق .....                                                      |
| ۵۴ | ۱. ۴) آثار وکالت در عقد ازدواج .....                                           |
| ۵۴ | ۱. ۵) وکالت در ازدواج در کشور های اسلامی دیگر .....                            |
| ۵۵ | گفتار سوم: حضور شهود .....                                                     |
| ۵۵ | الف) اهلیت شهود .....                                                          |
| ۵۵ | ب) تعداد شهود .....                                                            |
| ۵۶ | ت) تعلقات دینی شهود .....                                                      |
| ۵۶ | گفتار چهارم) محرمات (موانع) ازدواج .....                                       |
| ۵۶ | الف) محرمات (موانع) دایمی ازدواج .....                                         |
| ۵۶ | ۱) حرمت نسبی .....                                                             |
| ۵۶ | ۲) حرمت مصاهره .....                                                           |
| ۵۷ | ۳) حرمت ازدواج به اثر روابط جنسی خارج از ازدواج (حرمت ازدواج به اثر زنا) ..... |
| ۵۷ | ۴) حرمت رضاعی .....                                                            |
| ۵۷ | ب) محرمات (موانع) موقت ازدواج .....                                            |
| ۵۸ | ۱) ازدواج با خواهر زوجه و محارم او .....                                       |
| ۵۸ | ۲) ازدواج با مطلقه ثلاثه .....                                                 |
| ۵۸ | ۳) ازدواج با منکوحه و معتدّه غیر .....                                         |
| ۵۹ | ۴) ازدواج با زنی که لعان شده .....                                             |
| ۵۹ | ۵) ازدواج با زن غیرمسلمان .....                                                |
| ۵۹ | مبحث سوم: تعدد زوجات .....                                                     |
| ۵۹ | گفتار اول: مشروعیت تعدد زوجات در حقوق افغانستان .....                          |
| ۶۰ | گفتار دوم: شرایط تعدد زوجات .....                                              |
| ۶۰ | گفتار سوم: تعدد زوجات در جامعه افغانی .....                                    |
| ۶۱ | گفتار چهارم: تعدد زوجات در کشور های اسلامی دیگر .....                          |
| ۶۳ | مبحث چهارم: شروط ضمن عقد ازدواج .....                                          |

|                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------|----|
| گفتار اول: حاکمیت اراده .....                                | ۶۳ |
| گفتار دوم: شروط ضمن عقد ازدواج در کشور های اسلامی دیگر ..... | ۶۳ |
| مبحث پنجم: ثبت عقد ازدواج .....                              | ۶۵ |
| گفتار اول: کلیات .....                                       | ۶۵ |
| گفتار دوم: مکلفیت ثبت ازدواج .....                           | ۶۵ |
| گفتار سوم: مقامات ثبت .....                                  | ۶۶ |
| گفتار چهارم: ثبت ازدواج در افغانستان .....                   | ۶۶ |
| گفتار پنجم: ثبت ازدواج در سایر کشورهای اسلامی .....          | ۶۷ |
| فصل چهارم: آثار ازدواج .....                                 | ۶۹ |
| مبحث اول: احکام عمومی آثار ازدواج .....                      | ۶۹ |
| گفتار اول: حقوق و وجایب مشترک زن و شوهر .....                | ۶۹ |
| گفتار دوم: حقوق و وجایب متفاوت زن و شوهر .....               | ۷۰ |
| مبحث دوم: مهر .....                                          | ۷۰ |
| گفتار اول: ماهیت حقوقی و تشکل مهر .....                      | ۷۰ |
| گفتار دوم: انواع مهر .....                                   | ۷۰ |
| الف) مهر مسمی .....                                          | ۷۱ |
| ب) مهر مثل .....                                             | ۷۱ |
| گفتار سوم: مقدار و اندازه مهر .....                          | ۷۱ |
| گفتار چهارم: پرداخت مهر .....                                | ۷۲ |
| گفتار پنجم: حق پرداخت مهر قبل از دخول .....                  | ۷۲ |
| گفتار ششم: اسقاط کامل حق مهر .....                           | ۷۳ |
| گفتار هشتم: حق متعه .....                                    | ۷۴ |
| گفتار نهم: اهمیت مهر در جامعه افغانی .....                   | ۷۶ |
| گفتار دهم: مهر در سایر کشورهای اسلامی .....                  | ۷۶ |
| مبحث سوم: نفقه .....                                         | ۸۲ |
| گفتار اول: تشکل و مقدار حق نفقه .....                        | ۸۲ |
| گفتار دوم: ایفای وجبیه نفقه .....                            | ۸۲ |
| گفتار سوم: عواقب حقوقی امتناع زوج از پرداخت نفقه .....       | ۸۲ |
| گفتار چهارم: اسقاط نفقه .....                                | ۸۳ |
| الف) خارج شدن زوجه از خانه بدون اجازه شوهر .....             | ۸۳ |
| ب) عدم اطاعت زوجه از زوج در امور زوجیت .....                 | ۸۳ |
| پ) وجود مانعی برای انتقال زوجه به مسکن زوج .....             | ۸۴ |

|    |                                                      |
|----|------------------------------------------------------|
| ۸۴ | گفتار پنجم: نفقه زوجه در سایر کشورهای اسلامی         |
| ۸۵ | مبحث چهارم: وضعیت دارایی زوجین                       |
| ۸۵ | گفتار اول: وضعیت دارایی زوجین مطابق حقوق افغانستان   |
| ۸۶ | گفتار دوم: وضعیت دارایی زوجین در سایر کشورهای اسلامی |
| ۸۶ | مبحث پنجم: حق میراث زوجین                            |
| ۸۷ | فصل پنجم: انحلال ازدواج                              |
| ۸۷ | مبحث اول: فسخ نکاح                                   |
| ۸۷ | گفتار اول: تعریف                                     |
| ۸۸ | گفتار دوم: شرایط فسخ                                 |
| ۸۸ | الف) وقوع خلل حین عقد ازدواج                         |
| ۸۸ | ب) بوجود آمدن خلل بعد از عقد ازدواج                  |
| ۸۹ | گفتار سوم: اقدام فسخ                                 |
| ۹۰ | مبحث دوم: طلاق                                       |
| ۹۰ | گفتار اول: تعریف                                     |
| ۹۰ | گفتار دوم: شرایط طلاق صحیح                           |
| ۹۰ | الف) عقد ازدواج صحیح                                 |
| ۹۰ | ب) شرایط در شخص زوج                                  |
| ۹۱ | پ) شرایط در شخص زوجه                                 |
| ۹۲ | ت) صیغه طلاق                                         |
| ۹۲ | ث) وکالت در طلاق                                     |
| ۹۳ | ج) حضور شهود                                         |
| ۹۳ | گفتار سوم: اقسام طلاق                                |
| ۹۳ | الف) طلاق رجعی                                       |
| ۹۴ | ب) طلاق باین                                         |
| ۹۵ | ۱) طلاق باین صغرا                                    |
| ۹۵ | ۲) طلاق باین کبرا                                    |
| ۹۵ | گفتار چهارم: ثبت طلاق                                |
| ۹۶ | گفتار پنجم: طلاق در سایر کشورهای اسلامی              |
| ۹۶ | الف) درخواست طلاق از محکمه                           |
| ۹۶ | ب) ثبت طلاق                                          |
| ۹۸ | مبحث سوم: خلع                                        |
| ۹۸ | گفتار اول: تعریف                                     |
| ۹۸ | گفتار دوم: شرایط خلع                                 |
| ۹۸ | الف) عقد ازدواج صحیح                                 |

|     |                                                             |
|-----|-------------------------------------------------------------|
| ۹۸  | ب) شرایط در شخص زوجین                                       |
| ۹۹  | پ) شرایط بدل خلع                                            |
| ۹۹  | ۱) مناسب بودن بدل خلع                                       |
| ۹۹  | ۲) خلع در برابر مال، رضاع، نفقه و حضانت                     |
| ۹۹  | ۱.۲) مهر به حیث بدل خلع                                     |
| ۹۹  | ۲.۲) شیر دادن طفل مشترک بحیث بدل خلع                        |
| ۱۰۰ | ۳.۲) تأمین نفقه طفل مشترک بحیث بدل خلع                      |
| ۱۰۰ | ۴.۲) حفاظت طفل مشترک بحیث بدل خلع                           |
| ۱۰۰ | ت) عدم تعیین و نفی بدل خلع                                  |
| ۱۰۱ | گفتار سوم: رجوع از خلع                                      |
| ۱۰۱ | گفتار چهارم: اثر خلع                                        |
| ۱۰۱ | گفتار پنجم: خلع در سایر کشور های اسلامی                     |
| ۱۰۲ | مبحث چهارم: تفریق قضائی                                     |
| ۱۰۲ | گفتار اول: دلایل تفریق قضائی                                |
| ۱۰۲ | الف) تفریق به سبب عیب                                       |
| ۱۰۳ | ب) تفریق به سبب ضرر                                         |
| ۱۰۴ | پ) تفریق به سبب عدم انفاق                                   |
| ۱۰۴ | ت) تفریق به سبب غیاب                                        |
| ۱۰۵ | گفتار دوم: تفریق قضائی بوسیله زوجه در سایر کشور های اسلامی  |
| ۱۰۷ | مبحث پنجم: حکمیت مقدماتی در جریان دعوی طلاق                 |
| ۱۰۷ | گفتار اول: حکمیت در جریان دعوی طلاق در افغانستان            |
| ۱۰۷ | گفتار دوم: حکمیت در جریان دعوی طلاق در سایر کشور های اسلامی |
| ۱۰۸ | مبحث اول: عدت                                               |
| ۱۰۸ | گفتار اول: تعریف عدت:                                       |
| ۱۰۹ | گفتار دوم: هدف عدت                                          |
| ۱۰۹ | گفتار سوم: آثار عدت                                         |
| ۱۰۹ | گفتار چهارم: دوام عدت                                       |
| ۱۱۰ | الف) زوجه حایض                                              |
| ۱۱۰ | ب) زوجه آیه و زوجه غیر حایض                                 |
| ۱۱۰ | پ) زوجه عادی به طهر متداوم                                  |
| ۱۱۰ | ت) زوجه عادی به خونریزی متداوم                              |
| ۱۱۱ | ث) زوجه حامله                                               |
| ۱۱۱ | ج) زوجه متوفی                                               |
| ۱۱۱ | مبحث دوم: نفقه عدت                                          |
| ۱۱۱ | گفتار اول: وجیهه شوهر مبنی بر پرداخت نفقه عدت               |

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| گفتار دوم: اسقاط نفقه عدت .....                                  | ۱۱۲ |
| مبحث سوم: متعه .....                                             | ۱۱۲ |
| مبحث چهارم: آثار انحلال ازدواج در سایر کشور های اسلامی .....     | ۱۱۲ |
| بخش چهارم: حقوق اولاد، ولایت، وصایت و قیمومت .....               | ۱۱۵ |
| فصل اول: حقوق اولاد .....                                        | ۱۱۶ |
| مبحث اول: مقدمه .....                                            | ۱۱۶ |
| مبحث دوم: نسب .....                                              | ۱۱۶ |
| گفتار اول: اثبات نسب از یک نکاح صحیح .....                       | ۱۱۶ |
| گفتار دوم: ثبوت نسب بعد از انحلال ازدواج یا پس از فوت شوهر ..... | ۱۱۷ |
| گفتار سوم: ثبوت نسب در نکاح فاسد و دخول به شبهه .....            | ۱۱۸ |
| گفتار چهارم: اقرار به نسب .....                                  | ۱۱۸ |
| الف) اقرار به وسیله پدر .....                                    | ۱۱۹ |
| ب) اقرار به وسیله مادر .....                                     | ۱۱۹ |
| پ) اقرار به وسیله طفل .....                                      | ۱۱۹ |
| مبحث سوم: جایگاه حقوقی اطفال به طور عام .....                    | ۱۲۰ |
| گفتار اول: تابعیت طفل .....                                      | ۱۲۰ |
| گفتار دوم: اهلیت حقوقی طفل .....                                 | ۱۲۱ |
| الف) اهلیت وجوب و اهلیت ادا .....                                | ۱۲۱ |
| ب) اهلیت حقوقی کامل، نقصان و فقدان اهلیت .....                   | ۱۲۲ |
| گفتار سوم: اقامتگاه طفل .....                                    | ۱۲۳ |
| گفتار چهارم: پرداخت نفقه توسط طفل .....                          | ۱۲۳ |
| گفتار پنجم: حق ارث .....                                         | ۱۲۳ |
| الف) عمومیات .....                                               | ۱۲۳ |
| ب) حق ارث اولاد و والدین از یکدیگر .....                         | ۱۲۴ |
| مبحث چهارم: وجایب والدین در برابر طفل .....                      | ۱۲۵ |
| گفتار اول: رضاع .....                                            | ۱۲۵ |
| الف) رضاع به حیث وجبیه مادر .....                                | ۱۲۵ |
| ب) اجرت شیر دادن طفل توسط پدر .....                              | ۱۲۶ |
| گفتار دوم: وجبیه نفقه اولاد .....                                | ۱۲۷ |
| الف) وجبیه پدر طفل مبنی بر ادای نفقه .....                       | ۱۲۷ |
| ب) وجبیه سایر خویشاوندان در قسمت ادای نفقه .....                 | ۱۲۷ |
| پ) وسعت وجبیه نفقه .....                                         | ۱۲۷ |
| گفتار سوم: سرپرستی و نگاهداری طفل صغیر توسط والدین .....         | ۱۲۸ |

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| الف) حضانت.....                                                | ۱۲۸ |
| (۱) تعریف.....                                                 | ۱۲۸ |
| (۲) اشخاص مستحق.....                                           | ۱۲۸ |
| (۳) از دست دادن حق حضانت.....                                  | ۱۳۰ |
| (۴) وجبیه پرداخت اجرت حضانت.....                               | ۱۳۱ |
| ب) ولایت بر نفس.....                                           | ۱۳۲ |
| (۱) تعریف.....                                                 | ۱۳۲ |
| (۲) اشخاص مستحق.....                                           | ۱۳۲ |
| (۳) دوام ولایت بر نفس.....                                     | ۱۳۳ |
| پ) ولایت بر اموال.....                                         | ۱۳۳ |
| (۱) ولی قانونی.....                                            | ۱۳۴ |
| (۱.۱) شرایط و شروع ولایت.....                                  | ۱۳۴ |
| (۲.۱) اداره و سرپرستی اموال توسط ولی.....                      | ۱۳۴ |
| (۳.۱) حدود تصرفات پدر به حیث ولی.....                          | ۱۳۵ |
| (۴.۱) حدود تصرفات جد صحیح به حیث ولی.....                      | ۱۳۶ |
| (۵.۱) جبران خساره توسط ولی.....                                | ۱۳۶ |
| (۶.۱) اجازه فعالیت تجارתי مولی علیه.....                       | ۱۳۶ |
| (۷.۱) اختتام ولایت.....                                        | ۱۳۶ |
| (۲) وصی اختیاری.....                                           | ۱۳۷ |
| (۲.۱) عمومیات.....                                             | ۱۳۷ |
| (۲.۲) شرایط وصی اختیاری.....                                   | ۱۳۷ |
| (۲.۳) حقوق و وجایب وصی اختیاری.....                            | ۱۳۸ |
| (۲.۴) اجرت.....                                                | ۱۳۹ |
| (۲.۵) اجازه اداره اموال توسط موصی علیه.....                    | ۱۳۹ |
| (۲.۶) ختم وصایت.....                                           | ۱۴۰ |
| (۳) وصی قضائی.....                                             | ۱۴۰ |
| (۳.۱) عمومیات.....                                             | ۱۴۱ |
| (۳.۲) وصی خاص و مؤقت و وصی خصومت.....                          | ۱۴۱ |
| (۳.۳) حقوق و وجایب وصی و اختتام وصایت.....                     | ۱۴۲ |
| ت) نگاهداری و سرپرستی توسط والدین در سایر کشور های اسلامی..... | ۱۴۲ |
| مبحث پنجم: فرزند خواندگی.....                                  | ۱۴۴ |
| فصل دوم: حجر.....                                              | ۱۴۴ |
| ضمایم.....                                                     | ۱۴۵ |
| ضمیمه (۱): کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان.....           | ۱۴۶ |
| ضمیمه (۲): کنوانسیون حقوق اطفال.....                           | ۱۵۷ |

## مقدمه

هدف این کتاب معرفی قوانین وضعی مربوط به حقوق فامیل در افغانستان میباشد. بمنظور درک بهتر این بخش حقوق لازم است تا نخست منابع حقوق افغانستان به طور عموم و منابع حقوق فامیل بطور خاص مورد مطالعه قرار گیرند. چون نظام حقوقی افغانستان از منابع متعدد یا چندگانه حقوقی بمیان آمده است (در افغانستان منابع حقوقی مختلف در کنار هم قرار دارند)، این امر سبب گردیده تا بعضاً هنگام تطبیق قانون میان متن قوانین و جنبه تطبیقی آنها تنازع بمیان آید. لذا سعی بعمل آمده تا در این کتاب به برخی از جوانب حقوق تطبیقی، البته تا آنجا که در دسترس بوده، نیز اشاره صورت گیرد. اما قبل از همه به بررسی حقوق فامیل مندرج قانون مدنی برای محصلین و استادان پوهنتون ها پرداخته میشود. البته در این بخش بکارگیری حقوق وضعی (کتبی) در نظر گرفته شده است. بحث روی مسایل مربوط به فقه حنفی که اساس اکثر مواد قانون مدنی افغانستان را تشکیل میدهد، به کسانی واگذار میشود که از معلومات بیشتر در این عرصه بر خوردار میباشند.

این کتاب درسی با استفاده از مأخذ حقوقی دری، پشتو، انگلیسی، آلمانی، سایر لسان های اروپایی، قوانین نافذه افغانستان به شمول قرارداد ها و میثاق های بین المللی که افغانستان به آنها ملحق گردیده است، گزارشات مؤسسات ملی و بین المللی، دولتی و غیر دولتی که در افغانستان فعالیت دارند مانند سازمان عفو بین الملل، USAID، Medica Mondiale و غیره تهیه گردیده است. در این کتاب از تجارب حاصله از تحقیقات براه انداخته شده توسط انستیتیوت ماکس پلانک شهر هامبورگ جمهوری فدرالی آلمان در ماه های جنوری الی مارچ سال ۲۰۰۵<sup>۱</sup> (ذیل: راپور ماکس پلانک ۲۰۰۵) و سیمیناری که در ماه جون سال ۲۰۰۶ راجع به حقوق فامیل در شهر کابل (ذیل: سیمینار ماکس پلانک ۲۰۰۶) تدویر یافته بود، استفاده صورت گرفته است.

نمیتوان ادعا کرد که این کتاب درسی از هر جهت کامل و بدون کاستی بوده، نتایج و راه های حل نهایی قضایا را احتوا میکند. هدف اصلی این است تا خوانندگان بتوانند به کمک این کتاب قواعد حقوقی مندرج در قوانین و عمل کرد روزمره حقوقی را مطابق موازین حاکمیت قانون تعبیر نموده و بکار گیرند. چون افغانستان باید هر چه بیشتر در گلوبالیزم سهیم گردد، کوشش شده تا این کتاب درسی به شیوه حقوق مقایسوی تهیه گردد تا حقوقدانان افغانستان بتوانند از قوانین سایر کشور های اسلامی نیز مطلع شوند. بویژه تلاشهای سایر دول اسلامی مبنی بر نو سازی قوانین (آوردن ریفرم در عرصه قوانین) در این کشور ها برای خوانندگان جالب توجه قرار خواهد گرفت. در این کشور ها سعی ورزیده شده تا حقوق با شرایط عینی این جوامع تطابق داده شود تا از این طریق اعتبار بیشتر حقوقی حاصل گردد.

این کتاب تدریسی در چهار بخش تنظیم یافته است. در بخش اول منابع حقوقی افغانستان و رشد تاریخی حقوق خصوصی و در بخش دوم حقوق فامیل بطور عام معرفی میگردند. در بخش سوم و چهارم احکام حقوق فامیل

---

<sup>1</sup> Yassari/Saboory, Family Structures and Family Law in Afghanistan – A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan January-March 2005, 11, unter [www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report\\_Family.pdf](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report_Family.pdf).

افغانستان بطور خاص به تفصیل بررسی میشوند. البته مسایل حقوق ازدواج، طلاق و اطفال نکات اساسی این دو بخش را تشکیل میدهند.

بخش اول: منابع حقوق و تاریخ رشد حقوق فامیل در افغانستان

## فصل اول: منابع حقوق فامیل در افغانستان

### مبحث اول: پلورالیسم یا تعدد در حقوق

وقتی میتوان از تعدد در حقوق سخن گفت که در یک نظام حقوقی منابع مختلف حقوقی موجود باشند و هر کدام این منابع ادعای حق تقدم و اولویت تطبیق بالای یک قضیه ای همسان را داشته باشند. همچنان ممکن است که در یک کشور بخش هایی از نظام های حقوقی وجود داشته باشند که ادعای تطبیق آنها یک بخش معینه حقوق و یا قسمت معینه قلمرو و یا گروهی از مردم را احتوا نماید. بدین ترتیب ممکن است نظریات حقوقی گروه های مختلف قومی و یا یک جمعیت مذهبی تطبیق مقررات یا نورم های مختلف را بالای یک قضیه یکسان بپذیرند. علاوهً امکان دارد تا در یک نظام حقوقی سیستم حقوق دولتی با سیستم حقوق منطقوی در رقابت قرار گیرند، زیرا هر کدام مشروعیت خود را از منابع مختلف حقوقی کسب میکنند. چنین تعدد حقوقی به مراتب پیچیده تر میگردد، وقتی که نورم ها با تطبیق عملی آنها تفاوت بزرگ داشته باشند. بدین ترتیب میتوان نیز از تعدد در حقوق حرف زد وقتی که حقوق دولتی با حقوق تطبیقی تفاوت داشته باشد. تمام اشکال تعدد حقوقی فوق الذکر در افغانستان مشاهده میشود. چنین چندگانگی منابع حقوقی در افغانستان از شرایط تاریخی و اجتماعی (دیموگرافی) نشأت میکند.

پس از استقرار دین اسلام در افغانستان در قرن هشتم میلادی، شریعت اسلامی و بخصوص فقه حنفی در نظام حقوقی و قضائی این کشور حکمفرما شد.<sup>۲</sup> در افغانستان برای نخستین بار در اوایل دهه ۱۹۲۰ عصر قانونگذاری آغاز یافت. اولین قانون اساسی افغانستان در زمان سلطنت امان الله خان ۱۹۱۹-۱۹۲۹<sup>۳</sup> به نام نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان در سال ۱۹۲۳ به تصویب رسید. ولی با وجود این انکشاف یعنی بوجود آمدن مجموعه ای از قوانین به شکل یک کتاب قانون در چگونگی حقوق فامیل کدام تغییری ایجاد نگردید. عصر ایجاد قوانین در افغانستان از لحاظ تاریخی درست زمانی آغاز یافت که کشور همسایه ایران و ترکیه به منظور ایجاد نظام های مبتنی بر قانون و مرفقی ساختن این کشورها تلاش میورزیدند. امان الله خان میخواست همانند رضا شاه در ایران و آتا ترک در ترکیه با تصویب قوانین و تقویت حکومت مرکزی یک افغانستان مرفقی بوجود بیاورد. ولی اکثر این تلاش ها در افغانستان به ناکامی مواجه شد. اولین مجموعه حقوقی که در عرصه حقوق خصوصی در افغانستان در سال ۱۹۷۷ در دوره تسلط محمد داوود بوجود آمد، عبارت بود از قانون مدنی که آنهم در واقع یک مجموعه نورمهای فقه اهل سنت بالاخص فقه حنفی میباشد.<sup>۴</sup> با وجود آنکه در قرن گذشته در افغانستان جهت ایجاد یک حکومت مرکزی مقتدر و با صلاحیت زحمات زیادی کشیده شد، اما هیچگاه حقوق دولتی واحد بوجود نیامد.

<sup>۲</sup> هاشم کمالی، اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۳۵.

<sup>۳</sup> Leon Poullada, Reform and rebellion in Afghanistan, 1919-1929 (Cornell University Press.) 1973, 92.

<sup>۴</sup> نجما یساری، همه گرایبی حقوقی و حقوق خانواده، ارزیابی و وضعیت فعلی در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۵۶.

به علاوه افغانستان یک کشور متشکل از اقوام گوناگون میباشد که تا سال ۱۸۲۶ میلادی و ایجاد یک دولت مرکزی توسط امیر دوست محمد (۱۸۲۶-۱۸۶۳) به شیوه ملوک الطوائفی اداره میشد.<sup>۵</sup> البته اقوام افغانستان که در مناطق جغرافیایی خود مختار زیست داشتند، مسایل و دعاوی مربوط به حقوق فامیل را بوسیله رسوم و عینعات قومی شان حل و فصل میکردند.<sup>۶</sup> یعنی حقوق عرفی و عنعنوی و تصامیمی که در شوراها و جرگهها اتخاذ میشدند هم در گذشته و هم امروز یک منبع حقوق عرفی را در افغانستان تشکیل میدهند.<sup>۷</sup> بدین ترتیب سیستم حقوقی افغانستان متشکل است از فقه، حقوق عرفی منطقوی، اصول عرفی یا قبیله ای و همچنین قوانین دولتی.<sup>۸</sup>

مکانیسم های مختلفی که برای حل دعاوی در افغانستان موجود اند باعث تشدید معضله چندگانگی یا تعدد در حقوق میگردد. در افغانستان در کنار محاکم دولتی که فعالیت آنها را در زمینه حقوق مدنی قانون اصول محاکمات مدنی سال ۱۳۶۹<sup>۹</sup> تنظیم مینماید، مراجع غیر دولتی نیز وجود دارند. به اساس گزارشات بین المللی تنها ۱۵ فیصد دعاوی به محاکم دولتی احاله میگرددند.<sup>۱۰</sup> بدین ترتیب اکثریت قضایای جزائی و دعاوی خصوصی خارج از محاکم و ارگانهای دولتی حل و فصل میگرددند. علت اینکه در افغانستان به چنین شیوه رفتار میشود بخصوص این میباشد که ادارات قضائی در بسیاری از محلات وجود ندارند و یا غیر فعال میباشند.

## مبحث دوم: جزئیات منابع حقوق فامیل در افغانستان

### گفتار اول: فقه و حقوق موضوعه

فقه در لغت به معنی فهم است و در اصطلاح عبارت از فقه عبارت از : علم به احکام شرعی عملی است که از ادله تفصیله گرفته شده است.<sup>۱۱</sup> اکثریت مردم افغانستان پیرو مذهب حنفی میباشند. بنابراین در میان مذاهب فقهی در افغانستان مذهب حنفی برجسته تر میباشد. چون از ده ها سال بدینسو در افغانستان احصائیه گیری رسمی صورت نگرفته، ارقام دقیق مبنی بر تعداد پیروان مذاهب در افغانستان در دسترس قرار ندارند.

<sup>۵</sup> اقوام افغانستان متشکل اند از: پشتون، تاجک، هزاره، ازبک، ترکمن، بلوچ، پشه یی، نورستانی، ایماق، عرب، قرعیز، قزلباش، گوجر، براهوی و سایر اقوام ( ماده ۴ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ افغانستان).

<sup>۶</sup> Smith/Bernier/Bunge, Rintz, Afghanistan: A Country Study (1980), 97.

<sup>۷</sup> Vafai, Gholam, Afghanistan: A Country Law Study ( 1988), 10.

<sup>۸</sup> نجما یساری، همه گرایبی حقوقی و حقوق خانواده، ارزیابی و وضعیت فعلی در افغانستان در کتاب : جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۴۷.

<sup>۹</sup> جریده رسمی شماره ۱۰ مورخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹.

<sup>۱۰</sup> در این باره گزارشات آتی ملاحظه شود:

Asia Foundation, Afghanistan in 2006, A Survey of the Afghan People, 59; Austrian Centre for Country of Origin and Asylum Research and Documentation, November 2007, 11<sup>th</sup> European Country of Origin Information Seminar, Vienna, 21 – 22 June 2007, 19.

<sup>۱۱</sup> « العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية ».

قبل از ایجاد نظام مشروطه در افغانستان، افغانستان مانند سایر کشورهای اسلامی دارای نظام حقوقی دوگانه بود. از یکسو مسایل دولتی و اداری بوسیله حقوق دولتی تنظیم میشدند. از سوی دیگر موضوعات مربوط به حقوق خصوصی طبق احکام فقهی حل و فصل میشدند. این نظام دوگانه حقوقی در نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان مصوب سال ۱۹۲۳ (۱۳۰۲ ه.ش.) نیز بازتاب یافته بود. ماده ۱۶ این نظامنامه اساسی مقرر میداشت که اتباع افغانستان مکلف اند تا از قوانین اسلامی و دولتی اطاعت نمایند.

طوریکه در بالا ذکر شد، پروسه قانونگذاری و انسجام قوانین در افغانستان در اوایل قرن بیستم میلادی آغاز یافت. هدف این روند قانونگذاری آن بود تا از یکسو آن بخش های حقوقی در چوکات قوانین تنظیم گردند که فقه آنها را احتوا نمیکرد و از سوی دیگر بخش هایی را که احکام فقهی بر آنها تطبیق میگردید مانند حقوق فامیل، مالکیت و قراردادها (عقود) نیز در محدوده قوانین دولتی گنجانیده شوند تا قضات و علمای حقوق بتوانند به شکل بهتر به موازین شریعت دسترسی داشته باشند.<sup>۱۲</sup>

پروسه قانونگذاری در افغانستان دارای سابقه تاریخی کوتاهی است. به همین علت بود که برای اولین بار از واژه «قانون» در ششمین قانون اساسی افغانستان که در سال ۱۹۶۴ (۱۳۴۳) در دوره سلطنت ظاهرشاه بتصویب رسید، تعریف بعمل آمد. متن ماده ۶۹ قانون اساسی ۱۹۶۴ چنین بود:

«به استثنای حالاتیکه برای آن طرز عمل خاصی در این قانون اساسی تصریح گردیده، قانون عبارتست

از مصوبه موافق هر دو جرگه که به توشیح پادشاه رسیده باشد. در ساحه ایکه چنین مصوبه موجود

نباشد عبارتست از احکام فقه حنفی شریعت اسلام.»

سپس، حکم این ماده به ماده ۹۴ قانون اساسی سال ۲۰۰۴ میلادی (۱۳۸۲ هجری شمسی) منتقل شد. بنابراین، ماده ۹۴ در باره تعریف قانون چنین تصریح می نمود که:

«قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر

اینکه در این قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد.»

### گفتار دوم: حقوق عرفی

افغانستان یک کشور دارای اقوام و کلتور متنوع بوده، مسکن اقوام و زبان های مختلف میباشد. تعداد اقوام در افغانستان تقریباً به پنجاه و پنج میرسد که همه تابع حقوق تعامی خویش میباشند.<sup>۱۳</sup> این امر باعث ایجاد عرف و عادات تقریباً متفاوت گردیده و بدیترتیب عرف یک منبع دیگر در حقوق افغانستان میباشد. حقوق عرفی عبارت از مجموع نورم های است که از لحاظ کلتوری و قومی برای وابستگان یک گروه مشخص به حیث نورم های پذیرفته

<sup>۱۲</sup> هاشم کمالی، اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۳۵.

<sup>۱۳</sup> Amy Senior, Rebuilding the Judicial Sector in Afghanistan: The Role of Customary Law in: al Nakhlah, The Fletcher School Online Journal for Issues Related to Southwest Asia and Islamic Civilization, Spring 2006, 2;

شده مورد اعتبار میباشند.<sup>۱۴</sup> این مقررات همواره بوسیله شورا ها یا جرگه های محلی غرض رفع اختلافات بکار گرفته میشوند. باوجود اینکه حقوق عرفی بنابر ریشه قومی و یا موقعیت جغرافیایی با هم تفاوت زیاد دارند، شباهت هایی نیز بین شان مشاهده میگردد. مثلاً مشاهده میشود که تقریباً همه اقوام به خاطر حل منازعات شان به مقامات میانجیگری مراجعه مینمایند.<sup>۱۵</sup> این مقامات به نام های جرگه، مرکه و یا شورا یاد میشوند.<sup>۱۶</sup> به اساس گزارشات ملی و بین المللی دعاوی مربوط به خشونت در خانواده، طلاق، میراث و زناشوهری نخست در محیط درونی خانواده بدون مراجعه به مقامات محلی یا دولتی حل و فصل میگردند.<sup>۱۷</sup> در صورتیکه این دعاوی افشا گردند و یا آنها برای جامعه عواقبی به بار آورند، به مقامات قومی و عرفی ارائه میگردند. تصامیمی که به شکل شفاهی ابلاغ میگردند، برای جوانب دعوی مرعی الاجرا میباشند. دلایل اساسی تقدم یا ارج گذاری این مقامات غیر رسمی میانجیگری نسبت به مقامات دولتی از یکسو آن است که در رأس این مقامات معمولاً بزرگان با رسوخ اقوام قرار دارند، که آنها بعنوان اشخاص متدین و عادل شناخته شده اند. از سوی دیگر این تصامیم بزرگان قوم که بازتاب دهنده عنعنات پسندیده و ارزش های محلی بوده، در اذهان افراد، مردم محل و یا قوم ریشه عمیق دارد.<sup>۱۸</sup> قابل اندیشه است که اکثر نورم های حقوق عرفی نه با حقوق اسلام و نه با حقوق وضعی و نه با حقوق بشر سازگار اند.<sup>۱۹</sup> اما به اساس گزارشات آنها، اغلباً اسلامی و یا مطابق حقوق اسلام درک میشوند. اکثریت مردم افغانستان اساساً به این عقیده اند که عملکرد شان با احکام اسلامی هم از لحاظ محتوی و هم از لحاظ شکل تطابق دارد.<sup>۲۰</sup> از جمله حقوق عرفی که

<sup>14</sup> Barfield/Noumi/Thier, The clash of Two Goods, State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan unter: [www.usip.org/ruleoflaw/projects/clash\\_two\\_goods.pdf](http://www.usip.org/ruleoflaw/projects/clash_two_goods.pdf), 6.

<sup>۱۵</sup> در باره حقوق عرفی در افغانستان به این گزارش مراجعه شود:

International Legal Foundation, The Customary Laws of Afghanistan (2004)

<sup>۱۶</sup> بر حسب نوشته وردک اصطلاح جرگه مطابق لغتنامه پشتو از زبان پشتو منتج شده و عبارت از اجتماع یک تعداد کم و یا زیادی اشخاص میباشد. بر طبق آن جرگه معنی مشوره را نیز افاده مینماید. در لسان فارسی نیز کلمه جرگه بکار میرود و معنای دایره، گروپ و خیمه را میدهد. علمای دیگر به این عقیده اند که واژه جرگه از لسان ترکی منشأ گرفته گرفته است. در این مورد مراجعه شود به علی وردک، اعمار سیستم عدلی بعد از جنگ در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۶۹. شورا از کلمه عربی مشوره منشأ گرفته است که مصلحت نیز معنی میدهد.

<sup>۱۷</sup> علی وردک، اعمار سیستم عدلی بعد از جنگ در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۶۹.

<sup>۱۸</sup> علی وردک، اعمار سیستم عدلی بعد از جنگ در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۷۰.

<sup>19</sup> Amin, Law Reform and Revolution in Afghanistan (1992), 70.

<sup>20</sup> Barfield/Noumi/Thier, The clash of Two Goods, State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan unter: [www.usip.org/ruleoflaw/projects/clash\\_two\\_goods.pdf](http://www.usip.org/ruleoflaw/projects/clash_two_goods.pdf), 6.

خلاف حقوق وضعی، حقوق بشر و حتی شریعت میباشند، میتوان بدل، بد،<sup>۲۱</sup> عدم پرداخت مهر به زوجه و نا دیده گرفتن حقوق میراث زنان را نام برد.<sup>۲۲</sup> ازدواج اطفال نیز ضد حقوق وضعی افغانستان و همچنین حقوق بشر میباشد.

### گفتار سوم: اسناد بین المللی

میثاق ها، قرارداد ها و موافقتنامه های بین المللی را که افغانستان امضا و تصویب نموده است، نیز شامل حقوق افغانستان میگردند. با این حال باید در نظر داشت که گرچه این معاهدات کشورهای عضو را مکلف میسازند تا از احکام مندرجه آنها پیروی نمایند، ولی محاکم و ارگانهای دولتی تنها زمانی تابع این معاهدات میگردند که شورای ملی آنها را طبق فقره پنجم ماده ۹۰ قانون اساسی سال ۲۰۰۴ تایید نموده باشد. مهمترین موافقتنامه ها در عرصه حقوق فامیل که افغانستان به آنها ملحق شده و آنها را تایید نموده است، عبارتند از:

- (۱) اعلامیه جهانی حقوق بشر مورخ ۱۰/۱۲/۱۹۴۸.
- (۲) کنوانسیون حقوق اطفال مورخ ۵/۱۲/۱۹۸۹ که از تاریخ ۲/۹/۱۹۹۰ مورد اجرا میباشد. افغانستان این کنوانسیون را بتاريخ ۲۷/۴/۱۹۹۴ تایید کرد.
- (۳) پروتوکول اختیاری راجع به موافقتنامه حقوق طفل در مورد فروش اطفال، فحشاء و پورنوگرافی اطفال (عکس ها و مطالب شهوت برانگیز و محرک احساسات جنسی) مورخ ۲۵/۵/۲۰۰۰ که بتاريخ ۱۹/۱۰/۲۰۰۲ توسط افغانستان تایید گردید.
- (۴) میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مورخ ۱۶/۱۲/۱۹۶۶ که از ۱۹۷۶/۳/۲۳ نافذ میباشد. افغانستان این سند را بتاريخ ۲۴/۴/۱۹۸۳ تایید کرد.<sup>۲۳</sup>

<sup>۲۱</sup> در این باره به گزارشات ذیل مراجعه شود: نهاد تحقیقاتی حقوق زنان و اطفال، بد مُسکَن درد آور، راپور نهایی (۲۰۰۴). به اساس این گزارش بد دادن مانند گذشته وسیعاً وجود دارد. بد یک وسیله جبران جرم قتل را افاده مینماید که در افغانستان مروج میباشد. بدین ترتیب که فامیل مجرم برای فامیل متضرر دو دختر مقبول و باکره را برای عقد ازدواج تقدیم میکند. مفکوره اصلی در این مورد این است که هر دو فامیل از طریق ازدواج با هم خویشاوند گردیده و بدین وسیله دشمنی شدید آن ها به دوستی تبدیل گردد. این مسئله که چنین یک ازدواج بالای زنان چه تأثیراتی را بجا میگذارد، کاملاً مورد توجه قرار نمیگیرد. این نوع معاملات بی احترامی و جریحه وارد کردن به میثاق های حقوق بشر است که افغانستان به آنها ملحق شده است.

<sup>۲۲</sup> گلوبل رایتز، حقوق فامیل افغانستان، کتاب دوم، صفحه ۱. گلوبل رایتز یک گروه از مدافعین حقوق بشر است که از سال ۲۰۰۲ به خاطر حاکمیت قانون، دسترسی به عدالت، تأمین و ترویج حقوق بشر فعالیتش را آغاز کرده است.

<sup>۲۳</sup> ماده ۲۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی حکم میکند: (۱) فامیل رکن اساسی جامعه را تشکیل داده و حق دارد از طرف جامعه و دولت حمایت گردد. (۲) حق مرد و زن بالغ مبنی بر عقد ازدواج و تأسیس یک فامیل به رسمیت شناخته میشود. (۳) عقد یک ازدواج صرف در حالت رضایت آزاد و کامل زن و شوهر آینده مجاز است. (۴) کشور های امضا کننده این قرارداد به وسیله تدابیر مؤثر تضمین مینمایند که زن و شوهر در هنگام عقد ازدواج و انحلال آن دارای حقوق و وجایب مساوی باشند و در حالت انحلال ازدواج از اطفال حمایت جدی صورت گیرد.

۵) کنوانسیون مبنی بر رفع هر نوع تبعیض علیه زن مورخ ۱۹۷۹/۱۲/۱۸ که از تاریخ ۱۹۸۱/۹/۳ نافذ می‌باشد. افغانستان این سند را بتاريخ ۵/۳/۲۰۰۳ تایید کرده است.

تأیید کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زن از اهمیت ویژه برخوردار می‌باشد.<sup>۲۴</sup> کشورهای متعهد به این کنوانسیون مکلف اند، به کمیسیون مربوط (CEDAW-Kommission) که ناظر تطبیق این معاهده می‌باشد، یک سال بعد از تأیید آن و سپس هر چهار سال در این مورد گزارش دهند. بدینترتیب افغانستان در برابر مسئولیت بزرگی قرار دارد و موظف می‌باشد تا قوانین خود را با معاهده رفع هر نوع تبعیض علیه زنان سازگار سازد و آنها را تطبیق نماید.

### مبحث سوم: روابط بین منابع حقوق / سلسله مراتب نورم ها

فقه و حقوق موضوعه در افغانستان برای یک قرن در کنار هم قرار داشتند. چگونگی رابطه بین فقه و حقوق وضعی و سلسله مراتب بین این منابع، در نظام حقوقی فعلی افغانستان سوالاتی اند که پاسخ به آنها همیشه ساده نیست.

ماده اول قانون اساسی سال ۲۰۰۴ بیان می‌کند که افغانستان یک جمهوری اسلامی می‌باشد. ماده ۲ قانون اساسی سال ۲۰۰۴ اسلام را به حیث دین رسمی کشور تذکر می‌دهد، بدون آنکه مانند قوانین اساسی ماقبل فقه حنفی را بر تر بدانند. ماده ۳ قانون اساسی سال ۲۰۰۴ حکم می‌نماید که: در افغانستان هیچ قانونی نمیتواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد. در حالیکه توضیح مشخص اصطلاحات چون «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» و «جمهوری اسلامی» در قانون اساسی وجود ندارد.

فقط در ماده ۱۳۰ قانون اساسی ۲۰۰۴ میتوان تا حدودی درجه بندی قواعد حقوقی را بوسیله قوه قضاییه مشاهده نمود. به اساس این ماده قانون اساسی، محاکم قوانینی را که دولت وضع کرده، مد نظر میگیرند و تنها در صورت موجودیت یک خلای قانونی به فقه حنفی مراجعه مینمایند. ماده ۱۳۰ قانون اساسی سال ۲۰۰۴:

«محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق میکنند. هرگاه برای قضیه یی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل مینمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.»

این احکام قانون اساسی توسط فقره دوم ماده اول قانون مدنی مشخص تر شده و محاکم را به همان شکل مکلف می‌سازد تا در صورت عدم موجودیت احکام قانونی طبق اساسات فقه حنفی رفتار نمایند. فقره دوم ماده اول قانون مدنی در این باره تصریح می‌نماید که:

«در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر مینماید که عدالت را به بهترین وجه آن تأمین نماید.»

<sup>۲۴</sup> هاشم کمالی، اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۴۱.

ماده دوم قانون مدنی تعیین میکند که در مواردی که خلای قانون وجود دارد و در اساسات کلی فقه حنفی نیز کدام حکمی وجود نداشته باشد با درنظر داشت بعضی از محدودیت ها میتوان به عرف عمومی مراجعه نمود. ماده دوم قانون مدنی در این زمینه حکم می نماید که:

«در مواردی که در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکمی موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر مینماید، مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.» به این ترتیب عرف به مثابه آخرین امکان بخاطر رفع خلای قانونی بکار گرفته میشود. مراجعه به عرف نباید در تضاد با احکام قانون و یا اساسات عدالت باشد. حکم مندرج این ماده، نحوه تطبیق عرف را محدود میسازد. به عرف تنها زمانی مراجعه صورت میگیرد که مطابق قانون باشند و نیز با اساسات عدالت همخوان باشند.

#### مبحث چهارم: تفسیر قانون اساسی و سایر قوانین

طوریکه در بالا تذکر داده شد، مطابق ماده سوم قانون اساسی سال ۲۰۰۴ مجاز نیست تا هیچ قانونی در افغانستان در تضاد با معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد. از آنجاییکه معتقدات و احکام دین مقدس اسلام دارای مفاهیم متنوع و چند گونه میباشند، این سوال مطرح میشود که کدام مرجع و یا اشخاص صلاحیت دارند تا تطابق قوانین را با قانون اساسی و همچنان با ماده سوم آن بررسی نمایند.

در پاسخ به سؤال فوق باید گفته که: طبق ماده ۱۲۱ قانون اساسی ۲۰۰۴ بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد. بنابراین، در افغانستان ستره محکمه صلاحیت تفسیر قانون اساسی و مطابقت آن را اسلام دارد.

در برخی ممالک دیگر، مثلاً: در مصر محکمه عالی قانون اساسی<sup>۲۵</sup> و یا در ایران شورای نگهبان<sup>۲۶</sup> این وظیفه را به عهده دارند.

#### مبحث پنجم: نتیجه

از آنچه که گفته شد میتوان نتیجه گرفت که حقوق فامیل در افغانستان مجموعه ای است از حقوق تعاملی، فقه و حقوق وضعی. همچنان محاکم افغانستان موظف اند تا نخست از همه حقوق وضعی را تطبیق نمایند. هرگاه در مورد یک قضیه ای مورد سوال حکم قانون موجود نباشد، محاکم موظف اند به اساسات فقه حنفی مراجعه نمایند. آنها میتوانند در آخرین مرحله غرض دریافت تصامیم، عرف را به شکل محدود بکار گیرند.

<sup>۲۵</sup> مطابق ماده ۱۷۵ قانون اساسی مصر و قانون شماره ۴۸ مورخ ۲۹ اگست ۱۹۷۹ در باره محکمه عالی قانون اساسی مصر، محکمه عالی در مصر وظیفه نظارت مطابقت قوانین با قانون اساسی را دارا میباشد. در این ارتباط مراجعه شود به: محاکم قانون اساسی در مصر، لبنان و سوریه در مقایسه با آلمان ۲۰۰۵ از صفحه ۱۰۴ به بعد.

<sup>۲۶</sup> طبق اصل ۹۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تفسیر قانون اساسی وظیفه شورای نگهبان است. همچنان طبق اصل ۹۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران باید تطابق تمام مصوبات پارلمان با اسلام و قانون اساسی توسط شورای نگهبان کنترل شود.

به نظر میرسد که چنین قواعدی خیلی واضح میباشند. ولی در عملکرد حقوقی این قواعد نتوانسته اند تا امروز مورد تطبیق قرار گیرند. همانند دیگر کشور های رو به انکشاف قوانین وضعی در واقع در زندگی اکثریت مردم در افغانستان تعیین کننده نمیباشند. بدون استثنا تمام تحقیقاتی که تا کنون در مورد سیستم حقوقی افغانستان صورت گرفته است، حاکی این مطلب اند که قوانین رسمی و مجموع قواعد در افغانستان تنها در روی کاغذ موجود میباشند.<sup>۲۷</sup> درجه بندی که در قانون پیشبینی شده، که به اساس آن باید در قدم اول قوانین وضعی مراعات و تطبیق گردند و صرف در صورت عدم موجودیت قواعد قانونی و یا قواعد فقه حنفی قواعد عرفی بکار گرفته شوند، قطعاً رعایت نمیگردد. همواره مشاهده میگردد که اساساً حقوق عرفی در امور حقوقی بخصوص حقوق فامیل در افغانستان بکار گرفته میشوند.

## فصل دوم: تاریخ انکشاف حقوق فامیل در افغانستان

### مبحث اول: انکشاف تاریخی

از سال ۱۹۲۱ الی انفاذ قانون مدنی در سال ۱۹۷۷ به تعداد چندین قانون نافذ گردیده بودند که روابط حقوقی فامیل را احتوا میکردند. این قوانین ذیلاً به اساس مراحل تاریخی آنها توضیح میگردند. علاوه راجع به فرمان شماره هفتم سال ۱۹۷۸ که در زمان حکومت نور محمد تره کی صادر شده بود، توضیحاتی ارائه میگردند.

متون تاریخی فوق الذکر، یعنی قوانین ازدواج سالهای ۱۹۲۱، ۱۹۲۶، ۱۹۳۴، ۱۹۴۹، ۱۹۶۹، ۱۹۷۱ و فرمان شماره ۷ سال ۱۹۷۸ قوانین کامل در امور حقوق فامیل نبودند. این متون خیلی کوتاه بوده و مواد و پراگراف های محدودی را احتوا مینمودند که همه به این هدف نافذ گردیده بودند تا اعمال ناجایز را منع و یا اقلأً بطلان آنها را تسریع بخشند. یگانه وجه مشترک این متون این است که هیچ کدام آنها نتوانستند ابزار لازم کار در این عرصه را به دست محاکم و دست اندرکاران این بخش بدهند. به علاوه موجودیت تفاوت بین خواست نظام های حاکم مبنی بر نوسازی یا آوردن تحولات در این عرصه و وضع انکشافی جامعه و یا منافع گروپ های مختلف باعث آن گردید تا اکثریت این قوانین بی اثر بمانند. هدف تمام این قوانین را از بین بردن رفتار و سنن ناپسند در هنگام ازدواج تشکیل میداد. سعی بر آن بود تا بوسیله ممنوعیت قانونی ازدواج اطفال، ازدواج اجباری، مصارف بیش از حد شیرینی خوری و یا محافل عروسی، ولور (طویانه)، مهر و تعدد در زوجات محدود گردند.

### گفتار اول: قانون ازدواج سال های ۱۹۲۱ و ۱۹۲۶

نخستین مجموعه قانون در عرصه حقوق فامیل نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری است که به تاریخ اول سنبله ۱۳۰۳ وضع و نافذ گردید (۱۹۲۱). این نظامنامه از ریفورم های سال های ۱۹۲۱ ترکیه الهام گرفته بود.<sup>۲۸</sup> این مطالب ذیل را احتوا مینمود:

- ازدواج اطفال و ازدواج های اجباری

<sup>27</sup> Lau, An Introduction to Afghanistan's Legal System, in: Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, VIII (2001-2002), 28.

<sup>28</sup> Gregorian, The Emergence of Modern Afghanistan – Politics of Reform and Modernization 1880-1946 (1969), 243.

- تعدد زوجات
- مصارف بیش از حد شیرینی خوری و یا محافل عروسی
- تبادل زنا جهت رفع اختلافات (بد دادن)

### الف) تعدد زوجات

مهمترین احکام این نظامنامه در مقدمه آن تذکر یافته است. چنانچه در آنجا آمده است که به دلیل آنکه اکثراً بالای مخارج، ظلم و تعدی شوهران و پامال کردن حقوق زنان بی دفاع دعوی و اختلاف بوجود می آید<sup>۲۹</sup>، این نظامنامه به تصویب رسیده است. بدین گونه نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری ۱۹۲۱ میخواست، تا قبل از هر عقد نکاح شاهدان راستکار (امین) در پیشگاه محکمه حاضر شده و شهادت دهند که نکاح مجدد ناکح عادلانه بوده و مشروع میباشد. تنها بعد از تصدیق محکمه عقد نکاح دیگر ممکن بود. در صورتیکه شوهری چنین فیصله محکمه را ارائه نمیداشت، ممکن بود تا وی به مدت الی دو سال حبس و یا مجازات نقدی محکوم گردد( مواد ۱ و ۲ نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری ).

### ب) عقد نکاح، ازدواج اجباری و ازدواج اطفال

مقدمه نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری ۱۹۲۱ ازدواج اطفال را محکوم مینمود، زیرا نا آرامی اجتماعی و نزاع را بوجود می آورد.<sup>۳۰</sup> بدین ترتیب ماده پنجم قانون ازدواج ۱۹۲۱ ازدواج صغار را منع میکرد و ماده ششم آن کمترین سن ازدواج را تعیین مینمود. به اساس آن مجاز نبود تا قبل از تکمیل سن ۱۳ سالگی نکاح انعقاد یابد. این قاعده بالای هر دو جنس (مرد و زن) تطبیق میشد.

قانون ازدواج ۱۹۲۱ آزادی های زیادی را برای زنان و دختران اعطا مینمود.<sup>۳۱</sup> چنین آزادیهایی در حقوق اسلام نیز به ملاحظه میرسد و در فقه حنفی اصل تساوی موجود میباشد. البته با وجود آوردن شرط تصدیق صریح عقد نکاح توسط زن و مرد (ایجاب و قبول) مفهوم عرفی عقد نکاح (ازدواج به مثابه پیوند دو خانواده) از میان برداشته شد و به مثابه رابطه دو شخص، یعنی عروس و داماد تغییر یافت.

### پ) بد دادن

یکی از مهم ترین قواعد این قانون ماده نهم آن بود که رسم بد دادن، یعنی تسلیم دادن یک زن به جانب مقابل به غرض رفع دعوا را ممنوع قرار داد.

امان الله خان به زنها حق تحصیل و اجازه سفر به خارج از افغانستان را برای ادامه تحصیل داد.

<sup>29</sup> Erica Knabe, Frauenemanzipation in Afghanistan (1977), 196.

<sup>30</sup> Stewart, Fire in Afghanistan 1914-1929 (1973), 263, Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 110.

<sup>31</sup> امان الله خان به زنها حق تحصیل و اجازه سفر به خارج از افغانستان را برای ادامه تحصیل داد.

### ت) مخارج عقد نکاح

همچنان لازم بود تا مخارج عقد نکاح محدود گردد. بدین ترتیب مخارج غیر ضروری شیرینی خوری (نامزدی)، شب خینه و محفل عروسی منع گردید. مهر به ۳۰ روپیه محدود ساخته شد و نیز مخارج مجاز برای لباس که داماد باید بخاطر عقد نکاح تهیه مینمود، محدود ساخته شد. ضمناً پرداخت ولور (طویانه) ممنوع گردید.

### ث) اثرات قانون ازدواج ۱۹۲۱ و تغییرات در قانون ۱۹۲۶

نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری نتوانست به چنین شکل مدت طولانی نافذ بماند. احکام این قانون مورد تایید علمای دینی قرار نگرفت، زیرا آنها موقف خود را در اثر ریفورم های امان الله در خطر میدیدند. آنها شاه را متهم به تصویب قوانین مغایر شریعت اسلام نمودند. همچنین برخی اقوام افغانستان با ریفورم های حقوقی به مخالفت پرداختند.<sup>۳۲</sup> بمنظور آنکه از قیام جلوگیری صورت گیرد، امان الله خان لویه جرگه ۷۰۰ نفری را دعوت نمود<sup>۳۳</sup> که لویه جرگه پس از مشاوره طولانی تعدیلاتی در قانون اساسی ۱۹۲۳ و در نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری ۱۹۲۱ به تصویب رسانید.

بدینسان بتاريخ ۳۱/۸/۱۹۲۶ (مطابق ۸ سنبله ۱۳۰۵) یک نظامنامه دیگر به نام نظامنامه نکاح و سنتی یاد می گردید در ۱۱ دلو ۱۳۰۶ نافذ گردید. نظامنامه نکاح و سنتی متشکل بود از یک مقدمه و ۲۲ ماده. ماده ۲۱ قانون ازدواج ۱۹۲۶ صریحاً قانون ازدواج ۱۹۲۱ را لغو کرد.

ماده ۳ نظامنامه نکاح و سنتی ۱۹۲۶ شرایط ازدواج اطفال را ساده تر ساخت. ازدواج اطفال مجدداً مجاز دانسته شد ولی اجتناب از آن توصیه میشد.<sup>۳۴</sup> به علاوه ماده ۹ نظامنامه نکاح و سنتی «خیارالبلوغ» را پیشبینی مینمود که به اساس آن کسانی که در زمان ازدواج به سن بلوغ نرسیده بودند، میتوانند با تکمیل سن قانونی ازدواج خود را فسخ نمایند. ضمناً احکام ازدواج با چند زن ساده تر ساخته شد. نخست شرط اخذ تصدیق از محکمه مبنی بر ازدواج دیگر فسخ شد. بجای آن ماده نظامنامه نکاح و سنتی از آنانیکه معتقد به دین اسلام بودند، مطالبه مینمود تا آن عدالتی را که در قرآن ذکر شده بود، رعایت نمایند. این خواست کدام مکلفیت حقوقی در قبال نداشت. برای زن به اساس ماده دوم قانون ازدواج ۱۹۲۶ تنها امکان عارض شدن به محکمه علیه شوهرش بخاطر ازدواج با زن دیگر باقی ماند که در اثر این دعوی ممکن بود تا مرد محکوم به مجازات تعذیری گردد.

به اساس ماده ۶ نظامنامه نکاح و سنتی بدادن ممنوع ماند. متن ماده ۶ چنین بود:

«رسوم بدادن یا زنی را با جبر و کره به میراث گرفتن و عیال شخصی را موروثه خود دانستن مطلقاً ممنوع و موقوف است.»

ماده ۷ نظامنامه نکاح و سنتی ۱۹۲۶ حق عقد نکاح زن بیوه را پیشبینی مینمود. به اساس آن مجاز نبود کسی یک زن بیوه و یا مطلقه را با جبر و اکراه مجبور سازد تا از ازدواج دوباره خود داری ورزد.

<sup>32</sup> Poullada, Leon B., Reform and Rebellion in Afghanistan, 1919-1929 (1973), 94, Gregorian, The Emergence of Modern Afghanistan – Politics of Reform and Modernization 1880-1946 (1969), 255.

<sup>33</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 110.

<sup>34</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 112.

### گفتار دوم: اصولنامه عروسی و ختنه سوری ۱۹۳۴

نادرشاه خلف امان الله در سال ۱۹۳۱ دومین قانون اساسی افغانستان را بنام اصول اساسی دولت عالی افغانستان اعلام کرد. از این زمان به بعد قوانین نافذ در افغانستان دیگر نظامنامه نامیده نمیشدند، بلکه بنام اصولنامه یاد میگردیدند. حکمرمایی نادرشاه مدت کوتاهی دوام نمود و در سال ۱۹۳۳ پسر ۱۸ ساله اش ظاهر شاه (دوره سلطنت ۱۹۳۳-۱۹۷۳) جانشین وی گردید.

بتاریخ ۱۹۳۴/۵/۲۴ (۳ جوزا ۱۳۱۳) یک قانون جدید با اهمیت حقوق فامیل در باره نکاح، عروسی و ختنه سوری بنام اصولنامه عروسی و ختنه سوری وضع گردید که در تاریخ ۱۱، ۶، ۱۳۲۸ (۱۹۳۴) نافذ گردید. این اصولنامه نیز رسم و رواج مراسم ازدواج را که تأثیرات منفی اقتصادی در برداشت، مورد توجه اساسی خود قرار داده بود. این اصولنامه در مقدمه اش مصارف افراطی و بی مورد عروسی را تقبیح نموده و میخواست تا از آن احتراز بعمل آید. در سال ۱۹۴۹ یک قانون دیگر ازدواج در مورد نکاح، عروسی و ختنه سوری بنام اصولنامه عروسی و ختنه سوری مورخ ۱۹۴۹/۳/۲۸ (۸ حمل ۱۳۲۸) بتصویب رسید. این قانون تنها به زبان انگلیسی قابل دسترسی بود که متشکل از یک مقدمه و دوازده ماده میباشد.

این قانون نیز در مقدمه خویش اهداف مشابه قوانین ماقبل خود را تعقیب نموده است. هدف تصویب این قانون در مقدمه آن جلوگیری از تدویر مراسم ناجایز و مصارف ریاکارانه و بی مورد در جشن های عروسی و ختنه سوری وانمود گردیده است.<sup>۳۵</sup> علاوه بر این از ادارات دولتی و کارمندان مسئول تقاضا بعمل آمده است تا مردم را با محتویات این قانون آشنا سازند و ناقضین این قانون را به غرض تعقیب عدلی به محاکم شرعی تسلیم نمایند.

### الف) عقد نکاح

ماده اول قانون ۱۹۴۹ حکم میکرد که عقد نکاح مطابق حقوق مذهبی صرف توسط اظهار اراده موافق ناکح و منکوحه برقرار شده میتواند.

### ب) مخارج ازدواج

موضوع دیگر مورد بحث قانون ازدواج ۱۹۴۹ اثرات اقتصادی منفی مخارج اضافی ازدواج بود. بدینترتیب ماده ۲ این قانون برگزاری مراسم قبل از جشن اصلی عروسی را ممنوع قرار داد. ماده ۳ قانون مصارف داماد را برای لباس

<sup>۳۵</sup> پایان بخشیدن به مراسم نامشروع، رقابت، ریاکاری و مخارج بیهوده در جشن های عروسی، نامزدی و ختنه سوری و به اجرا درآوردن احکام نظامنامه ها در این موارد بعد از تشریح آنها در بین مردم، حکام، شهردارها (شاروال ها) و قریه داران مسئول و مکلف اند تا جلسات به اشتراک علمای مذهبی دایر نمایند که آنها شخصاً در آنها اشتراک ورزیده و راجع به اضرار بزرگ این مراسم و مصارف هنگفت که خلاف قانون و مغایر منافع اقتصادی و اخلاقی جامعه اند، به مردم تبلیغ کنند. همچنان قانون سال ۱۹۴۹ در باره مراسم عزاداری به همین منوال جمله بندی شده است. در این قانون تذکر رفته که باید مراسم عزاداری در تطابق به احکام مذهبی صورت گیرد تا عادات ناپسند، مصارف بیجا و رسم و رواج ناروا که برای اخلاق و اقتصاد مردم مضر اند، کاملاً از بین بروند.

عروسی محدود ساخت. ماده ۴ مخارج مصرف غذا را محدود و تهیه شیرینی باب بیش از حد جشن عروسی را منع نمود. مواد ۷ و ۸ این قانون هدایای افراطی و پر زرق و برق مراسم عروسی را منع کرد. همچنین ماده ۵ قانون ازدواج ۱۹۴۹ مشعر بود که عروس نمی تواند به جز مهرکدام تحفه ای دیگر و یا ولور را اخذ نماید. جالب توجه این بود که ماده ۶ قانون ازدواج ۱۹۴۹ برای داماد امکان آنرا میداد تا علیه خسر خود (پدر عروس) شکایت نماید. در صورتی که پدر عروس بعد از عقد نکاح به خاطر عدم پرداخت ولور از رفتن عروس به منزل داماد جلوگیری مینمود، داماد میتواندست علیه او اقامه دعوی کند. اگر قصد قانونگذار این بوده باشد که بار ولور را از شانه های داماد بردارد، بنابر گفته کمالی این حکم به هدف اثبات نمیکند، زیرا ولور قبل از عقد نکاح پرداخته میشود و در حالت امتناع از پرداخت آن نکاح قطعاً منعقد نمیگردد.<sup>۳۶</sup>

### گفتار سوم: اصولنامه ازدواج و ترتیب نکاح خط ۱۳۴۰

به تعقیب اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری، در سال ۱۳۴۰ قانون دیگری به نام اصولنامه ازدواج و ترتیب نکاح خط وضع و نافذ گردید. منظور از این قانون علاوه بر از بین بردن عرف و عادات مخالف قانون و شرع تنظیم مسائل مربوط به نکاح خط بود. طبق این اصولنامه بر اساس اراده و رضایت ناکح و منکوحه بالغ صورت می گرفت (ماده ۱). سن قانونی ازدواج طبق این اصولنامه ۱۵ سال برای پسر و دختر بود (ماده ۲). نکاح صغیره جواز نداشت، مگر در صورت موجودیت ولی و ترتیب نکاح خط. باوجوداین، جهت اعتبار نکاح صغیر و صغیره شرط بود که ولی به فساد اخلاقی مشهور نباشد (مواد ۱۸ و ۱۹).

### گفتار چهارم: قانون ازدواج ۱۹۶۰

در زمان حکومت محمد ظاهر شاه اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری ملغی و به عوض آن قانون ازدواج<sup>۳۷</sup> وضع و نافذ گردید. این قانون علاوه بر احکام مربوط به ترتیب نکاح خط و از بین بردن عرف و عادات مخالف قانون که شرح آن فوقاً گذشت، دارای احکام معین در باره طلاق و مهر بود. طبق این قانون مهر حق زوجه پنداشته می شد و زوجه می توانست هر نوع تصرف در آن نماید (ماده ۲۶). همچنین، طبق این قانون زن مسلمان نمی توانست با مرد غیر مسلمان ازدواج نماید (ماده ۲۲). مطابق این قانون، طلاق حق شوهر پنداشته می شد. ولی، شوهر می توانست آن را حین انعقاد عقد نکاح به زوجه اش تفویض نماید و زن می توانست غرض ایقاع طلاق به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید (مواد ۳۲ و ۴). همچنین، برای اولین بار ترتیب طلاق خط در این قانون پیش بینی شد (ماده ۳۳).

### گفتار ششم: قانون مدنی سال ۱۹۷۷

اولین قانونگذاری جامع در ساحه حقوقی مدنی، حقوق فامیل و حقوق میراث در افغانستان با تصویب اولین قانون مدنی افغانستان در سال ۱۹۷۷ بوقوع پیوست. این قانون مدنی که در ماه جنوری سال ۱۹۷۷ نافذ گردید، شامل ۲۴۱۶ ماده میباشد. ماده ۲۴۱۶ قانون مدنی قوانین نافذه قبلی، یعنی قانون ازدواج ۱۹۷۱ را صریحاً منسوخ نمود.

<sup>۳۶</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 87; Nancy Tapper, Bartered brides – Politics, Gender and Marriage in an Afghan Tribal Society (1991), 144.

<sup>۳۷</sup> . منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۹، سال ۱۳۹۰.

مجموع حقوق فامیل در مواد ۵۶ الی ۳۳۶ قانون مدنی تنظیم گردیده است. مواد ۶۰ الی ۲۱۶ قانون مدنی دارای احکامی مبنی بر حقوق ازدواج میباشد که مربوط به فصل دوم «اشخاص» گردیده و به چهارمبحث تقسیم شده است که عبارتند از:

- ۱- ازدواج.
  - ۲- آثار ازدواج.
  - ۳- انحلال ازدواج.
  - ۴- آثار انحلال ازدواج.
- علاوه بر این، بخش ماهوی (متنی) حقوق فامیل حاوی احکامی در باره حقوق اطفال، ولایت، وصایت و قیمومت میباشد.

قانون مدنی اساساً متکی به اساسات فقه حنفی بوده که عمدتاً از احکام حقوقی قوانین مدنی کشور های مختلف اسلامی، بویژه مصر الهام گرفته است. برخی از موضوعات مانند اهلیت حقوقی، شرایط ثبت ازدواج و طلاق، مدارک اثبات ولدیت و خویشاوندی، اصلیت اسناد ثبت شده و سرانجام محل اقامت تحت تأثیر قانون مدنی (Code Civil) فرانسه تنظیم گردیده است.<sup>۳۸</sup> اما حقوق فامیل افغانستان نیز دارای برخی از احکام طلاق میباشد که آنها از اساسات فقه مالکی منشاء گرفته اند.<sup>۳۹</sup> در پائین به تفصیل دقیق تر مقررات قانون مدنی پرداخته میشود.

#### گفتار هفتم: فرمان شماره هفتم ۱۹۷۸<sup>۴۰</sup>

در اخیر دهه ۱۹۷۰ حکومت جدید تلاش ورزید تا یک سیستم حقوقی مانند اتحاد شوروی در توافق با اهداف و مقاصد سوسیالیستی، ایدیولوژی سیاسی و اقتصادی آن بوجود آورد.<sup>۴۱</sup> شورای انقلابی که بمثابة ارگان تقنینی ایجاد گردیده بود، فرمان شماره هفتم سال ۱۹۷۸ را در مورد مهر و مصارف عروسی بتاريخ ۱۹۷۸/۱۸/۱۰ (۲۶ میزان ۱۳۵۷) اعلام نمود<sup>۴۲</sup> این فرمان شامل ۴۱ ماده میباشد.

#### الف) مصارف عروسی

فرمان شماره ۷ ولور را با تهدید الی ۳ سال حبس ممنوع قرارداد (ماده ۱ بند ۲، ماده ۶ بند ۱ فرمان شماره ۷). همچنان اندازه مهر محدود گردید. طبق ماده سوم فرمان شماره ۷ نه عروس و نه ولی او اجازه داشتند، مهر متجاوز از

<sup>۳۸</sup> Vafai/ Gholam, Afghanistan: A Country Law Study (1988), 51.

<sup>۳۹</sup> هاشم کمالی، اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۳۲.

<sup>۴۰</sup> . منتشره جریده رسمی شماره ۴۰۹ مؤرخ ۲۷، ۷، ۱۳۵۷.

<sup>۴۱</sup> علی وردک، اعمار سیستم عدلی بعد از جنگ در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۶۸.

<sup>۴۲</sup> منتشره جریده رسمی شماره ۴۰۹ بتاريخ ۲۶ میزان ۱۳۵۷.

سه صد افغانی را بپذیرند. به علاوه مجاز نبود که تا داماد به نام عیدی، نوروزی و یا امثال آن به تهیه لباس و هدایا برای دختر و فامیل او بخاطر تجلیل از نامزدی یا عروسی مجبور ساخته شود (ماده ۲ فرمان شماره ۷).<sup>۴۳</sup>

### ب) عقد نکاح و ازدواج اطفال

ماده ۴ فرمان شماره ۷ صریحاً اظهار مینمود که نامزدی و ازدواج فقط با رضایت کامل طرفین صورت میگیرد و هیچ شخص اجازه ندارد به ازدواج اجباری اقدام نماید. بنابر آن ازدواج اجباری صریحاً ممنوع بود. سن ازدواج مانند قانون مدنی سال ۱۹۷۷ برای زنان ۱۶ سال و برای مردان ۱۸ سال بود (ماده ۵ فرمان شماره ۷). در این فرمان قید گردیده بود که متخلف از احکام این فرمان حسب احوال به حبس شش ماه الی سه سال محکوم میگردد (ماده ۶ فرمان شماره ۷).<sup>۴۴</sup>

هرچند احکام این فرمان تکمیل کننده قانون مدنی ۱۹۷۷ بود، اما این فرمان در زمان دوکتور نجیب الله براساس فرمان شماره ۲۲۰ مؤرخ ۱۳۶/۲/۳۰ منشره جریده رسمی ۷۱۹ مؤرخ ۱۳۶۹/۴/۱۶ ملغی گردید.<sup>۴۵</sup>

### گفتار هشتم: قوانین در زمان حکومت مجاهدین و طالبان

بعد از سقوط حکومت مارکسیستی، مجاهدین که از ۱۹۹۲-۱۹۹۶ در قدرت بودند، شریعت اسلام را به عنوان اساس دولت اسلامی اعلام نمودند. در این وقت کدام قانون مهم ابلاغ نگردید. همچنان در زمان طالبان که از ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱ در افغانستان حکومت میکردند، شریعت اسماً اساس حقوق را تشکیل میداد و البته به مفهوم خیلی عقب مانده و قهقراپی.

### مبحث دوم: حقوق فامیل مروجہ در حال حاضر در افغانستان

بعد از سقوط رژیم طالبان در خزان سال ۲۰۰۱ بوسیله قرارداد ۵ دسمبر ۲۰۰۱ در پیترس برگ شهر بن اساس ساختمان نظام جدید سیاسی و حقوقی افغانستان گذاشته شد. به اساس این قرارداد الی تصویب قانون اساسی جدید افغانستان قانون اساسی سال ۱۹۶۴ قابل اعتبار بود.

بتاریخ ۲۶ جنوری ۲۰۰۴ قانون اساسی جدید افغانستان نافذ گردید. قرارداد پیترس برگ همچنان بیان میدارد که تمام قوانین و سایر مقررات الی تصویب قوانین جدید در صورتی مرعی الاجرا میباشند که تعهدات حقوقی

<sup>43</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 104.

<sup>44</sup> Hashem Kamali, , Law in Afghanistan (1985), 105.

<sup>45</sup>. ماده اول فرمان شماره ۲۲۰ در این مورد حکم نمود که: «به تأسی از احکام مواد دوم و یکصد و چهل و هشتم قانون اساسی در حالی که اصول عالی اسلامی، رسوخ و عنعان و شعایر پسندۀ افغانی اسلامی مردم افغانستان ملاک عمل دولت جمهوری افغانستان می باشد، الغای فرمان شماره هفتم منشره جریده رسمی شماره (۴۰۹) مؤرخ ۲۶ میزان سال ۱۳۵۷ در باره مهر و مصارف عروسی رسماً اعلام می گردد.» ماده دوم این فرمان، تنظیم احکام مربوط به نامزدی، ازدواج و تعیین مهر را به قانون مدنی محول نمود. ماده دوم این فرمان در این باره حکم می نمود که: «موضوع نامزدی، ازدواج و تعیین مهر تابع احکام قانون مدنی وسائر قوانین نافذہ کشور می باشد».

افغانستان را در قبال قراردادهای بین المللی که افغانستان به آنها الحاق نموده است، جریحه دار نساژند. این امر در قسمت اول بخش دوم قرارداد بن بنام سیستم های حقوقی و قضائی درج شده است. ماده ۱۶۲ قانون اساسی جدید سال ۲۰۰۴ حکم میکند که: با انفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی که مغایر احکام این قانون اساسی باشند، ملغی میباشند. فلذا بر مبنای قانون اساسی جدید قوانین وضعی قبلی و منجمله قانون مدنی ۱۹۷۷ الی تصویب قوانین جدید مورداعتبار میباشند. شرط این است که قوانین و فرامین تقنینی در مغایرت با قانون اساسی ۲۰۰۴ نباشند. بدینترتیب مقررات فعلی حقوق فامیل در قانون مدنی اساس قضاوت درمورد مناسبات حقوقی فامیلی و بررسی دعاوی ناشی از آن میباشند.<sup>۴۶</sup>

### مبحث سوم: نتیجه

به حیث نتیجه میتوان گفت که: تمام قوانین نکاح از ۱۹۲۱ الی ۱۹۷۱ جزوه هایی از قانون بودند که صرف برخی نا بسامانی ها، بخصوص رسم و رواج های سنتی ازدواج را از بین بردارند، بدون آنکه قصد یک قانونگذاری جامع در عرصه حقوق فامیل را داشته باشند. به علاوه بخش اعظم این متون از لحاظ حقوقی الزام آور نبوده تقریباً به اقدامات تربیتی شباهت داشتند که بنابر فقدان مجازات تطبیق شده نمیتوانستند. توجه عمده همه این قوانین ازدواج به اثرات منفی اقتصادی و شخصی ازدواج، بویژه جلوگیری و یا حد اقل نا مناسب دانستن ازدواج صغار و مصارف بیجا و افراطی مراسم عروسی بود. نمیتوان گفت که این قوانین در عملکرد مردم کدام تأثیری داشتند زیرا در این مورد معلومات مؤثق موجود نیست. البته گزارشات تازه راجع به حقوق فامیل در افغانستان حاکی بر آن اند که هنوز هم ولور و بد دادن وجود داشته و به هیچ وجه از بین نرفته اند.<sup>۴۷</sup>

تعجب آور است که قانون مدنی ۱۹۷۷ به هیچ یک از مشکلات توجه نکرده است. هیچ ماده قانون مدنی موضوع ولور و یا عمل بد دادن و یا سایر خصایل افغانی را چنانچه قوانین ازدواج ماقبل میخواستند تنظیم کنند، تنظیم نمیکند. چنین به نظر میرسد که احکام حقوق فامیل در قانون مدنی ضروریات جامعه افغانستان را کنار گذاشته، اساساً یک نسخه برداری از قانون مدنی مصر بوده، به این علت یک مجموعه از قواعد فقه حنفی بدون در نظر داشتن شرایط حقوقی و اجتماعی جامعه افغانی میباشد. از اینرو خلا های مهمی در قانون وجود دارند که مطمئناً در آینده مورد بحث قرار خواهند داشت، تا در این زمینه ها احکامی بوجود آیند.

از سوی دیگر قانون مدنی شامل احکام مهمی میباشد که این احکام تا سال ۱۹۷۷ در قوانین موضوعه یا وجود نداشتند و یا کاستی هایی داشتند. این بخش ها عبارت اند از: تعدد زوجات، سن ازدواج و جلوگیری و یا

<sup>۴۶</sup> نجما یساری، همه گرایی حقوقی و حقوق خانواده، ارزیابی و وضعیت فعلی در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۴۵.

<sup>۴۷</sup> در این رابطه به تحقیقات آتی مراجعه شود:

ممانعت از ازدواج اطفال. با این حال حتی این احکام قانون مدنی از هدف مطروحه در قانون اساسی سال ۲۰۰۴، یعنی رعایت حد اقل مطالبات در عرصه تساوی حقوق عقب مانده اند.<sup>۴۸</sup>

---

<sup>۴۸</sup> هاشم کمالی، اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۴۱.

بخش دوم: حقوق فامیل افغانستان

### فصل اول: موضوع و هدف حقوق فامیل

حقوق فامیل یکی از رشته های حقوق خصوصی است. هدف اساسی حقوق فامیل تنظیم احکام مربوط به خواستگاری، ازدواج، طلاق، آثار طلاق و حقوق و تکالیف زوجین است. همچنین، حقوق فامیل شامل حقوق اطفال و اداره امور مالی و غیر مالی اطفال از قبیل: ولایت، وصایت و قیمومت را نیز می گردد. احکام ناظر به حقوق فامیل تصریح می نمایند که تحت کدام شرایط نکاح منعقد و یا منحل میگردد، قرابت سببی چگونه ایجاد و یا خاتمه مییابد، وصی چگونه تعیین و یا معزول میشود و کدام نتایج حقوقی این مناسبات بوجود می آیند.

### فصل دوم: تعریف واژه فامیل

ماده ۵۶ قانون مدنی فامیل را بمثابه مجموع اقاربی تعریف مینماید که آنها به وسیله یک اصل (نسب) مشترک با هم متحد شده باشند. علاوه بر آن ماده ۵۷ قانون مدنی بین خویشاوندان مستقیم و غیر مستقیم فرق قایل میشود. قرابت مستقیم عبارت از نسبت اصل و فرع میباشد، در حالیکه قرابت غیر مستقیم نسبت بین اشخاصی است که دارای اصل مشترک بوده، بدون آنکه یکی فرع دیگری باشد. مطابق ماده ۵۹ قانون مدنی اقارب یکی از زوجین در مورد زوج دیگر به عین قرابت و درجه شناخته میشود.

اصطلاح فامیل بر مجموع افرادی اطلاق میگردد که از طریق ازدواج و خویشاوندی با هم متحد شده باشند. روابط حقوقی شخصی و مالی صرف بین یگان اعضای فامیل وجود دارد، فامیل به طور کل نه دارای شخصیت حقوقی بوده و نه دارای مال منحصر به خود میباشد. حقوق فامیل افغانستان موضوعات ذیل را تدوین نموده است:

- ۱- نامزدی.
- ۲- ازدواج و آثار ازدواج.
- ۳- موانع عقد ازدواج.
- ۴- انحلال عقد ازدواج و آثار آن.
- ۵- نفقه.
- ۶- نسب.
- ۷- رضاعت.
- ۸- حضانت.
- ۹- ولایت.
- ۱۰- وصایت.

### فصل سوم: حقوق فامیل و حقوق اساسی

قانون اساسی سال ۲۰۰۴ افغانستان در مواد ۲۲ الی ۵۰ یک فهرستی از حقوق اساسی را شامل می‌باشد. ماده ۵۴ قانون اساسی ۲۰۰۴ خانواده، بخصوص مادران و اطفال را تحت حمایت خاص دولت قرار می‌دهد. بنا براین، دولت نقش مهمی در جهت تضمین حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی را ایفا می‌کند. ماده ۵۴ قانون اساسی بیان می‌دارد: «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالخصوص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند».

به علاوه ماده ۲۲ قانون اساسی ۲۰۰۴ تمام انواع تبعیض و امتیاز را میان اتباع افغانستان ممنوع قرار می‌دهد. ماده ۲۲ قانون اساسی حکم می‌دارد که اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند. از اینرو قانون اساسی ۲۰۰۴ نسبت به قانون اساسی ۱۹۶۴ مترقی تر می‌باشد، زیرا در آن کلمات متمم «اعم از زن و مرد» به کار رفته که هنگام مشوره به خاطر تصویب قانون اساسی جدید از طرف تعداد زیاد زنان نماینده تقاضا گردیده بود.<sup>۴۹</sup>

### فصل چهارم: حقوق فامیل و حقوق بین الملل خصوصی

#### مبحث اول: مقدمه

حقوق بین الملل خصوصی<sup>۵۰</sup> تعیین می‌کند که قانون کدام کشور در یک رابطه حقوقی خصوصی به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی قابل تطبیق است. حقوق بین الملل خصوصی آن معیارهایی را نام می‌برد که توسط آن‌ها تصمیم گرفته می‌شود که یک موضوع معین تابع قانون کدام کشور معین می‌باشد. یعنی به این سوال پاسخ می‌دهد که حقوق خصوصی (Private Law) کدام کشور در آن زمینه لازم الاجرا می‌باشد. معنی مترادف این اصطلاح تعارض قوانین می‌باشد<sup>۵۱</sup> که قانون قابل تطبیق را در میان قوانین متفاوت مشخص می‌سازد.

در چهارچوب حقوق بین الملل خصوصی میتوان همچنان از تعارض میان قوانین مناطق مختلف یک کشور (یا به عبارت دیگر تعارض در قوانین ایالت های مختلف یک کشور فدرالی)، تعارض میان قوانین احوال شخصیه و تعارض قوانین از لحاظ زمان نام برد.

تعارض میان قوانین مناطق مختلف یک کشور باعث می‌گردد تا در یک کشور فدرالی که از وحدت قانونگذاری برخوردار است، به اقتضای شرایط خاص ناحیه معین در کنار قانون عام سراسری کشور، قانون خاص ناحیوی و منطقوی وضع شود و این بدان معناست که در باره یک موضوع مندرج دو قانون مختلف، اما دارای اعتبار یکسان قانونی برای حل و فصل قضیه متذکره انتخاب شود که قضیه مذکور بیشتر به آن مربوط شود.

<sup>۴۹</sup> هاشم کمالی، اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۳۸.

<sup>۵۰</sup> Engl. private international law, frz. droit international privé.

<sup>۵۱</sup> Engl. conflict of laws, frz. conflit de lois

تعارض میان قوانین احوال شخصیه، تعارض بین قوانینی است که متعلق به گروه های مختلف مذهبی یا نژادی جامعه میباشند. به طور مثال در یک کشور میتواند حقوق ازدواج مختلف برای مسلمان ها و عیسوی ها رایج باشد.<sup>۵۲</sup> ذیلاً به یک خصوصیت حقوق افغانستان یعنی به تعارض قوانین مذهبی اشاره میشود که در مسایل احوال شخصی قابل توجه میباشد.

### مبحث دوم: تعارض بین قوانین مذهبی

قانون مدنی بالای تمام مردم افغانستان قابل تطبیق است. خلاهای قانون طبق فقره دوم ماده اول قانون مدنی در درجه اول به کمک فقه حنفی مرفوع میگردند. به اساس این ماده قانون فامیل افغانستان تعدد حقوقی در مذاهب وجود ندارد. این بدان معنی است که حقوق فامیل افغانستان که احکام فقه اسلامی اساس آن را تشکیل میدهد، تنها برای مسلمانان افغانستان قابل تطبیق نیست، بلکه بالای تمام اتباع افغانستان صرف نظر از اینکه پیرو کدام مذهب اند، قابل تطبیق میباشد.

به استثنای قانون اساسی سال ۱۹۸۰ افغانستان که در دوره تسلط کمونیست ها نافذ گردیده بود، تمام قوانین اساسی ماقبل فقه حنفی را بمثابة فقه رایج کشور توصیف نموده اند.<sup>۵۳</sup> همچنان قانون اساسی جدید سال ۲۰۰۴ در این مورد قوانین اساسی ماقبل را تعقیب میکند. گر چه ماده دوم قانون اساسی اسلام را به حیث دین رسمی کشور به رسمیت می شناسد، بدون آنکه صریحاً به فقه حنفی تأکید نماید. با وجود این ماده ۱۳۰ قانون اساسی محاکم را مؤلف میدارد تا در صورت موجود بودن خلای قانونی به فقه حنفی مراجعه نمایند. صرف نظر از این نکته در قانون اساسی ۲۰۰۴ یک انکشاف جدید به ملاحظه میرسد. در ماده ۱۳۱ قانون اساسی ۲۰۰۴ فقه تشیع در پهلوی فقه حنفی به رسمیت شناخته شده است. ماده ۱۳۱ قانون اساسی حکم میکند که محاکم در قضایای مربوط به احوال شخصیه اهل تشیع حقوق مذهبی آنان را مطابق به احکام قانون تطبیق نمایند. ماده ۱۳۱ قانون اساسی ۲۰۰۴:

«محاکم برای اهل تشیع، درقضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق مینمایند.

در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می نمایند.»

<sup>۵۲</sup> تعارض بین قوانین مذهبی به طور مثال در قانون اساسی ایران تثبیت شده است. مطابق حکم ماده ۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اسلام نوع شیعه ۱۲ امامه (اثنا عشری) دین رسمی ایران میباشد. اصل ۱۲ قانون اساسی ایران حکم میکند که فقه چهار مذهب سنی و فقه سعیدی بدون محدودیت به رسمیت شناخته میشوند. این ها از آزادی کامل مذهبی برخوردار بوده و مقررات شخصی خویش را دارا میباشند. ماده ۱۳ قانون اساسی ایران در مورد ایرانی های غیر مسلمان حکم میدارد که ایرانیان زردشتی، عیسوی و یهودی که یگانه اقلیت های به رسمیت شناخته شده میباشند، آزاد اند تا در حدود قانون، رسوم مذهبی و امور مربوط به احوال شخصی و تعالیم مذهبی خویش را مطابق مقررات خود انجام دهند.

<sup>۵۳</sup> هاشم کمالی، اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۳۰.

بنابراین، در قضایای مربوط به احوال شخصیه شیعه های افغانستان احکام مربوط به احوال شخصیه قانون مدنی از قبیل: اهلیت، خواستگاری، نکاح، انحلال نکاح، ولایت، وصایت، قیمومیت، وصیت، ارث و امثال اینها قابل تطبیق نبوده، بلکه احکام قانون احوال شخصیه اهل تشیع که بر مبنای ماده ۱۳۱ قانون اساسی وضع و در تاریخ ۱۳۸۸/۵/۵ نافذ و در جریده رسمی شماره ۹۸۸ منتشر گردیده است، تطبیق می گردد.

پیروان ادیان دیگر و پیروان سایر مذاهب اسلامی شامل حکم ماده ۱۳۱ قانون اساسی ۲۰۰۴ نمیشوند. بنابراین، این حکم یک حکم استثنایی برای اهل تشیع افغانستان به شمار میرود. البته تطبیق احکام فقه تشیع تحت دو شرط صورت میگیرد. یعنی این احکام نباید مخالف قانون باشند و یا نظم عمومی افغانستان را جریحه دار سازند.

بخش سوم: حقوق زناشوهری افغانستان

### فصل اول: ساحه تطبیق حقوق زناشوهری

#### مبحث اول: ساحه تطبیق مادی حقوق زناشوهری

حقوق زناشوهری به مثابه بخشی از حقوق فامیل در قدم اول مربوط به حقوق خصوصی میشود. هدف اساسی حقوق زناشوهری را تنظیم روابط حقوقی طرفین در امور ازدواج تشکیل میدهد. احکام مادی حقوق زنا شوهری عمدتاً در مواد ۶۰ تا ۲۱۶ قانون مدنی تذکر یافته است. به اساس تقسیم بندی قانون مدنی حقوق زناشوهری در فصل دوم این قانون تحت عنوان «اشخاص» تدوین گردیده است. در قسمت اول فصل دوم احکام مربوط به «اشخاص حقیقی» تثبیت شده اند. این ها در مجموع ده مبحث را در بر میگیرند که مباحث ۶ الی ۹ آن حقوق زناشوهری را به بحث میگیرند.

مبحث ششم با عنوان «ازدواج» حاوی قواعدی است که به شرایط ازدواج صحیح مربوط میشود. آثار ازدواج در مبحث هفتم تثبیت گردیده است. به تعقیب آثار ازدواج در مبحث هشتم انحلال ازدواج و سرانجام در مبحث نهم آثار انحلال ازدواج واضح شده اند. خواستگاری و نامزدی بمثابة مراحل مهم قبل ازدواج پنداشته میشوند. خواستگاری و نامزدی طی فصل ششم قانون مدنی خیلی مختصر بیان گردیده اند. اصول محاکماتی احکام مربوط به حقوق فامیل در مواد ۱۰۱ الی ۱۲۰ قانون اصول محاکمات مدنی سال ۱۳۶۹ (۱۹۹۰) وضاحت یافته است.

#### مبحث دوم: ساحه تطبیق شخصی حقوق زنا شوهری

طوریکه گفته شد قواعد حقوق فامیل اساساً بالای تمام اتباع افغانستان صرف نظر از تعلقات مذهبی شان تطبیق میگردد. به اساس ماده ۱۳۱ قانون اساسی ۲۰۰۴ این اصل به گونه ای تغییر یافت که در قضایای مربوط به احوال شخصیه اهل تشیع بالای اتباع شیعه مذهب افغانستان قانون احوال شخصیه اهل تشیع تطبیق میگردد و نه حقوق وضعی ایکه بیشتر از همه به حقوق حنفی متکی است.

### فصل دوم: مراحل قبل از ازدواج

خواستگاری و نامزدی مراحل مهم ازدواج اند که قبل از انعقاد ازدواج صورت میگیرند. در ذیل نخست احکام مندرج قانون مدنی راجع به خواستگاری و نامزدی بیان و راجع به این مسئله که اینها چه گونه در افغانستان معمول بوده و به چه شکل انجام میپذیرند، توضیحاتی ارائه میگردند. متعاقباً تشابهات احکام حقوقی برخی از کشور های اسلامی در باره خواستگاری و نامزدی به شکل مقایسوی معرفی میشوند.

#### مبحث اول: خواستگاری

##### گفتار اول: مفهوم

در قانون مدنی تعریف واضح از خواستگاری وجود ندارد. صرف ماده ۶۳ قانون مدنی به این عنعنۀ خیلی رایج در افغانستان اشاره مینماید. ماده ۶۳ قانون مدنی در باره خواستگاری زنی است که در مدت عدت<sup>۵۴</sup> به سر میبرد. طبق آن خواستگاری صریحاً یا کنایتاً از یک زنی که ایام عدت خویش را پس از یک طلاق رجعی یا باین سپری مینماید،

<sup>۵۴</sup> مدت عدت آن مدتی است که یک زن طی آن اجازه ندارد بعد از طلاق و یا فوت شوهرش ازدواج نماید.

ممنوع است. بدین منوال خواستگاری از یک زنی که در مدت عدت بعد از مرگ شوهرش قرار دارد، صریحاً مجاز نمی باشد. بر عکس در همچو یک مورد از یک زنی که مدت عدت را پس از مرگ شوهرش میگذراند، کنایتاً خواستگاری مجاز است.

با در نظر داشت این قاعده میتوان خواستگاری را چنین تعریف نمود: خواستگاری عبارت از یک پیشنهاد صریح یا به طور کنایه ازدواج است که از جانب یک مرد برای یک زنی که با او ازدواج کرده بتواند، تقدیم میشود. بنابراین خواستگاری میتواند به دو شکل، صریح یا کنایه انجام پذیرد.

مثال خواستگاری صریح جملات آتی بوده میتواند: «من میخواهم با کمال میل با تو ازدواج کنم» و یا «من از تو خواهش میکنم، تا خانمم شوی». یک خواستگاری غیر صریح و به طور کنایه میتواند با جملات ذیل پیشنهاد شود: «من میخواهم با یک زن مقبول و خوب ازدواج کنم» و یا «من قصد دارم با یک زن مناسب ازدواج (با یک زن مناسب پیدا) کنم».<sup>۵۵</sup>

در جوار موانع خواستگاری مندرج ماده ۶۳ قانون مدنی باید در نظر داشت که خواستگاری تنها در مواردی مجاز است که در آن موارد نامزدی و ازدواج نیز مجاز باشند. بنابراین، نباید نه موانع دایمی و نه موانع مؤقتی ازدواج وجود داشته باشند. به علاوه خواستگاری از یک زنی که نامزد دارد یا پیرو یک دین کتابی نیست<sup>۵۶</sup> و یا از طرف یک مرد دیگر خواستگاری شده و هنوز به این تقاضا جواب داده نشده است، جایز نمیشود.<sup>۵۷</sup> خواستگاری غیر مجاز نتایج حقوقی به بار نمی آورد، زیرا این خواستگاری یک عمل اجتماعی و مذهبی غیر مجاز و بدون محتوای حقوقی میباشد.

### گفتار دوم: اهمیت خواستگاری در جامعه افغانی

در بسیاری از مناطق افغانستان معمول نیست که زن و مرد قبل از ازدواج با هم ملاقات نمایند. یک قرار و مدار قبل از ازدواج مغایر عرف و عادات پنداشته شده و میتواند برای زوجین مشکلات بزرگ بوجود آورد. خاصاً در مناطق روستایی زنان ملکیت شخصی مردان تلقی گردیده، ناموس آنها محسوب میشوند. جدا بودن زنان از مردان در جامعه از برقراری هر نوع تماس بین زنان و مردان مستعد ازدواج جلوگیری مینماید.<sup>۵۸</sup>

اساساً نه پسر و نه دختر اجازه دارند تا همسر آینده خود را مستقلاً انتخاب نمایند.<sup>۵۹</sup> ازدواج در واقع یک موضوع مربوط به فامیل میباشد و مخصوصاً در مناطق روستایی رؤسای فامیل ازدواج اولاد را فراهم میسازند.<sup>۶۰</sup>

نخست از همه همسر مناسب در حلقه اقارب نزدیک، بعداً در میان وابستگان دور و همسایگان و در اخیر در بین سایر فامیل ها، یعنی غیر خویشاوندان جستجو میشود. اکثر اقارب مؤنث داماد آینده مذاکره را با

<sup>۵۵</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 46.

<sup>۵۶</sup> شامل ادیان کتابی اسلام، یهودیت و مسیحیت میباشد.

<sup>۵۷</sup> گلوبل رایتز، حقوق فامیل، کتاب دوم، صفحه ۳.

<sup>۵۸</sup> Saboory/Yassari, Family Structures and Family Law in Afghanistan – A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan January-March 2005: [www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report\\_Family.pdf](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report_Family.pdf), 11.

<sup>۵۹</sup> Knabe, Erica, Frauenemanzipation in Afghanistan (1977), 102.

<sup>۶۰</sup> Tapper, Nancy, Bartered Brides - Politics, Gender and Marriage in an Afghan Tribal Society (1991), 181.

خویشاوندان مؤنث دختر آغاز مینمایند. سپس هر دو فامیل با هم ملاقات کرده و در باره ولور یا طویانه مذاکره مینمایند. این روش خواستگاری نامیده میشود. در صورتیکه فامیل دختر کدام علاقه نشان ندهد، خواستگاری پس از نخستین ملاقات خاتمه مییابد.<sup>۶۱</sup>

این وعده اگر بدون رضایت و توافق عروس و یا داماد آینده صورت گیرد، میتواند به یک ازدواج اجباری منجر شود. البته خواستگاری کدام عقد حقوقی بشمار نمیرود. اما در صورتیکه موافقه فامیل عروس آینده مبنی بر ازدواج ابراز گردد، زن و مرد (از این لحظه به بعد) نامزد نامیده میشوند.<sup>۶۲</sup>

### گفتار سوم: طویانه یا ولور

یک موضوع بسیار مهم در مذاکرات خواستگاری ولور و یا طویانه میباشد. ولور یک کلمه پشتو است که آن را به دری طویانه، پیشکش یا شیربها میگویند. در بین ازبک ها در این مورد اصطلاح قلین مروج است.<sup>۶۳</sup>

### الف) اساسات حقوقی

طویانه فاقد هر نوع اساسات حقوقی بوده، نه حقوق فامیل افغانستان و نه حقوق اسلام حاوی احکمی در این مورد میباشد.<sup>۶۴</sup> توافق در باره طویانه و پرداخت آن از حقوق تعاملی سرچشمه گرفته است. طویانه به رئیس فامیل عروس پرداخته میشود. با پرداخت طویانه مصارف والدین دختر درمورد پرورش او الی زمان ازدواجش جبران میشود.<sup>۶۵</sup> مقدار طویانه به اساس موقف اجتماعی و اقتصادی فامیل عروس متفاوت میباشد.<sup>۶۶</sup> هر قدر طویانه بیشتر باشد به

<sup>۶۱</sup> Saboory/Yassari, Family Structures and Family Law in Afghanistan – A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan January-March 2005: [www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report\\_Family.pdf](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report_Family.pdf), 12.

<sup>۶۲</sup> Knabe, Erica, Frauenemanzipation in Afghanistan (1977), 101.

<sup>۶۳</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 84.

<sup>۶۴</sup> یگانه نظام حقوقی اسلامی که دارای احکامی در مورد طویانه میباشد، نظام حقوقی اردن است. ماده ۶۲ قانون احوال شخصیه اردن به شماره ۶۱ سال ۱۹۷۶ حکم میکند که نه والدین زن و نه یکی از خویشاوندان او اجازه دارند تا در بدل ازدواج و یا شوهر دادن زن پول و یا چیزی دیگری را بپذیرند. شوهر حق دارد اشیای را که از او گرفته شده است، دوباره مطالبه نماید. در صورتیکه آنها موجود نبوده و از بین رفته باشند، میتواند قیمت آنها را مطالبه نماید.

<sup>۶۵</sup> Tapper, Nancy, Bartered brides – Politics, Gender and Marriage in an Afghan Tribal Society (1991) 143.

<sup>۶۶</sup> Saboory/Yassari, Family Structures and Family Law in Afghanistan – A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan January-March 2005: [www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report\\_Family.pdf](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report_Family.pdf), 13.

همان اندازه احترام و حیثیتی که فامیل داماد به فامیل عروس قایل می‌شود، بیشتر می‌باشد.<sup>۶۷</sup> راپور سال ۲۰۰۵ انستیتوت ماکس پلانک نشان می‌دهد که طویانه از نود و پنج هزار افغانی شروع شده و می‌تواند تا به دو میلیون افغانی برسد.<sup>۶۸</sup> از لحاظ عنعنه طویانه یک کمک مالی است به فامیل عروس برای خرید زیور، لباس و مخصوصاً جهیزیه. البته امروز این کمک مالی اجباری نیست.<sup>۶۹</sup> در اکثر موارد طویانه نه به نفع عروس می‌باشد و نه برای مصارف عروسی بکار می‌رود،<sup>۷۰</sup> بلکه بیشتر به تصرف پدر و یا ولی عروس قرار گرفته که وی آن را گاهی به حیث سرمایه در فعالیت های تجارتی بکار می‌گیرد.<sup>۷۱</sup>

با وجود آنکه اکثر قوانین ازدواج قبل از قانون مدنی دارای قواعدی بودند که طویانه را منع می‌کردند (مراجعه شود به بخش اول). قانون مدنی ۱۹۷۷ نه قواعدی را در این مورد شامل می‌باشد و نه حاوی احکامی ممنوعه می‌باشد که توافق و پرداخت طویانه را منع نماید. گرچه طبق اظهارات حقوقدانان افغانستان در سیمینار ۲۰۰۶ انستیتوت ماکس پلانک طویانه امروز در فامیل های تعلیم یافته و مرفه نقش مهمی را بازی نمی‌کند، لیکن در فامیل های بی بضاعت و بی سواد مطالبه و پرداخت طویانه هنوز هم دیده می‌شود. به نظر شرکت کنندگان سیمینار این امر باعث آن گردیده تا ازدواج جنبه تجارتي حاصل کرده و تفاوت سن بین عروس و داماد را افزایش دهد، زیرا مرد های جوان توان پرداخت طویانه را ندارند.

### ب) سقوط طویانه

پرداخت طویانه می‌تواند در موارد معین از طریق روشهای برسمیت شناخته شده عنعنوی حذف شود. این موارد عبارت اند از:

- ۱) ازدواج اجباری یک زن بیوه با یک عضو فامیل متوفی (معمولاً برادر شوهر): این عقد برای مرد منفعت اقتصادی دارد، زیرا در این حالت برای فامیل عروس طویانه پرداخته نمی‌شود.<sup>۷۲</sup>
- ۲) در ازدواج بدل: این حالتی است که در آن تبادل زنها صورت می‌گیرد، یعنی در بدل ازدواج مرد باید دخترش و یا یک زن دیگر عضو خانواده اش با یک مرد عضو فامیل مقابل ازدواج نماید.

<sup>۶۷</sup> نجما یساری، همه گرایي حقوقی و حقوق خانواده، ارزیابی و وضعیت فعلی در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۵۷.

<sup>۶۸</sup> مطابق اظهارات جرگه گردیز مرکز ولایت پکتیا اندازه طویانه به این امر نیز مربوط می‌شود که آیا یک شخص ازدواج نموده و ازدواج دوم، سوم و یا چهارم وی می‌باشد. به همین منوال صفات شخصی عروس مانند مقبولی، موقف فرهنگی و اجتماعی فامیلی در تعیین طویانه تأثیر دارند.

<sup>۶۹</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 85.

<sup>۷۰</sup> نجما یساری، همه گرایي حقوقی و حقوق خانواده، ارزیابی و وضعیت فعلی در افغانستان در کتاب: جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی (۲۰۰۵)، صفحه ۵۸.

<sup>۷۱</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۱۸.

<sup>۷۲</sup> Schneider, Irene, Recent Developments in Afghan Family Law: Research Aspects, ASIEN 104 (Juli 2007),

۳) در پور و بد: این روش ها به مثابه میتود های میانجیگری، مرفوع ساختن اختلاف و آشتی دادن، بخصوص بخاطر از بین بردن دعاوی ناشی از خشونت ها بکار میروند. پور در لغت به معنی قرض بوده، هم قرض مالی و هم جبران خساره را افاده مینماید. یک مرد آنگاه میتواند قرض خود را بپردازد که از فامیل خود زنی را به قید ازدواج داین خویش در آورد. بعلاوه پور یک روش حقوقی عنعنوی قبیله‌ای میباشد که بمنظور برطرف ساختن عداوت و دشمنی بکار می‌رود. بدین ترتیب یک مجرم میتواند یک یا چند دختر از خانواده خود را بمنظور جبران و تلافی برای ازدواج به فامیل متضرر پیشکش نماید.<sup>۷۳</sup> بد در لغت دشمنی یا جدال معنی میدهد و ساحه کار آن مشابه به پور است. برای از بین بردن عداوت میان دو قبیله ای متخاصم یک یا چند دختر از یک قبیله به قبیله ای دیگر به غرض عقد ازدواج بدون طویانه به مثابه نشانه صلح و اراده نیک تقدیم میکردند.<sup>۷۴</sup>

راجع به این روش های عنعنوی که هم مخالف حقوق وضعی فامیلی و حقوق اسلام و هم مغایر اسناد بین المللی که افغانستان به آنها ملحق شده است، میباشند. تحت عنوان ازدواج اجباری توضیحات بیشتر ارائه میگردد.

### مبحث دوم: نامزدی

#### گفتار اول: تعریف و ماهیت حقوقی نامزدی

بعد از خواستگاری موفقانه، اکثراً دوره نامزدی یا شیرینی خوری که در پشتو آنرا کوژده میگویند، به حیث مرحله دیگر پیش از عروسی شروع میشود.

قانون مدنی مجموعاً سه ماده را برای نامزدی اختصاص داده است. مواد ۶۲، ۶۴ و ۶۵ قانون مدنی در باره تعریف نامزدی، موانع نامزدی و نتایج حقوقی انصراف از نامزدی احکامی را دارا میباشند.

ماده ۶۴ قانون مدنی نامزدی را به مثابه وعده انعقاد ازدواج تعریف مینماید که هر یک از طرفین میتوانند از آن انصراف بعمل آورند. بنابراین، نامزدی وعده به ازدواج است که هریک از طرفین می توانند از آن منصرف شوند.

#### گفتار دوم: شرایط صحت نامزدی

شرایط صحت نامزدی در قانون مدنی بطور جامع تنظیم نگردیده اند. مطابق احکام عمومی در مورد حقوق قراردادها باید طرفین برای انعقاد نامزدی رضایت داشته و واجد اهلیت باشند.

ماده ۶۲ قانون مدنی حکم میکند که نامزدی صرف با زنی مجاز است که متأهل نبوده و در ایام عدت نباشد. چون نامزدی مرحله قبل از ازدواج است، مجاز نیست که میان نامزد ها موانع دایمی یا مؤقتی که جلوگیری از ازدواج کنند وجود داشته باشند.

قابل تأکید است که فقدان یکی از شرایط صحت نامزدی آنگاه بی اهمیت است که آن شرط در زمان عقد نکاح موجود باشد. چنین یک ازدواج با وجود یک نامزدی غیر صحیح ازدواج صحیح و نافذ است.<sup>۷۵</sup>

<sup>73</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 91.

<sup>74</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 91.

<sup>75</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 46.

### گفتار سوم: اختتام نامزدی

نامزدی یا با انعقاد نکاح (ازدواج) طرفین یا قبل از ازدواج بنابر وفات یکی از طرفین و یا با انصراف یک و یا هردو طرف خاتمه مییابد.

### الف) انصراف از نامزدی

چنانچه گفته شد، نامزدی ازدواج نیست، بلکه وعده به ازدواج است. بنابراین، توافقی را که مرد و زن درباره ازدواج آینده می نمایند صرف موجب ایجاد تعهد اخلاقی و عرفی می گردد نه حقوقی. پس، مرد و زن را ملزم به ازدواج نمی نماید و هریک از زن و مرد می توانند آن را فسخ نمایند. ماده ۶۴ ق.م.ا در این باره می گوید که: «نامزدی وعده به ازدواج است، هریک از طرفین می تواند از آن منصرف شود».

### ب) نتایج حقوقی انصراف

به وسیله انصراف از نامزدی میتواند به یکی از طرفین خساره مادی یا غیر مادی بوجود آید. در این حالت سوالی مطرح میشود که تا چه حد مطابق قانون مدنی خساره مادی یا غیر مادی طرفین که از طریق انصراف نشأت نموده، قابل جبران میباشد.

خساراتی ناشی از برهم زدن نامزدی به دو دسته تقسیم می شود: خسارت مالی، مانند: مصارف تهیه وسائل عروسی، لباس، ضیاع وقت و نظیر اینها و خسارت معنوی، مانند: تأثرات روحی که در اثر فسخ نامزدی برای یکی از طرفین حاصل می گردد و هتک احترام اجتماعی نامزد که در اثر امتناع جانب مقابل از ازدواج به او متوجه شده است مانند: افتادن سر زبان ها، نزدیک نشدن دیگری بخاطر ازدواج باوی و امثال اینها. در صورت فسخ نامزدی وارد شدن خسارت مادی و معنوی به جانب مقابل و مطالبه پرداخت جبران خساره طبق ق.م و فقه می توان دو حالت را از همدیگر تفکیک نمود:

۱) در صورتی که یکی از طرفین نامزدی را فسخ نماید و قصد ضرر رسانیدن به جانب مقابل را نداشته باشد، ولی این عمل موجب تضییع جانب مقابل گردد، چنین ضرری خواه مادی باشد و یا معنوی قابل پرداخت جبران خسارت نیست. زیرا، ماده ۸ ق.م در این باره می گوید که: «جواز قانونی ضمان را نفی می کند، شخصی که از حق خود در حدود قانون استفاده میکند، مسؤول خسارات ناشی از آن نمی باشد». این قاعده در فقه نیز وجود دارد. چنانچه ماده ۹۱ مجلت الاحکام در این مورد حکم می نماید: «الجواز الشرعی ینافی الضمان...».

۲) در صورتی که شخص نامزدی را فسخ نماید و هدف وی از فسخ نامزدی ضرر رسانیدن به جانب مقابل باشد، طبق ق.م و فقه شخص مکلف به پرداخت جبران خساره است. زیرا، در فقه یک سلسله قواعد معین در این باره وجود دارد که به استناد آن می توان این گونه خسارات را جبران نمود، مانند: قاعده «ضرر رساندن و مقابله ضرر به ضرر جواز ندارد» (ماده ۱۹ مجله)؛ قاعده «ضرر دفع می شود» (ماده ۲۰ مجله) و غیره<sup>۷۶</sup>.

### ۲) استرداد هدایا

<sup>۷۶</sup>. نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان حقوق فامیل، صص ۲۰۰

بر خلاف جبران خساره، قانون مدنی در ماده ۶۵ خویش صریحاً تنظیم مینماید که در صورت انحلال نامزدی با هدایای تبادله شده چه معامله ای صورت گیرد. علاوه بر آن قانون فرق قایل میگردد که آیا هدیه دهنده از نامزدی منصرف شده و یا هدیه گیرنده و آیا هدیه موجود میباشد و یا از بین رفته است؟

در صورت اینکه هدیه گیرنده انصراف ورزیده باشد، هدیه دهنده حق دارد هدایای خود را در حالیکه موجود باشند دوباره مطالبه نماید. هر گاه هدایا بیش از این موجود نبوده و به مصرف رسیده باشند، هدیه دهنده حق دارد قیمت آنرا مطابق زمان خرید آن مطالبه نماید. برعکس اگر هدیه دهنده از نامزدی انصراف ورزیده باشد، حق پس گرفتن هدایا را ندارد.<sup>۷۷</sup>

در متن قانون بین اموال منقول و غیر منقول فرق گذاشته نشده است. بنابراین چنین استنباط میشود که هم اموال منقول و هم اموال غیر منقول را در بر میگیرد. البته در جامعه افغانی اساساً معمول نیست که هدایا مسترد گردد و یا به خاطر استرداد آن دعوی براه انداخته شود، زیرا اقامه دعوی در این باره بی ننگ و عار پنداشته میشود.

#### گفتار چهارم: احکام اجراءات قضائی

در صورتیکه در مورد مناقشات ناشی از نامزدی شکایت صورت گیرد، طبق بند اول ماده ۱۰۲ قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان، محکمه موضوع را طی اصدار قرار قضائی فیصله مینماید. این اصل دعوی انصراف نامزدی را نیز در بر میگیرد. فیصله محکمه در باره دعوی انصراف نامزدی قطعی بوده، قابل اعتراض به محکمه فوقانی نمیشد. ماده ۱۰۳ قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان شرایط ماهوی استرداد هدایا را به ماده ۶۵ قانون مدنی حواله مینماید.

#### گفتار پنجم: اهمیت نامزدی در جامعه افغانی

دوره نامزدی اساساً برای عروس و داماد آینده امکان میدهد تا همدیگر را بهتر شناخته و تصمیم بگیرند که آیا میخواهند با هم ازدواج نمایند یا نه.<sup>۷۸</sup> در افغانستان چنین مرسوم است که والدین خود نامزدی فرزندان شان را فراهم میسازند.<sup>۷۹</sup> هرگاه فرزندان مخصوصاً دختران همسر مناسب برای خود جستجو نمایند، این عمل اکثراً از طرف والدین شرم آور پنداشته میشود.

علاوتماً مباحثی که از مرحله خواستگاری تا مرحله نامزدی صورت میگیرند، اکثراً طولانی و مشکل میباشند. در این مذاکرات علاوه بر طویانه<sup>۸۰</sup> باید هدایایی که به مناسبت نامزدی تبادله میشوند، نیز تثبیت گردند.<sup>۸۱</sup> به دنبال آن یک جشن پر مصرف نامزدی بر پا میگردد<sup>۸۲</sup> که در آن هر دو فامیل اشتراک نموده، چای و شیرینی یا غذای کامل یک مراسم جشنی را صرف مینمایند. فامیل نامزد برای عروس آینده زیور و لباس تحفه میدهد. از این به

<sup>۷۷</sup> گلوبل رایتز، حقوق فامیل، کتاب دوم، صفحه ۴.

<sup>۷۸</sup> Woman and Children and Legal Research Foundation, BAD, Painful Sedative, Research Report (2003).

<sup>۷۹</sup> Knabe, Erica, Frauenemanzipation in Afghanistan (1977), 102.

<sup>۸۰</sup> Smith/ Bernier/Bunge/Rintz/Shinn/;Teleki, Afghanistan: A Country Study (1980), 104.

<sup>۸۱</sup> Knabe, Erica, Frauenemanzipation in Afghanistan (1977), 101.

<sup>۸۲</sup> Smith/ Bernier/Bunge/Rintz/Shinn/;Teleki, Afghanistan: A Country Study (1980), 105.

بعد عروس آینده میتواند از نامزد خود (داماد آینده) به مناسبت هر جشن ملی و مذهبی دریافت هدایای قیمتی را انتظار داشته باشد که به نام های عیدی، براتی، نوروزی و غیره یاد میشوند.<sup>۸۳</sup>

اگر نامزدی، نامزدی یک صغیر باشد و یا نامزد برای پرداخت طویانه به وقت ضرورت داشته باشد، دوره نامزدی اکثراً چندین سال دوام میکند. این امر برای عروس و داماد خساره دوجند را بار میآورد. از یک طرف تفاوت سن اکثراً میان عروس و داماد بسیار زیاد است و از طرف دیگر بالای وضع اقتصادی نامزد (داماد آینده) تأثیر بسیار خراب وارد مینماید. ممکن است نامزد به خاطر مبالغ هنگفت برای خریداری هدایا در مدت بین نامزدی و عروسی شدیداً قرضدار گردد.<sup>۸۴</sup>

### گفتار ششم: دلایل و اسباب نامزدی های پیش از وقت

دلایلی که والدین فرزندان صغیر خود را قبل از وقت نامزد میسازند گوناگون میباشند. کمالی متذکر میشود که دلایل متعددی وجود دارند که به اساس آن والدین اولاد خود را پیش از وقت نامزد میکنند. این دلایل ذیلاً تذکر داده میشوند.

#### الف) نامزدی در هنگام حاملگی مادر

دوستان و خویشاوندان متقابلاً وعده میدهند که اگر پسرو یا دختری در خانه شان متولد شود، این ها با یکدیگر ازدواج کنند.

#### ب) نامزدی در مقابل دریافت مساعدت

بمنظور جبران مساعدتی که یک شخص در زمان نیازمندی خویش از شخص دیگر حاصل نموده است به نامزدی دختر خود به عنوان سپاسگذاری (با یک مرد از خانواده آن شخص) موافقت مینماید.

#### پ) نامزدی به امید تصاحب میراث

یک دختری که به او میراث برسد مورد علاقه بیش از حد اقارب و اطرافیان قرار میگیرد که آن ها او را مجبور میسازند تا به یک نامزدی قبل از وقت تن در دهد.

#### ت) نامزدی منفعت آور

یک خانواده میخواهد تا دختر خود را در یک فامیل با نفوذ نامزد نماید تا از این ارتباط سودمند بهره برداری کند.

#### ث) نامزدی بنا بر وصیت

بمنظور حصول اطمینان از ادامه روابط خوب بین خانواده ها، رئیس خانواده، قبل از مرگ خود نامزدی بین دو نفر را اعلام میکند.

<sup>83</sup> Knabe, Erica, Frauenemanzipation in Afghanistan (1977), 101.

<sup>84</sup> Hashem Kamali, Law in Afghanistan (1985), 93.

### ج) نامزدی جبری

بعضی اوقات یک مرد با نفوذ به زور، فریب، و یا رشوت به والدین یک دختر آنها را وادار می‌سازد تا با نامزدی دخترشان با خودش و یا با مرد دیگری از خانواده اش موافقه کنند.

### چ) نامزدی بنا بر وفاداری

برای آنکه یک شخص وفاداری خود را به یک خانواده مذهبی ابراز نماید، دختر خویش را به یک عضو این فامیل نامزد میکند.

### ح) نامزدی تنبیهی

به منظور تنبیه کسانی که در برابر رئیس خانواده اعتراض نموده و به تصمیم شخصی خود اصرار می‌ورزند، رئیس خانواده اراده خود را عملی کرده و ناگهان نامزدی یک عضو فامیل خود را با یک شخص دیگر اعلام می‌دارد.

### خ) نامزدی با توکل به سرنوشت

یک خانواده ممکن است نتواند از میان خواستگاران دخترشان یکی را انتخاب کند. بنابراین شخصی را انتخاب می‌کند که وی خود را با یک رفتار شایسته تبارز دهد.

### مبحث سوم: نتیجه

خواستگاری و نامزدی واقعیات مهم اجتماعی افغانستان را معرفی مینمایند. اما آنها در تدوین قانون مدنی از طرف قانون گذاران کمتر مورد توجه قرار گرفته اند. اگرچه تمام قوانین از سال ۱۹۲۱ به این طرف تصمیم داشتند تا رسومی مانند طویانه، بد، مصارف و مراسم زائد یک عروسی را از میان بردارند، اما قانون مدنی به این مسایل توجه نکرده است. با وجود اینکه در بسیاری مناطق مردم به این عقیده اند که نامزدی دارای صفت مرتبط کننده بوده و توسط آن یک پیوند شبیه پیوند ازدواج بوجود می آید، لیکن نامزدی توسط احکام صریح طوری تنظیم نگردیده است که شک و تردید درباره ماهیت حقوقی نامزدی بوجود نیاید. مسائل اجتماعی که از این طریق عرض وجود نموده اند، فوقاً مورد بحث قرار گرفتند. قانونگذاران افغانستان باید در آینده به این خلاها خاتمه دهند تا قانون مدنی واقعیات اجتماعی افغانستان را بطور بهتر بازتاب دهد. علاوه براین قانونگذاران افغان میتوانند راجع به قواعد حقوقی کشورهای اسلامی دیگر و این که آنها چگونه توانسته اند بر مسائل مشابه غلبه حاصل نمایند، معلومات بدست آورند.

## مبحث چهارم: احکام نامزدی در سایر نظامهای حقوقی اسلامی

### گفتار اول: مفهوم واژه نامزدی

در بسیاری از کشور های اسلامی نامزدی به مثابه وعده متقابل میان یک مرد و یک زن که با همدیگر ازدواج مینمایند، تعریف گردیده است. بعضی کشورها صریحاً مرز نامزدی را از مرز عروسی جدا میسازند تا تفاوت میان این دو اصطلاح واضح شده و به صفت غیر ارتباطی نامزدی تاکید ورزند.

حقوق مراکش در ماده ۵ قانون فامیل شماره ۳/۷۰ مورخ ۳ فبروری ۲۰۰۴ (ذیلاً مدونه)<sup>۸۵</sup> مشابه به قانون مدنی افغانستان متذکر میشود که نامزدی یک وعده دوجانبه ازدواج میان یک مرد و یک زن میباشد. نامزدی وقتی صورت میگیرد که جانبین وعده متقابل ازدواج خود را اعلام نمایند.

حقوق سوریه مرز میان نامزدی و ازدواج را واضحاً تعیین میکند. ماده ۲ قانون شماره ۵۹ سال ۱۹۵۳<sup>۸۶</sup> در باره احوال شخصیه حکم میکند که نامزدی، قرائت سوره فاتحه، دریافت مهر و پذیرش هدایا بمثابه عقد ازدواج به شمار نمیروند.

همچنان قانونگذار تونس در ماده اول قانون احوال شخصیه تونس<sup>۸۷</sup> تاکید میکند که نامزدی صرف وعده ازدواج بوده و نکاح را بوجود نمی آورد.

همین طور در ماده ۲ قانون احوال شخصیه یمن مورخ ۲۹ مارچ ۱۹۹۲<sup>۸۸</sup> نامزدی بحیث وعده عقد ازدواج تعریف شده است. در ماده ۳ صریحاً ذکر گردیده است که یک مرد صرف در صورتی میتواند با یک زن نامزد شود که موانع دایمی یا موقتی عقد ازدواج وجود نداشته باشند.

همچنان قانون احوال شخصیه ۲۰۰۵ امارات متحده عربی<sup>۸۹</sup> در ماده ۱۷ نامزدی را صرف وعده دوجانبه ازدواج میدانند.

### گفتار دوم: نتایج حقوقی انصراف از نامزدی

انصراف از نامزدی و نتایج حقوقی ناشی از آن در کشورهای اسلامی به اشکال مختلف تنظیم گردیده اند. برخی از کشورهای اسلامی در کنار وجبیه استرداد هدایا همچنان حق مطالبه جبران خساره را در حالت بوجود آمدن خساره پیشبینی نموده اند. همچنان در بعضی از کشورهای اسلامی در حالت انحلال نامزدی سرنوشت مهر چه کاملاً پرداخته شده باشد و چه قسملاً، تعیین گردیده است. در این مورد که انحلال نامزدی همیشه ممکن بوده و ضرورت به ارائه دلیل ندارد همه این نظام ها با هم شباهت دارند.

<sup>۸۵</sup> مدونة الاحوال الشخصية المؤرخة فی ۲۰۰۴، ۲۰۳، فی: الجريدة الرسمية عدد ۵۱۸۴ الصادرة فی ۲۰۰۴، ۲۰۵.

<sup>۸۶</sup> قانون الاحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعی رقم ۵۹ المؤرخ فی ۱۷، ۹، ۱۹۵۳ و المعدل بالقانون ۳۴ تاریخ ۳۱، ۱۲، ۱۹۷۵، فی: الجريدت الرسمية بتاريخ ۱۰، ۱۹۵۳، ص ۴۷۸۳ و بتاريخ ۱۹۷۶ ص ۱۱۱.

<sup>۸۷</sup> مجلة الاحوال الشخصية الصادرة فی ۱۳، ۸، ۱۹۵۶، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية تونس، ۱۹۹۸، قانون عدد ۹۱ لسنة ۱۹۹۸ الصادر فی ۹، ۱۱، ۱۹۹۸ و المتعلق بنظام الاشتراك بين الزوجين. فی: : الجريدة الرسمية ۱۹۹۸ ص ۲۲۲۵.

<sup>۸۸</sup> قانون رقم ۲۰ لسنة ۱۹۹۲ بشأن الاحوال الشخصية و تعديلاته، مكتبة خالد ابن الوليد، صنعاء ۲۰۰۲.

<sup>۸۹</sup> قانون اتحادي رقم ۲۸ لسنة ۲۰۰۵ فی شأن الاحوال الشخصية فی: الجريدة الرسمية عدد ۴۳۹ الصادرة فی ۳۰، ۱۱، ۲۰۰۵.

ماده ۶ مدونه حکم میکند که طرفین تا وقتی نامزد پنداشته میشوند که عقد نکاح شان طبق قانون انعقاد یابد. هر نامزد حق دارد که نامزدی را قبل از عقد ازدواج لغو نماید. بر حسب ماده ۷ مدونه انحلال نامزدی حق جبران خساره را بوجود نمی آورد. اما اگر یکی از نامزدها به نامزد دیگر ضرر برساند، طرف متضرر حق دارد تا جبران خساره وارده را مطالبه نماید. مطابق ماده ۸ قانون مدونه هر نامزد میتواند استرداد هدایای خود را مطالبه کند. در صورتیکه خودش مرتکب انحلال نامزدی نشده باشد. ماده ۹ مدونه نتایج حقوقی انحلال نامزدی را در باره مهر مورد بحث قرار میدهد که کاملاً و یا قسماً پرداخته شده باشد. بر طبق آن نامزدی که مهر را کلاً یا قسماً پرداخته است، میتواند در صورت انحلال نامزدی یا فوت یکی از نامزدها استرداد اشیایی را که به حیث مهر تادیه شده است، یا قیمت روز آنها را در هنگام تسلیم مطالبه نماید. در صورتیکه نامزد (زن) از استرداد مبلغ پولی که توسط آن جهیزیه خریداری نموده است امتناع ورزد، خساره ناشی از کاهش یافتن قیمت جهیزیه به طرفی تحمیل میگردد که مرتکب انحلال نامزدی شده است.

ماده ۳ قانون احوال شخصی سوریه پیشبینی میکند که هر نامزد میتواند از نامزدی منصرف شود. اگر نامزد (مرد) مهر را که ماده چهارم آنرا پول نقد تعیین نموده است، پرداخته باشد و زن از آن جهیزیه خریداری کرده و مرد بعداً از نامزدی منصرف شود، در این حالت زن بر حسب انتخاب خود پول نقد یا جهیزیه را پس میدهد. اگر زن نامزدی را منحل کرده باشد، در این صورت باید مهر یا قیمت آنرا کاملاً بپردازد. البته درمورد هدایای داوطلبانه مقررات هبه تطبیق میگردد. محکمه نقض سوریه در مورد انصراف از نامزدی بطور ذیل هدایت داده است: «هرگاه در انصراف تقصیر متوجه نامزد (مرد) نباشد وی میتواند هدایایی را که در جریان نامزدی تقدیم نموده است، دوباره مطالبه کند.» علاوه بر این محکمه نقض سوریه بر مفکوره آتی اتکا میکند: «هدف از هدایا در جریان نامزدی این است تا روابط میان نامزدها مستحکم و راه برای ازدواج هموار گردد. با انصراف از نامزدی بدون تقصیر، این دلیل هدیه دادن از بین میرود. از این جهت نامزد حق دارد هدایای خود را مطالبه نماید.»<sup>۹۰</sup>

ماده ۲ قانون احوال شخصیه تونس حکم میکند که هر نامزد میتواند در حالت انحلال نامزدی هدایایی را که به طرف دیگر اعطا نموده است، دوباره مطالبه کند. در صورتیکه خودش نامزدی را منحل نکرده و یا یک توافق متفاوت موجود باشد.

در یمن هر دو طرف میتوانند طبق فقره اول ماده ۴ قانون احوال شخصیه از نامزدی انصراف ورزند. هدایایی که در جریان نامزدی اعطا گردیده اند، بر حسب فقره دوم ماده ۴ قانون احوال شخصیه دوباره رجعت داده میشوند. مانند دیگر کشورهای عربی نامزد فقط وقتی مکلف است هدایا را دوباره رجعت دهد که انصراف از نامزدی از طرف خودش صورت گرفته باشد. مطابق ماده ۵ قانون احوال شخصیه یمن یک ضرر عاید احتمالی قابل جبران میباشد.

ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی سه حالت انحلال نامزدی را مشخص میسازد:

۱- اختتام نامزدی یک جانبه.

۲- اختتام نامزدی مشترک.

۳- اختتام به اثر وفات یکی از نامزدها.

هرگاه نامزدی از طرف یک نامزد بدون دلیل منحل گردیده و از این طریق برای طرف دیگر یک ضرر مادی یا معنوی بوجود آید، متضرر میتواند جبران آنرا مطالبه نماید (جمله دوم شماره ۱ ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده

<sup>۹۰</sup> قرار محکمه در کتاب اسطبولی ادیب: المرشد فی قانون الاحوال الشخصية ۱۹۸۹ دمشق، صفحه ۵۰ در دسترس میباشد.

عربی). علاوه‌تاً در این قانون آمده است که نامزد (مرد) به سبب اختتام نامزدی توسط زن می‌تواند استرداد مهر پرداخته شده را مطالبه نماید. در صورتیکه مهر موجود نباشد، قیمت آن مسترد می‌گردد. هرگاه به اثبات برسد که اعطای هدایای نامزدی پیش پرداخت مهر بوده اند، در این صورت استرداد آن جبری می‌باشد (بند ۴ ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). اگر نامزدی توسط نامزد (مرد) اختتام یابد و زن با مهری که بدست آورده جهیزیه خریداری نموده باشد، می‌تواند به انتخاب خود یا مهر و یا اشیای خریداری شده را مسترد نماید (بند ۳ ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). هرگاه یکی از نامزدها بدون موجب نامزدی را نقض کند، در این حالت حق ندارد استرداد هدایایی را که به طرف مقابل اعطا کرده است، مطالبه نماید. این حق را صرف آن طرفی دارا می‌باشد که ترک داده شده است (بند ۵ ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). در حالت انصراف نامزدی با موجب و مستدل طرف مقابل مجبور است تا اشیایی را که به دست آورده است، مسترد نماید و در صورتیکه این اشیا وجود نداشته باشند، قیمت آن را بپردازد (بند ۶ ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). هرگاه نامزدی به اثر موافقه طرفین فسخ گردد، هر یک از طرفین هدایای نامزدی را که هنوز وجود دارند، مسترد مینمایند (بند ۷ ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). در صورتیکه نامزدی در اثر فوت یکی از طرفین یا به اساس یک دلیلی که هیچ کدام از طرفین مسئول آن نیست و یا به سبب یک مانع که در ازدواج وجود دارد، خاتمه یابد، در این صورت هیچ یک از طرفین مکلفیت ندارند که هدایا را مسترد نمایند (بند ۸ ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی).

## فصل سوم: ازدواج

### مبحث اول: مفهوم ازدواج

#### گفتار اول: مفهوم ازدواج در قانون مدنی افغانستان

در صورتیکه مذاکرات دوره خواستگاری منجر به نامزدی شوند، نامزدها می‌توانند در صورت موجودیت شرایط معین قانونی، نامزدی را ختم نموده با همدیگر ازدواج نمایند. قانون مدنی افغانستان اصطلاح ازدواج را بکار می‌برد، در حالیکه اصطلاح نکاح که یک کلمه عربی است، در متون حقوقی و قضائی نیز استعمال می‌گردد. در ماده ۶۰ قانون مدنی ازدواج به مثابه یک عقد توصیف گردیده که این عقد زندگی مشترک میان مرد و زن را به منظور ایجاد فامیل فراهم و حقوق و وجایب طرفین را معین می‌سازد. طبق ماده ۶۶ قانون مدنی ازدواج مانند هر عقد مدنی دیگر توسط پیشنهاد (ایجاب) و پذیرش (قبول) تحقق می‌پذیرد. انعقاد ازدواج مشروع زندگی مشترک میان طرفین را به منظور ایجاد فامیل مجاز می‌سازد. مشروعیت ازدواج به رعایت شرایط مندرج قانون مدنی بستگی دارد.

#### گفتار دوم: مفهوم ازدواج در سایر نظامهای حقوقی اسلامی

همچنین در سایر کشور های اسلامی تعریف قانونی مفهوم ازدواج بملاحظه می‌رسد. در تمام کشور های اسلامی و همچنان حقوق افغانستان دو پدیده در تعریف مفهوم ازدواج مشترک اند: نخست اینکه ازدواج عبارت است از یک عقد مدنی و دوم اینکه هدف ازدواج ایجاد فامیل می‌باشد.

ماده اول قانون احوال شخصیه سوریه حکم میکند که ازدواج عبارت است از انعقاد یک عقد میان یک مرد و یک زن که ازدواج میان آنها جایز باشد، بمنظور ایجاد یک زندگی مشترک و تولید مثل. ماده دوم قانون احوال شخصیه سوریه تثبیت میدارد که چه حالاتی عقد ازدواج نمیشوند. ماده دوم مشعر است:

«این موارد ازدواج پنداشته نمیشوند: نامزدی، وعده ای ازدواج، قرائت سوره فاتحه، پذیرش مهر و قبول هدایا».

حقوق اردن در ماده اول قانون احوال شخصیه شماره ۶۱ مورخ ۱۹۷۶<sup>۹۱</sup> ازدواج را به مثابه یک عقد میان یک مرد و یک زن بمنظور ایجاد فامیل و تولید مثل تعریف مینماید.

مطابق فقره دوم ماده ۶ قانون احوال شخصیه یمن هدف از ازدواج نیز ایجاد فامیل میباشد. بر حسب فقره اول ماده ۶ قانون احوال شخصیه یمن ازدواج یک عقد رضایی است که روابط جنسی میان یک مرد و یک زن را جایز ساخته و از طریق ایجاب و قبول که در جریان مذاکره عقد ابراز میگردد، تحقق می یابد (ماده ۷ قانون احوال شخصیه یمن). تعریف جامع ازدواج در مدونه مراکش نیز جالب است. طبق ماده ۴ مدونه ازدواج عبارت است از یک قرارداد مدنی که از آن طریق یک مرد و یک زن توافق مینمایند تا به خاطر یک زندگی مشترک و دایمی وصلت نمایند. هدف از ازدواج یک زندگی صادقانه و پاکیزه و ایجاد یک فامیل پایدار و ثابت تحت رهبری هردو زوجین مطابق احکام قانون میباشد.

## مبحث دوم: ازدواج صحیح

### گفتار اول: عمومیات

برای انعقاد عقد از یکطرف موجودیت ارکان عقد ضروری است و از طرف دیگر باید این ارکان دارای شرایط خاص باشند. برای انعقاد عقد ازدواج موجودیت طرفین (مرد و زن) و ایجاب و قبول (صیغه عقد) ضروری است که ارکان عقد نامیده می شود.

این امر از ماده ۶۰ قانون مدنی منتج میشود. این ماده حکم میکند که ازدواج قراردادی است که زندگی مشترک را میان یک مرد و یک زن به منظور ایجاد فامیل مشروع میسازد.

هر گاه به سبب فریب، اشتباه یا کدام حالت دیگر یک ازدواج میان دو هم جنس انعقاد یابد، این ازدواج یک ازدواج باطل میباشد که به هیچ وجه آثاری بوجود نمیآورد. علاوه بر این ازدواج با یک ایزک (انسانی دارای ویژه گی های نر و ماده) مجاز نبوده و یک ازدواج باطل محسوب میگردد.<sup>۹۲</sup>

هر گاه یکی از این شرایط در عقد ازدواج موجود نباشد، برحسب نوعیت نقض احکام، یا یک ازدواج باطل و یا یک ازدواج فاسد منعقد گردیده است. یک ازدواج باطل به هیچ وجه آثار حقوقی به بار نمیآورد. حتی در صورتیکه دخول در آن صورت گرفته باشد (ماده ۹۵ قانون مدنی).

<sup>۹۱</sup> قانون الاحوال الشخصية عدد ۶۱ لسنة ۱۹۷۶ فی: الجريدة الرسمية للمملكة الاردنية الهاشمية عدد ۲۶۶۸ الصادرة فی ۱۹۷۶.۱.۱۲، صفحه ۲۷۵۶.

<sup>۹۲</sup> گلوبل رایتز، حرق فامیل، کتاب دوم، صفحه ۷، نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۱۰۳.

یک ازدواج فاسد طبق ماده ۹۶ قانون مدنی وقتی بوجود می آید که ازدواج توسط ایجاب و قبول تحقق یابد ولی شرایط ازدواج کاملاً رعایت نگردد. در یک ازدواج فاسد آثار ازدواج تنها وقتی بوجود می آید که بعد از ازدواج دخول صورت گرفته باشد (فقره دوم ماده ۹۷ قانون مدنی).

در همچو یک حالت حق مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت میگردد. در صورتیکه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت نگرفته باشد، مطابق فقره اول ماده ۹۷ قانون مدنی آن ازدواج باطل پنداشته میشود و طبق ماده ۹۵ قانون مدنی عمل میشود. علاوه بر این حقوق ازدواج افغانستان بین ازدواج صحیح و ازدواج نافذ فرق قایل میگردد. یک ازدواج صحیح وقتی بوجود می آید که تمام اساسات و شرایط قانونی عقد ازدواج رعایت شوند. یک ازدواج صحیح وقتی نافذ شمرده میشود که عاقدین هم دارای اهلیت ازدواج و هم واجد اهلیت حقوقی باشند. هرگاه هنوز ابراز رضایت ولی و یا موکلی که ازدواجش بوسیله یک وکیل صورت گرفته است و آن وکیل در داخل صلاحیت وکالت خود عمل نکرده است، ضرور باشد، یک ازدواج موقوف بوجود می آید.<sup>۹۳</sup> درحالیکه هم شرایط صحت و هم شرایط انفاذ ازدواج موجود باشند، ازدواج لازم بوجود می آید.

### گفتار دوم: شرایط صحت نکاح

ازدواج یک عقد توافقی است. در پهلوی ارکان ازدواج (ایجاب و قبول و موجودیت عاقدین)، باید شرایط دیگری تحقق یابند تا یک ازدواج بتواند به صورت صحیح منعقد گردد. طبق ماده ۷۷ قانون مدنی باید شرایط ذیل در مورد نکاح وجود داشته باشند:

- (۱) ایجاب و قبول باید توسط عاقدین یا اولیای قانونی آنها یا وکلای ایشان به صورت صحیح ابراز گردد.
  - (۲) باید دو شاهد دارای اهلیت نکاح حضور داشته باشند.
  - (۳) موانع دایمی یا مؤقتی در ازدواج موجود نباشند.
- بنابراین، مطابق ماده ۷۷ شماره ۱ قانون مدنی برای صحت و نفاذ یک ازدواج به اظهار صحیح ایجاب و قبول ضرورت است. ایجاب و قبول میتوانند یا توسط خود عاقدین و یا بوسیله اولیا و یا وکلای شان ارائه گردد. چون اظهار اراده میتواند توسط سایر اشخاص و هم بوسیله عروس و داماد صورت گیرد، بنابراین ازدواج یک عقد حقوقی به شمار نمیرود که منحصرأ توسط خود شخص طرف قرارداد منعقد گردد. علاوه براین ضرورت است تا در عقد ازدواج شهود حاضر باشند و موانع دایمی یا مؤقت در ازدواج وجود نداشته باشند. چون ازدواج یک عقد است، میتواند در پهلوی احکام عمومی عقود، احکام خصوصی عقود، مثلاً: حضور شهود در نظر گرفته شوند.

### الف) ایجاب و قبول

شرایط اظهار ایجاب و قبول در انعقاد یک ازدواج در ماده ۶۶ قانون مدنی تنظیم شده اند:

- (۱) ازدواج از طریق یک پیشنهاد صریح به عنوان ایجاب و یک پذیرش صریح به عنوان قبول تحقق می پذیرد.

<sup>93</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 75.

(۲) اظهار اراده باید فوریت و استمرار را بدون قید وقت افاده نماید.

(۳) ایجاب و قبول باید در یک مجلس واحد ابراز گردند.

#### (۱) اراده در ازدواج

مطابق ماده ۷۷ شماره ۱ قانون مدنی عاقدین می‌توانند ایجاب و قبول ازدواج را شخصاً یا بوسیله اولیا یا وکلای انتخابی خویش ابراز نمایند. در جوار احکام مبنی بر توافق اراده‌ها که فوقاً تذکر یافت، باید در این مورد شرایط بیشتری رعایت گردد. چون ازدواج یک قرارداد است، بنابراین از یک طرف اراده در انعقاد آن نقش اساسی دارد و از طرف دیگر باید عروس و داماد دارای اهلیت ازدواج بوده، یعنی به سن قانونی برای ازدواج رسیده باشند. احکام توافق دو اراده برای تحقق صحیح یک قرارداد در قانون مدنی در مواد ۴۹۷ الی ۵۳۳ وجود دارد. طبق ماده ۴۹۷ عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون. بعلاوه ماده ۵۰۵ قانون مدنی برای صحت یک قرارداد رضایت عاقدین را بدون اکراه و اجبار لازم میدانند.

#### (۲) اظهار اراده

ازدواج یک عقد حقوقی است که با اظهار اراده موافق یک مرد و یک زن به همدیگر صورت می‌گیرد. بنابراین اظهار اراده عروس و داماد در عقد ازدواج شرط ضروری می‌باشد. ایجاب عبارت است از تقاضای یک طرف به طرف دیگر به خاطر ازدواج که باید توسط طرف مقابل پذیرفته شود. فرقی ندارد که این پیشنهاد از طرف مرد و یا از طرف زن ارائه گردد. طرف ایجاب را موجب و طرف قبول را قابل گویند. برای توافق اراده‌ها باید ایجاب و قبول از لحاظ محتوا با هم مطابقت داشته باشند. مطابق ماده ۵۲۱ قانون مدنی این امر وقتی بوجود می‌آید که بین عاقدین در رابطه به تمام بخش‌های اساسی قرارداد ازدواج موافقت وجود داشته باشد. ضرور نیست تا ابراز اراده موافق از لحاظ محتویات شبیه هم باشند و یا لغت به لغت با هم موافقت نمایند. اما آنها باید با نتیجه حقوقی مورد نظر از لحاظ محتویات موافقت نمایند. یعنی این مسئله که می‌خواهند با همدیگر ازدواج کنند، افاده گردد.

#### (۳) فوریت و استمرار

ماده ۶۶ قانون مدنی علاوه بر این حکم می‌کند که ایجاب و قبول باید فوریت و استمرار ازدواج را بدون قید وقت واضح سازند. بخاطر موجودیت حکم صریحی که امر می‌کند که ازدواج باید به صورت دوامدار و بدون قید زمان انعقاد گردد، انعقاد ازدواج با قید زمان (صیغه) برای افغانان سنی جایز نمی‌باشد.<sup>۹۴</sup> این سوال باقی می‌ماند که متکی به حکم ماده ۱۳۱ قانون اساسی این امر در مورد افغانان شیعه نیز صدق مینماید یا آیا ازدواج با قید زمان مغایر نظم عامه جامعه افغانی می‌باشد. (راجع به ماده ۱۳۱ قانون اساسی بخش دوم ملاحظه شود). علاوه بر این اظهار اراده

<sup>۹۴</sup> ازدواج مؤقت (نکاح منقطع) یک خصوصیت مذهب تشیع را نشان می‌دهد که حقوق فامیل ایران از آن پیروی می‌کند. ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی ایران حکم می‌کند که یک ازدواج آن وقت مؤقت می‌باشد که برای یک مدت معین انعقاد یافته باشد. برای درک اختلاف میان ازدواج مؤقت و ازدواج دائم در حقوق ایران مراجعه شود به سید حسین صفایی / اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، صفحه ۲۴.

طرفین باید فوریت ازدواج را دربر گیرد. طبق ماده ۶۷ قانون مدنی ازدواج به شکل صحیح منعقد نمی گردد، هر گاه انعقاد آن به یک شرط غیر محقق تعلیق شده و یا به زمان آینده موکول شده باشد.

#### ۴) زمان و مکان اظهار اراده

ایجاب و قبول بر حسب ماده ۶۶ قانون مدنی باید در یک مجلس واحد اظهار گردند. بنابراین باید اظهار اراده ها در عین یک زمان ابراز شوند.

در صورتیکه هر دو طرف حاضر باشند و یک طرف بعد از ایجاب از مجلس بیرون رود و پس از آنکه دوباره بر گردد، ایجاب را قبول کند، در این حالت توافق اراده بین طرفین وجود ندارد.

همچنان طرفین میتوانند در هنگام اظهار اراده در جاهای مختلف قرار داشته باشند. لهذا امکان دارد که در حالت عدم حضور یکی از طرفین پیشنهاد ازدواج به وسیله یک رسول (قاصد) و یا به صورت تحریری تقدیم شود.<sup>۹۵</sup> به این ارتباط تعیین زمان و مکان ازدواج ماده ۵۲۳ قانون مدنی توضیحات ارائه مینماید. به اساس ماده ۵۲۳ قانون مدنی انعقاد قرارداد میان طرفین غایب از لحاظ زمانی و مکانی آنگاه تحقق می یابد که ایجاب کننده از قبول طرف دیگر آگاهی حاصل کند، مشروط براینکه طرفین و یا قانون مخالف آنرا تصریح نکرده باشد در حالت بکار برد حکم ماده ۵۲۳ قانون مدنی طرفین ازدواجی که به وسیله رسول یا به صورت تحریری منعقد میگردد، میتواند در این باره توافق داشته باشند که به مجردی که ایجاب توسط طرف دیگر قبول گردد، ازدواج در آن زمان و مکان تحقق یابد.

همچنان یک اظهار اراده تلفونی طبق ق.م در صورت تحقق سائر شرائط مجاز میباشد. بر حسب ماده ۵۲۴ قانون مدنی عقد بوسیله تلفون یا وسایل مماثل آن از حیث زمان، مانند عقد بین طرفین حاضر و از حیث مکان، مانند عقد بین طرفین غایب پنداشته میشود. همچنان در این مورد توافقات دیگری میان طرفین ممکن میباشد.

#### ۵) ازدواج اجباری

عروس و داماد باید اراده خود را با رضایت کامل اظهار کنند. هر گاه آنها به اثر فشار بر رضایت خویش به عقد یک ازدواج مجبور ساخته شوند، یک ازدواج اجباری به میان می آید. البته ازدواج اجباری را نباید با ازدواج ترتیب داده شده به اشتباه گرفت. مادامیکه یک ازدواج میان دو نفر توسط فامیل های آنها بدون فشار فراهم گردد و عاقدین آزادانه به این فراهم آوری توافق نمایند، ازدواج اجباری بمیان نمی آید.

به حیث وسایل فشار از سوء استفاده روانی، تعدی و فشار شدید فامیلی و اجتماعی کار گرفته شده میتواند. در برخی حالات افراطی حتی از زور فیزیکی، لت و کوب، اختطاف، سلب آزادی و حتی قتل اشخاص به وسیله وسایل فشار استعمال میگردد.<sup>۹۶</sup>

<sup>۹۵</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۱۰۵.

<sup>۹۶</sup> همچنین به راپور آتی مراجعه شود:

### ۱.۵) ممنوعیت ازدواج اجباری بوسیله قوانین ملی و نتایج حقوقی آن

یک حکمی که صریحاً ازدواج اجباری را منع نماید، در قانون مدنی وجود ندارد. البته ماده ۵۰۵ قانون مدنی حکم مینماید که برای بستن یک قرارداد صحیح موجودیت رضایت عاقدین بدون اکراه و اجبار ضروری است. ماده ۵۰۵ قانون مدنی مشعر است:

«شرط صحت عقد عبارت است از رضایت عاقدین بدون اکراه و اجبار.»

سپس قانون مدنی در ماده ۵۵۱ خود اصطلاح اکراه را تعریف مینماید. طبق آن اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق، به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد، خواه اکراه مادی باشد یا معنوی.

مفهوم اجبار قانوناً تعریف نشده است. از ماده ۵۵۱ قانون مدنی برمی آید که در اکراه شخص معامله کننده از فشار کاریگیرد، یا بوسیله بکارگیری وسایل فشار یک شخص دیگر را برای انجام یک معامله تعیین میکند. به حیث وسیله فشار در اکراه قانون مدنی در ماده ۵۵۳ از تهدید به خطر جسمی یا مالی نام میرد.

هرگاه یک قرارداد توسط اکراه بوجود آید، آن عقد به اساس ماده ۵۵۸ قانون مدنی صحیح نمیشد. بنابراین، ازدواجی که به اثر اکراه و تعمیم فشار منعقد گردیده باشد، نیز به اساس این حکم صحیح نمیشد. طبق جزء الف) فقره اول ماده ۱۳۳ قانون مدنی عقد ازدواج به سبب فقدان یکی از شرایط صحت عقد میتواند فسخ گردد. ازدواج فاسد قبل از دخول مطابق فقره اول ماده ۹۷ قانون مدنی ازدواج باطل تلقی میگردد.

همچنان از مواد دیگر قانون مدنی برمیاید که یک ازدواج اجباری بنابر حالت قانونی خویش مغایر قانون میباشد. ماده ۴۴ قانون مدنی آزادی را حق طبیعی انسان میشمارد که از آن هیچ کس صرف نظر کرده نمیتواند. هرگاه شخصی که حقوق شخصی او مورد تجاوز قرار گیرد، حق دارد طبق ماده ۴۵ قانون مدنی علاوه بر مطالبه منع تجاوز در صورت وقوع ضرر طالب جبران خساره نیز گردد.

به علاوه یک حکم صریح ممنوعه و تعزیری در باره ازدواج اجباری در قانون جزای سال ۱۳۵۵ (۱۹۷۶) افغانستان وجود دارد.<sup>۹۷</sup> البته این احکام صرف به ازدواج اجباری زنان بیوه و یا رشیده مربوط میباشد. ماده ۵۱۷ قانون جزای افغانستان حکم میکند که هرگاه شخصی یک زن بیوه و یا یک دختری را که ۱۸ سال یا بیشتر از آن عمر دارد، خلاف اراده اش به ازدواج مجبور سازد، یا با او ازدواج کند، حسب احوال به حبس قصیر محکوم میگردد. اگر عمل جرمی به منظور بد دادن ارتکاب یافته باشد، مطابق فقره دوم ماده ۵۱۷ قانون جزاء مرتکب به یک حبس متوسط که از دو سال تجاوز نکند، محکوم میگردد.

علاوه بر آن فقره اول ماده ۴۲۹ قانون جزاء مشعر است که هرگاه یک شخص توسط عنف یا تهدید یا حيله به ناموس شخصی، خواه مرد و خواه زن تجاوز نماید و یا به آن شروع نماید، به حبس طویل که از هفت سال تجاوز نکند محکوم میگردد. هرگاه حق اراده آزاد هر شخص در انعقاد ازدواج تحت عنوان اصطلاح ناموس قرار گیرد، میتوان از این قاعده بمثابه اساس مجازات در ازدواج اجباری صغار نیز کار گرفت.

<sup>۹۷</sup> قانون جزاء، فرمان شماره ۹۲۰ بتاریخ ۳۱ سنبله ۱۳۵۵.

## ۲.۵ ممنوعیت ازدواج اجباری توسط اسناد بین المللی

علاوه بر این، ازدواجهای اجباری به وسیله اعلامیه جهانی حقوق بشر مورخ ۱۲/۱۹۴۸/۱۰ و کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان مورخ ۱۹۷۹/۱۲/۱۸ ممنوع گردیده اند. مطابق فقره اول ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر زنان و مردان واجد اهلیت ازدواج حق دارند، بدون محدودیت ناشی از نژاد، ملیت، تابعیت یا دین ازدواج نمایند و فامیل را تشکیل دهند. آنها در هنگام عقد ازدواج، در تمام مدت زناشویی و در انحلال آن دارای حقوق مساوی میباشند. بر حسب فقره دوم ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد واقع شود.

همچنان فقره اول ماده ۱۶ کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان در مسایل ازدواج و فامیل به رضایت آزاد و کامل عاقدین تاکید میورزد. کشورهای شامل در قرارداد باید طبق آن اقدامات لازم و مقتضی را در جهت حذف تبعیض علیه زنان را در مسایل ازدواج و خانواده اتخاذ نمایند و تحقق اصل حق مساوی مرد و زن، حق مساوی در عقد ازدواج، حق مساوی در انتخاب آزاد همسر و ازدواج فقط با اراده آزاد و رضایت کامل را تضمین کنند.

## ۳.۵ ازدواجهای اجباری در جامعه افغانستان

بر طبق مشاهدات و گزارشات سازمان های ملی و بین المللی در افغانستان اکثراً ازدواج های اجباری بوقوع میپیوندد.<sup>۹۸</sup> این ازدواج ها عبارت اند از ازدواج صغار بوسیله والدین شان و اشخاص دیگر، یا همچنین ازدواج اشخاص رشید که اکثراً زن میباشند، مغایر اراده و رضایت آنان.<sup>۹۹</sup> بر حسب معلومات کمیسیون حقوق بشر مستقل افغانستان ۶۰ الی ۸۰ فیصد ازدواج ها در افغانستان بدون رضایت عروس و داماد و یا مغایر اراده آنها صورت میگیرد.<sup>۱۰۰</sup>

علل ازدواج های اجباری گوناگون اند: کاهش قرضداری، تهدیدات بوسیله گروپ های مسلح در مناطق معین که در آن دولت قدرت نداشته و مردم به قضا دسترس ندارند، یا اجرای بد و پور.<sup>۱۰۱</sup> اشخاصیکه از طرف سازمان عفو بین المللی (Amnesty International) مورد پرسش قرار گرفته اند، معلومات داده اند که فامیل های غریب پیشنهادات ازدواج دختران جوان خود را میپذیرند تا با آن از قرضداری نجات یابند.<sup>۱۰۲</sup> همچنان بی قانونی و عدم

<sup>98</sup> Amnesty International, Afghanistan: Re-establishing the rule of law, AI Index ASA 11/021/2003, 40; Amnesty International, Afghanistan: Women still under attack – a systematic failure to protect, AI Index ASA 11/007/2005, 13.

<sup>99</sup> Hashim Kamali, Islam, Pernicious Custom, and Women's Rights in Afghanistan, National Conference on Women's Rights, Law and Justice in Afghanistan, May 26-27 (2003), 11.

<sup>۱۰۰</sup> مراجعه شود به صفحه اینترنتی: [www.aihrc.org.af/wom\\_rig.htm](http://www.aihrc.org.af/wom_rig.htm).

<sup>۱۰۱</sup> در رابطه با بد دادن به توضیحات در رابطه با طویانه در این کتاب و نیز به راپور آتی مراجعه شود:

Woman and Children and Legal Research Foundation, BAD, Painful Sedative, Research Report (2003).

<sup>102</sup> Amnesty International, Afghanistan: Women still under attack – a systematic failure to protect, AI Index ASA 11/007/2005, 14.

مجازات گروپهای مسلح قضائی را ایجاد نموده است که ازدواج قبل از وقت دخترها به مثابه تضمین آینده آنها تلقی گردد.

یک نوع دیگر ازدواج اجباری عبارت است از ازدواج یک زن بیوه با برادر شوهرش که شاید حتی متأهل باشد. زن بیوه که اکثراً ملکیت فامیل شوهرش تلقی میگردد، مجبور ساخته میشود، تا از این عنعنه پیروی نماید. نتایج ازدواج های اجباری فاجعه آمیز است. کمیسیون حقوق بشر مستقل افغان در هرات ۶۴۴ حادثه خودسوزی را از سپتامبر ۲۰۰۳ الی دسامبر ۲۰۰۴ ثبت نموده که اکثراً به مرگ انجامیده اند.<sup>۱۰۳</sup> اکثریت احداث به دلیل خشونت های خانوادگی بوجود آمده که ازدواج های اجباری شامل آنها میباشند. البته واضح نشده است که آیا زنها و دخترها شخصاً خود را آتش زده اند و یا اینکه حادثه توسط اعضای خانواده های شان صورت گرفته است.

#### ۴.۵) ازدواجهای اجباری در کشورهای اسلامی دیگر

کشورهای اسلامی دیگر نیز از طریق قواعد حقوق مدنی یا حقوق جزاء علیه ازدواجهای اجباری عمل مینمایند. قانونگذار عراق صریحاً ازدواج اجباری را ممنوع قرار داده و آنرا جرم میندازد. فقره اول ماده ۹ قانون شماره ۱۸۸ سال ۱۹۵۹<sup>۱۰۴</sup> در باره احوال شخصیه مشعر است: «هیچ یک از اقارب یا شخص دیگر حق ندارد یک مرد یا یک زن را بدون موافقه اش مجبور به ازدواج سازد. هرگاه در ازدواج ناشی از اجبار دخول صورت نگرفته باشد، آن ازدواج باطل پنداشته میشود. علاوه بر این مطابق این قانون هیچ یک از اقارب یا شخص دیگر حق ندارد مانع ازدواج یک شخص واجد اهلیت ازدواج گردد». همچنان فقره دوم ماده ۲ قانون احوال شخصیه عراق اجبار را جرم تلقی میکنند. همینطور حکم میشود که محکمه شرعی یا محکمه احوال شخصیه بمنظور انتخاب تدابیر قانونی علیه شخصی که شخص دیگر را به ازدواج مجبور میسازد، به ادارات کشف و تحقیق اطلاع دهد. آنها همچنین میتوانند چنین شخصی را به خاطر تضمین حضورش در برابر مقامات فوق الذکر دستگیر نمایند. کسی که در معرض اجبار یا ممانعت قرار گرفته است، حق دارد فوراً به شعبات کشف و تحقیق جرایم مراجعه نماید (فقره اول ماده ۹ قانون احوال شخصیه عراق).

ماده ۱۳ قانون فامیل الجزایر مورخ ۲۷/۲/۲۰۰۵<sup>۱۰۵</sup> متذکر میشود که ولی ازدواج چه پدر باشد و چه شخص دیگر مجاز نیست صغیری را که تحت ولایت قرار دارد، به ازدواج مجبور سازد و نمیتواند او را بدون اجازه اش به ازدواج شخص دیگری در آورد.

قانونگذار کویت یک راه میانه را پیموده و تذکر میدهد که یک دختر باکره بین سن بلوغ و ۲۵ سالگی برای ازدواج به ولی احتیاج دارد. ولی ازدواج به اساس سلسله مراتب از اقارب پدری تعیین میشود که اصطلاح عربی آن "عصبه بالنفس" میباشد. در حالت فقدان یک عصبه بالنفس برحسب ماده ۲۹ قانون شماره ۵۱ مورخ ۷/۷/۱۹۸۴ در باره

<sup>103</sup> Amnesty International, Afghanistan: Women still under attack – a systematic failure to protect, AI Index ASA 11/007/2005, 23.

<sup>۱۰۴</sup> قانون الاحوال الشخصية عدد ۱۸۸ لسنة ۱۹۵۹ فی: الوقائع العراقية عدد ۲۸۰ الصادرة فی ۱۹۵۹/۱۲/۳۰.

<sup>105</sup> Journal Officiel de la République Algérienne no. 15, 27.2.2005.

احوال شخصیه<sup>۱۰۶</sup> این وظیفه به قاضی محول میگردد. یک زنی که قبلاً ازدواج نموده باشد، دارای حق انتخاب در ازدواج میباشد. ولی با وصف اینهم باید انعقاد ازدواج را به ولی خویش تفویض نماید (ماده ۳۰ قانون احوال شخصیه کویت).

در سوریه، اردن و مراکش تمام اشکال ازدواج اجباری قانوناً منع گردیده اند. برای ولی فقط این امکان باقی میماند که علیه ازدواج شخص تحت ولایت خویش شکایت نماید تا محکمه در آن زمینه فیصله کند.<sup>۱۰۷</sup> در مراکش ماده ۶۳ مدونه در ارتباط با ازدواج اجباری پیشبینی مینماید که کسی که به عقد ازدواج مجبور شده است، هم قبل و هم بعد از دخول میتواند فسخ آنرا از محکمه تقاضا کند. او همچنان حق مطالبه جبران خساره ای را دارد که از ازدواج اجباری بوجود آمده است.

مطابق ماده ۲۱ قانون احوال شخصیه تونس ازدواج اجباری باطل است. البته ماده ۲۲ قانون احوال شخصیه تونس تثبیت مینماید که بعد از دخول در یک ازدواج باطل نیز آثار آتی بوجود می آیند:

۱- حق مهر برای عروس.

۲- ایجاد روابط نسبی.

۳- رعایت عدت.

۴- به میان آمدن موانع ازدواج بنابر خویشاوندی ناشی از ازدواج.

در یمن ازدواج وقتی باطل میگردد که ارکان و شرایط عقد ازدواج مراعات نشده باشد (ماده ۳۱ قانون احوال شخصیه یمن). رضایت زوجین شرط انعقاد یک ازدواج صحیح میباشد. هر گاه این شرط در عقد ازدواج موجود نباشد، باید زوجین به حکم محکمه از همدیگر جدا شوند. مگر اینکه عدم توافق قبلی بعداً جبران شده باشد. بدین طریق یک ازدواج باطل صحیح میگردد (ماده ۳۱ قانون احوال شخصیه یمن). البته مطابق حکم ماده ۳۲۰ قانون احوال شخصیه یمن ازدواج باطلی که در آن دخول صورت گرفته است، نتایج حقوقی آتی را به بار می آورد:

۱- وجبیه پرداخت مهر.

۲- ایجاد نسب.

۳- رعایت عدت در حالت جدایی و مرگ.

۴- ایجاد روابط خویشاوندی ناشی از ازدواج.

۵- حذف مجازات حد بعد از دخول برای طرفینی که از باطل بودن ازدواج نا آگاه اند.

محکمه استیناف اردن دعوی فسخ ازدواج یک زن را مردود دانسته بود که ادعا مینمود که ازدواج به سبب اجبار انعقاد یافته بود. زیرا موصوفه قبلاً صحت ازدواج را تصدیق کرده بود.<sup>۱۰۸</sup>

<sup>۱۰۶</sup> قانون رقم ۵۱ لسنة ۱۹۸۴ بشأن الاحوال الشخصية، فی: الكويت اليوم عدد ۱۵۷۰/۱۹۸۴.

<sup>۱۰۷</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 55.

<sup>۱۰۸</sup> قرار محکمت الاستیناف، رقم ۸۸۰۹ در کتاب: احمد سالم ملحم: الشرح التطبیقی قانون الاحوال الشخصية الاردنی ۱۹۹۸ عمان، صفحه ۵۷.

## ب) اهلیت ازدواج

یک زن و یک مرد وقتی دارای اهلیت ازدواج میباشند که به سن قانونی ازدواج رسیده باشند. در پهلوی سن ازدواج در عقد ازدواج اهلیت عمومی و صحتمندی روانی عاقدین مورد توجه قرار میگیرند.

### ۱) سن ازدواج

سن ازدواج در ماده ۷۰ قانون مدنی تنظیم گردیده است. طبق آن اهلیت ازدواج در مردان با تکمیل سن ۱۸ و در زنان با اكمال سن ۱۶ کامل می گردد. سن ازدواج با سن رشد که در ماده ۳۹ قانون مدنی تثبیت گردیده است، مشابه نمی باشد. سن رشد هم در زنان و هم در مردان با اكمال ۱۸ سالگی بوجود میاید و برای آنان اهلیت حقوقی کامل در اجرای معاملات را به بار می آورد.

بنابراین، مردان با اكمال ۱۸ سالگی هم واجد اهلیت ازدواج و هم دارای اهلیت حقوقی کامل در اجرای معاملات میشوند. بر عکس زنان با تکمیل ۱۶ سالگی واجد اهلیت ازدواج میشوند ولی هنوز دارای اهلیت حقوقی کامل در اجرای معاملات نمی باشند.

یک ازدواجی که قبل از رسیدن به سن اهلیت ازدواج انعقاد یابد، ازدواج فاسد است و میتواند به حکم محکمه فسخ گردد. البته در این مورد حکم ماده ۱۰۸ قانون اصول محاکمات مدنی قابل رعایت است. این ماده حکم میکند که اقامه دعوی فسخ نکاح منکوحه به علت عدم تکمیل اهلیت ازدواج در هنگام عقد بعد از تکمیل ۱۷ سالگی جواز ندارد. بدین معنی که هر گاه زن ۱۷ سالگی را تکمیل نماید، رضایت او مبنی بر عقد ازدواج قانونی تلقی میگردد.

### ۲) صحتمندی روانی

اهلیت ازدواج در کنار رسیدن به سن اهلیت ازدواج مستلزم صحتمندی روانی عاقدین میباشد. این چنین یک شخص میتواند با وجود رسیدن به سن اهلیت ازدواج فاقد اهلیت برای اظهار اراده صحیح در مورد عقد ازدواج باشد.

### ۲.۱) نقص یا فقد اهلیت

تا ۷ سالگی تمام اشخاص طبق حکم ماده ۴۰ قانون مدنی فاقد اهلیت به شمار میروند. اشخاصی که به اختلال روحی (معتوه) یا مریضی روحی (جنون) مبتلا اند، برحسب ماده ۴۰ قانون مدنی نیز فاقد اهلیت میباشند. مجنون که به مریضی روحی مبتلا میباشد، قادر نیست تصمیم سالم اتخاذ نماید یا عاقلانه عمل کند. این حالت میتواند هم دایمی باشد و هم مؤقتی. اشخاص معتوه اشخاصی اند که به علولیت روحی مبتلا میباشند و به سبب آن طوری گفتار مینماید که بخشی از گفتارشان غیر منطقی و بخش دیگرش منطقی میباشد.<sup>۱۰۹</sup> اشخاص معتوه و یا مجنون که به سن بلوغ رسیده اند، فاقد اهلیت پنداشته شده و نمیتوانند کدام معامله حقوقی را مستقلانه انجام دهند. بنابراین این اشخاص نمیتوانند عقد ازدواج خویش را منعقد نمایند. مطابق حکم ماده ۴۱ قانون مدنی اشخاصی ناقص اهلیت پنداشته میشوند که صغیر ممیز باشند. ماده ۴۱ قانون مدنی در مورد اشخاصی هم صدق مینماید که گرچه به سن رشد رسیده اند، اما سفیه یا مبتلا به غفلت کاری اند.

<sup>109</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), ۱۹۱, 192.

برحسب ماده ۳۹ قانون مدنی اهلیت حقوقی کامل با تکمیل ۱۸ سالگی در حالت صحت عقل بمیان میاید. یک شخص دارای اهلیت حقوقی کامل برای معاملات حقوقی بوده و میتواند ازدواج نماید.

## ۲.۲) اشخاص سفیه و غفلت کار

هر گاه یک شخصی که به سن اهلیت ازدواج رسیده است، بخواهد ازدواج کند، در این حالت باید دیده شود که آیا او دارای سلامتی روحی بوده و یا سفیه و غفلت کار است و در کدام حالت وی نمیتواند بدون همکاری یک ولی ازدواج را منعقد نماید.

یک شخص آنگاه سفیه پنداشته میشود که به شکل اسراف آمیز و احمقانه سخی باشد. این چنین اشخاص دارای استعداد سالم اتخاذ تصمیم نمیشوند. با وجودیکه آنها اساساً ممیز بوده و از سلامتی روحی برخوردار اند. غفلت کار به شخصی اطلاق میشود که به سبب ساده لوحی و حماقت در موقعیتی قرار ندارد، تا منافع مادی خود را درک نماید.<sup>۱۱۰</sup>

## ۳) اجازه ولی

اجازه ولی طبق ق. م صرف در ازدواج صغار بین پانزده الی شانزده سالگی بر حسب فقره اول ماده ۷۱ قانون مدنی معتبر است. طبق ماده ۷۱ فقره اول ق. م ولی صغیره بین سن پانزده الی شانزده سالگی در درجه اول پدر و بعداً قاضی محکمه ذیصلاح است. قاضی حق ندارد با اشخاصیکه بر حسب ماده ۷۸ قانون مدنی تحت ولایت قرار دارند، خود ازدواج کند و یا آنها را به ازدواج یکی از اصول یا فروع خود در آورد (ماده ۷۹ قانون مدنی). بنابراین، در ازدواج دختر عاقله و بالغه رشیده اجازه ولی معتبر پنداشته نمی شود. قانون مدنی در این مورد از فقه حنفی پیروی مینماید که به اساس آن ولی تا زمان رشد مولی علیه ولایت نکاح را دارا میباشد. ماده ۸۰ قانون مدنی در این مورد چنین حکم میکند:

«هرگاه عاقله رشیده بدون موافقه ولی ازدواج نماید، عقد نکاح نافذ و لازم میباشد.»

پس، هرگاه دختر عاقله و بالغه بدون رضایت و اذن ولی ازدواج نماید، چنین ازدواج نافذ و لازم است.

## ۴) سن اهلیت ازدواج در اسناد بین المللی

مطابق فقره دوم ماده ۱۶ کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان، نامزدی و ازدواج یک طفل دارای اثر حقوقی نمیشد. به اساس تعریف کنوانسیون حقوق اطفال یک طفل عبارت است از شخصی که هنوز ۱۸ سالگی را تکمیل نکرده باشد، مگر اینکه حقوق متبوعه طفل سن رشد را کمتر تعیین کرده باشد (ماده ۱ کنوانسیون حقوق اطفال مورخ ۱۹۸۹/۱۲/۵) علاوه بر این باید مطابق این کنوانسیون تمام اقدامات ضروری به شمول تدابیر قانونگذاری اتخاذ گردد تا سن حد اقل برای ازدواج تثبیت گردیده و ثبت ازدواج در راجستر رسمی قانوناً تنظیم شود.

<sup>110</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 192.

## ۵) ازدواج های قبل از تکمیل سن اهلیت ازدواج در جامعه افغانستان

با وجود موجودیت احکام قانون مدنی (ماده ۷۱) در مورد سن ازدواج در جامعه افغانستان ازدواج طفل با اثرات منفی و وخیم آن یک مشکل افزایش یافته جدی می باشد. گزارشات منتشره تحقیقاتی که بعد از سقوط طالبان در داخل افغانستان صورت گرفته اند، مقیاس وسیع ازدواج اطفال را در این کشور نشان می دهند.<sup>۱۱۱</sup> البته معلومات رسمی در باره واقعیت سن ازدواج در دست نیست، زیرا در بسیاری از مناطق نه تولدات و نه ازدواج ها ثبت میگردند. تعداد زیادی از مردم نمی دانند که چند ساله اند. سن ازدواج در مناطق روستائی و شهری از هم فرق داشته و همچنان به تعلقات قومی و وضع اقتصادی فامیل ها نیز بستگی دارد. این امر بیانگر یک نمونه روشن ازدواج گسترده دختران صغیر بویژه در مناطق روستائی می باشد.<sup>۱۱۲</sup> مثالهای عملی این نوع ازدواج ها نتایج خانمانسوز آنها را به اثبات میرساند.<sup>۱۱۳</sup>

یک ازدواج قبل از رسیدن به سن اهلیت ازدواج، احتمالاً منجر به این خواهد شد که طفل، قبل از همه طفلی که عروس شده است، از رفتن به مکتب حتی با استعمال زور منع گردد.<sup>۱۱۴</sup> هر گاه به وسیله ازدواج های قبل از وقت عروسان خورد سال حامله شده و ولادت نمایند، این امر میتواند عواقب فزینی و روحی زشت برای آنها به بار بیاورد، زیرا آنها بلوغ لازم جسمانی و روحی را دارا نمیباشند. به اساس معلومات اداره نفوس سازمان ملل متحد در افغانستان در هر ساعت دو زن در هنگام ولادت می میرند. در نتیجه، افغانستان بلند ترین تعداد وفیات زنان را در تمام آسیا دارا می باشد. علت این امر در کنار شرایط خراب بهداشتی، عدم آمادگی جسمی مادران جوان است که هنوز خود طفل میباشند.

دلایل ازدواج اطفال متعدد میباشند. عدم معرفت کتله های بزرگ مردم افغانستان از موجودیت قوانین و نفوذ سنن و رواج های عنعنوی ریشه دار عوامل آنها تشکیل میدهد. شرایط اقتصادی بسیار خراب علت دیگر آن می باشد. در چنین حالات اطفال به مثابه مال التجاره نگرسته شده و برای مزایده کنندگان در مقابل یک طویانه بلند، گویا فروخته میشوند. دلایلی که قبلاً در باره نامزدی های بیش از وقت تذکر یافت در مورد ازدواج اطفال نیز صدق میکنند.

برای آنکه تطبیق احکام مندرج سن ازدواج قانون مدنی بهتر فراهم گردد، لازم است تا حکم ثبت تولدات و ازدواج ها عملی گردد. رعایت سن ازدواج مستلزم موجودیت سند تولد معتبر می باشد. مادامیکه تعیین سن به احتمالاتی متکی باشد که آنها به صورت مطمئن کنترل شده نتوانند، نه تدابیر وقایوی و نه تدابیر جزائی برای ممانعت ازدواج اطفال قابل تصور است.

<sup>111</sup> Bahgam/W. Mukhatari, Medica Mondiale, Study on Child Marriage in Afghanistan, Report from May 2004; Amnesty International, Afghanistan: Women still under attack – a systematic failure to protect, AI Index ASA 11/007/2005; Amnesty International, Afghanistan, „Niemand hört uns zu und niemand behandelt uns als Menschen.“ Den Frauen wird Gerechtigkeit verweigert, AI Index: ASA 11/023/2003; Saboory/Yassari, Family Structures and Family Law in Afghanistan – A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan January-March 2005, www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report\_Family.pdf.

<sup>112</sup> Amnesty International, Afghanistan, „Niemand hört uns zu und niemand behandelt uns als Menschen.“ Den Frauen wird Gerechtigkeit verweigert, AI Index: ASA 11/023/2003.

<sup>113</sup> S. Bahgam/W. Mukhatari, Medica Mondiale, Study on Child Marriage in Afghanistan, Report from May 2004.

<sup>114</sup> Dr. Suraya Subehrang, deputy minister of women's affairs in IRIN-Asia- Report, 13.07.2004.

## ۶) قواعد سن اهلیت ازدواج در سایر کشورهای اسلامی

کشورهای اسلامی دیگر نیز سعی می‌ورزند تا علیه ازدواج اطفال توسط قواعد حقوقی مدنی یا جزائی مقابله نمایند. فقره اول ماده ۱۷ قانون شماره ۱ مورخ ۲۹/۱۲/۲۰۰۰ مصر<sup>۱۱۵</sup> در باره تنظیم برخی اساسات و تدابیر جریان محاکمه در امور احوال اشخاص حکم میکند که دعاوی ناشی از عقود ازدواج در صورتی قابل استماع نمیباشند که در وقت اقامه دعوی زوجه به سن ۱۶ و زوج به سن ۱۸ نرسیده باشند. بنابراین ازدواج اطفال عملاً دشوار میگردد.

در اردن توسط تعدیل قانون احوال شخصیه ۱۹۶۷ در سال ۲۰۰۱ سن ازدواج برای هر دو طرف ازدواج به صورت مساوی بلند برده شد. آنها باید ۱۸ سال را تکمیل کرده باشند. قاضی میتواند برای کسانی اجازه ازدواج بدهد که آنها سن ۱۵ را تکمیل نموده و قاضی تشخیص دهد که این اجازه به منفعت هر دو طرف میباشد. علاوه بر آن وی به احکامی که در این مورد از طرف قاضی القضاات صادر میگردد، اتکا مینماید (ماده ۲ قانون احوال شخصیه اردن). در صورتیکه عروس و داماد به این سن ازدواج نرسیده باشند، ازدواج یک ازدواج فاسد است (ماده ۳۴ قانون احوال شخصیه اردن). ولی ماده ۴۳ قانون احوال شخصیه اردن حکم میکند که دعوی در مورد اثبات یک ازدواج فاسد به سبب عدم رعایت سن ازدواج در هنگام عقد ازدواج باطل شناخته میشود، در صورتیکه یک زن طفلی ولادت کرده یا حامله بوده و یا عاقدین در وقت دعوی شرایط سن را تکمیل کرده باشند. محکمه استیناف اردن در یک فیصله ای خویش در مورد فسخ ازدواج به علت نرسیدن به سن اهلیت ازدواج چنین حکم نموده است: «هر گاه یک زن ادعا نماید که وی در هنگام عقد ازدواج به سن ازدواج نرسیده بود و فسخ ازدواجی را که در آن دخول صورت نگرفته است، مطالبه کند، باید قاضی ازدواج را فسخ نماید، البته در صورتیکه شوهر ادعای زن را تکذیب نکند»<sup>۱۱۶</sup>.

در مراکش در سال ۲۰۰۴ سن ازدواج به صورت مساوی برای زنان و مردان ۱۸ سال تعیین گردید (ماده ۱۹ مدونه). حقوق مراکش بین ازدواج باطل و ازدواج فاسد فرق قایل میشود. ازدواجی که شرایط مجوزه سن را حایز نباشد به حیث ازدواج باطل به شمار نمیرود (ماده ۵۷ مدونه). بنابراین میتوان نتیجه گرفت که این چنین ازدواج یک ازدواج فاسد بوده که بعد از عقد ازدواج صحیح شده میتواند، یعنی در صورتیکه عاقدین به سن اهلیت ازدواج برسند و آنگاه ازدواج را تایید نمایند.

در تونس سن اهلیت ازدواج هم برای مردان و هم برای زنان ۱۸ سال میباشد. مطابق فقره اول ماده ۶ قانون احوال شخصیه تونس عاقدین مستعد ازدواج که هنوز صغیر اند به موافقت ولی ازدواج و مادران خود ضرورت دارند. بر حسب ماده ۱۵۳ قانون احوال شخصیه تونس کسی که سن ۲۰ را تکمیل نماید، بالغ میباشد. ماده ۸ قانون مدنی تونس ولی ازدواج را تعریف مینماید که عبارت از نزدیکترین نسب پدری. سن ازدواج در تونس برای مرد و زن یکسان تعیین شده است. موافقت ولی ازدواج و مادر فقط در مورد صغیر لازم میباشد. زن کبیر در عقد ازدواج به موافقت ولی ازدواج ضرورت ندارد.

<sup>۱۱۵</sup> قانون تنظیم بعض اوضاع و اجراءات التقاضی فی مسائل الاحوال الشخصیه فی: قوانین الاحوال الشخصیه، القاهرة ۲۰۰۲، ص ۱۶۵.

<sup>۱۱۶</sup> احمد سالم ملحم: الشرح التطبیقی لقانون الاحوال الشخصیه الاردنی ۱۹۹۸ عمان صفحه ۷۱.

## پ) عقد ازدواج بوسیله ولی و وکیل

مطابق شرط شماره ۱ ماده ۷۷ قانون مدنی یک ازدواج توسط اشخاص دیگر غیر از عاقدین نیز انعقاد یافته می‌تواند. این اشخاص عبارت اند از ولی و اشخاصی که توسط طرفین عقد به حیث وکیل انتخاب میشوند.

## ۱) ولایت در ازدواج

### ۱.۱) اساسات

ولی مؤظف است تا از آموزش، تربیت، رشد، سلامتی و امنیت طفل صغیر خویش مواظبت نماید که این امر بنام ولایت در تربیت و یا ولایت در نفس یاد میشود.<sup>۱۱۷</sup> ولایت در ازدواج نیز شامل این مکلفیت میگردد. مطابق اساسات فقه اسلامی ولایت در ازدواج دو نوع میباشد: ۱- ولایت اجبار و ۲- ولایت اختیار.<sup>۱۱۸</sup> ولایت اجبار در ازدواج وقتی بوجود می آید که ولی بدون رضایت مولی علیه خود ازدواج او را منعقد میسازد. بر عکس در ولایت اختیار ازدواج با رضایت مولی علیه توسط ولی انعقاد مییابد. ولایت اجبار در حالاتی بوجود می آید که مولی علیه به سبب صغر سن، جنون، عته، سفاهت و یا غفلت کاری ناقص اهلیت و یا فاقد آن باشد و ولی بدون رضایت مولی علیه ازدواج را عقد نموده بتواند. بدین ترتیب ازدواج بالای مولی علیه تحمیل شده میتواند. برعکس ولایت اختیار وقتی به میان می آید که ولی عقد ازدواج اشخاص رشید و دارای اهلیت را به عهده میگیرد هرگاه که آنها به احترام رسوم و عنعنات اجتماعی عقد ازدواج را به ولی خود واگذار میدارند.<sup>۱۱۹</sup> این شیوه در اصل یکی از حالات وکالت در ازدواج میباشد.

### ۲.۱) ولایت ازدواج در قانون مدنی

قانون مدنی نه مفهوم ولایت در تربیت و نه مفهوم ولایت در نفس و نه مفهوم ولایت در ازدواج را تعریف مینماید. ماده ۴۲ قانون مدنی اشخاص فاقد اهلیت و ناقص آن را تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت متکی به شرایط و قواعد پیشبینی شده در این قانون میداند. مبحث دهم فصل دوم قانون مدنی در مواد ۲۶۸ تا ۲۸۸ اداره اموال اطفال را توسط ولی تنظیم مینماید. ولایت در تربیت یا ولایت در نفس که ولایت در ازدواج نیز شامل آن است، قانوناً تنظیم نشده اند. تنها حکمی که در قانون مدنی به ولایت در نفس ارتباط دارد، راجع به عقد ازدواج دخترانی که بین سن ۱۵ الی ۱۶ قرار دارند توسط پدر صحیح التصرف میباشد. در مورد تمام حالات دیگر ولایت در نفس میتوان از یک خلای قانونی صحبت کرد که راجع به آن در بخش حقوق اولاد مفصل تر توضیح داده خواهد شد. ذیلاً ولایت ازدواج در عقد ازدواج دخترانی که بین سن ۱۵ الی ۱۶ قرار دارند بررسی میشود.

<sup>۱۱۷</sup> در رابطه با تفاوت بین ولایت در تربیت و ولایت در اموال مفصل تر در بخش چهارم این کتاب.

<sup>۱۱۸</sup> قرار محکومات الاستیناف، رقم ۸۸۰۹ در کتاب: احمد سالم ملحم: الشرح التطبیقی لقانون الاحوال الشخصية الاردنی ۱۹۹۸ عمان، صفحه ۵۷.

<sup>۱۱۹</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۱۴۲ به بعد.

### ۳.۱) ولایت ازدواج در عقد ازدواج دختران بین ۱۵ الی ۱۶ سال

مطابق فقره دوم ماده ۷۱ قانون مدنی ازدواج دختران کمتر از ۱۵ سال صریحاً ممنوع می‌باشد. حق ولایت دخترانی که بین ۱۵ و ۱۶ سال قرار دارند طبق فقره اول ماده ۷۱ به پدر صحیح التصرف یا محکمه ذیصلاح تعلق می‌گیرد.<sup>۱۲۰</sup> اشخاص دیگر از این حق محروم می‌باشند. البته از متن قانون معلوم شده نمی‌تواند که رضایت دختر ضروری می‌باشد یا خیر. آیا ولی می‌تواند بدون رضایت دختر ازدواج را عقد نموده و ولایت اجبار را عملی کند. البته طبق ماده ۵۰۵ قانون مدنی برای تحقق حق ازدواج مانند هر معامله حقوقی دیگر رضایت عاقدین ضروری می‌باشد. البته قابل سوال است که آیا در ازدواج یک دختری که بین سن ۱۵ و ۱۶ قرار دارد، رضایت پدر صحیح التصرف جانشین رضایت دختر شده می‌تواند. یک حکمی که رضایت دختر صغیر را برای تحقق ازدواج صحیح مشروط سازد، در قانون مدنی به ملاحظه نمی‌رسد.

علاوه بر این واضح نیست که آیا این حکم در حالاتی نیز تطبیق می‌شود که در آنها دختری که بین سن ۱۵ و ۱۶ قرار دارد و می‌خواهد ازدواج کند، اما پدرش راضی نمی‌باشد. این سوال مطرح می‌شود که آیا از طریق اجازه محکمه ذیصلاح رضایت پدر جبران شده می‌تواند و یا آیا اجازه محکمه صرف آنگاه جبران کننده می‌باشد که پدر دیگر حیات نداشته باشد و یا وقتی که وی از لحاظ قانونی یا عملی در موقعیتی قرار نداشته باشد که وجیه خویش را به حیث ولی ایفا نماید.

### ۴.۱) ولایت ازدواج در عقد ازدواج دختران ممیز دارای اهلیت ازدواج

در ازدواج دختران صغیره ممیز که سن ازدواج را تکمیل کرده اند، یعنی دخترانی که سن آنان بین ۱۶ الی ۱۸ سال باشد، رضایت ولی لازم می‌باشد، زیرا طبق ماده ۸۰ قانون مدنی تنها عقد ازدواج عاقله رشیده بدون موافقه ولی نافذ و لازم می‌باشد.

### ۵.۱) ولایت در ازدواج در سایر کشور های اسلامی

در تونس سن اهلیت ازدواج هم برای مردان و هم برای زنان ۱۸ سالگی می‌باشد. مطابق حکم ماده ۱۵۳ قانون احوال شخصیه تونس سن رشد ۲۰ سال مکمل می‌باشد. برحسب فقره اول ماده ۶ قانون احوال شخصیه تونس نامزد های صغیر دارای اهلیت ازدواج به رضایت ولی ازدواج و مادران خویش ضرورت دارند. ماده ۸ قانون احوال شخصیه تونس ولی ازدواج را به مثابه نزدیکترین عصبه نسبی، یعنی خویشاوندان مذکر پدری تعریف مینماید. بنابراین، مطابق حقوق تونس ولایت در ازدواج در حالاتی اهمیت پیدا میکند که یک شخص صغیر دارای اهلیت ازدواج می‌خواهد ازدواج نماید. در چنین حالاتی رضایت ولی ازدواج و مادر ضروری می‌باشد. هرگاه ولی ازدواج و مادر رضایت نشان ندهند، در حالیکه نامزد ها به ازدواج اصرار ورزند، در این حالت قاضی تصمیم می‌گیرد (فقره دوم ماده ۶ قانون احوال شخصیه تونس).

در رابطه به ولایت ازدواج در مراکش باید میان ازدواج اشخاص صغیر و ازدواج اشخاص رشید فرق صورت گیرد. سن ازدواج در مراکش برای هر دو جنس ۱۸ سال تعیین شده است. سن اهلیت ازدواج در مراکش با سن قانونی

<sup>۱۲۰</sup> پدر وقتی صحیح التصرف است که قانوناً و عملاً در موقعیتی قرار داشته باشد که وجیه خویش را به حیث ولی انجام دهد، یعنی قمارباز، بی بندوبار و غیره نباشد.

رشد مطابقت میکند. مطابق ماده ۲۰ مدونه قاضی میتواند ازدواج صغار (کمتر از ۱۸ سال) را اجازه بدهد. برای این منظور اساساً اجازه والدین یا ولی قانونی شخص صغیر ضروری است (فقره اول ماده ۲۱ مدونه). برای اثبات این توافق باید والدین و یا ولی قانونی تقاضای اجازه عقد ازدواج را امضا نمایند (فقره دوم ماده ۲۱ مدونه). هر گاه قاضی به عقد ازدواج موافقه نماید، باید به تعقیب آن سند ازدواج توسط ولی خورد سال امضا شود (ماده ۶۷ مدونه). در صورتیکه ولی از امضای سند امتناع ورزد، صغیر راغب ازدواج میتواند بلافاصله تقاضای خویش را به قاضی تقدیم نماید. البته قاضی به اساس منافع صغیر تصمیم میگیرد (فقره سوم ماده ۲۱ مدونه).

قبل از اصلاح مدونه در سال ۲۰۰۴ زنان رشیده نیز در ازدواج به همکاری یک ولی از عصبه نسبی ضرورت داشتند. اما ماده ۲۴ قانون جدید بیان مینماید که ولایت در ازدواج حق زن است. ولی ازدواج تنها توسط زن رشیده انتخاب شده و به نفع او عمل میکند. بر حسب تشریحات یاد داشت مدونه زن رشیده میتواند شخصاً به قرارداد ازدواج خود موافقه نماید، بدون آنکه به توافق کدام خویشاوند خویش ضرورت داشته باشد. او میتواند با وجود آن هم پدر و یا یکی از اقارب نزدیک خود را برای انعقاد عقد ازدواج مامور سازد. در حالتی که اخیراً تذکر داده شد، خویشاوندی که از طرف زن انتخاب شده است، در هنگام عقد ازدواج حاضر بوده، در پهلوی زن سند ازدواج را امضا میکند.<sup>۱۲۱</sup>

در الجزایر با وجود ناول الجزایری (تعدیل و تجدید حقوق مدنی الجزایر) حضور یک ولی در عقد ازدواج زن رشیده هنوز هم ضروری میباشد. اما اهمیت آن بسیار محدود شده است. ولی ازدواج دیگر نمیتواند به جای زن رشیده ازدواج را منعقد نماید. او باید صرف در هنگام عقد حاضر باشد. مطابق فقره اول ماده ۱۱ قانون فامیل الجزایر زن بیش از این ضرورت ندارد تا یک مرد معین از خویشاوندانش را که توسط قانون تعیین شده باشد بپذیرد، بلکه میتواند به طور دلخواه شخصی را حتی خارج از حلقه خویشاوندی به حیث ولی انتخاب نماید (فقره اول ماده ۱۱ قانون فامیل الجزایر). ازدواج یک صغیر به وسیله ولی ازدواج انعقاد می یابد که پدر یا خویشاوند نزدیکش میباشد. قاضی ولی شخصی است که ولی ندارد (فقره دوم ماده ۱۱ فامیل الجزایر).

در امارات متحده عربی ازدواج میان داماد و ولی ازدواج انعقاد میابد، نه با شخص عروس (فقره اول ماده ۳۸ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). صرف در ازدواج یک زن رشیده ولی ازدواج باید موافقه او را مبنی بر ازدواج حاصل نماید (ماده ۳۹ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). ولی ازدواج نمیتواند بدون اجازه قاضی (اذن قاضی) برای یک شخص فاقد اهلیت و یا یک صغیر ازدواج را منعقد نماید (ماده ۲۸ و فقره دوم ماده ۳۰ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). هر گاه یک زن رشیده بدون همکاری ولی ازدواج خویش قرارداد ازدواج را عقد نماید، این قرارداد فاسد میباشد. در صورتیکه دخول صورت گرفته باشد، باید عاقدین از همدیگر جدا شوند. اما ثبوت نسب باقی میماند (ماده ۳۹ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی). ولی ازدواج یک زن بر حسب ماده ۳۲ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی نخست از همه پدرش و در صورت نبودن پدر یک خویشاوند مرد عروس به سلسله مراتب حق میراث میباشد.

حقوق کویت در رابطه به حق ولایت ازدواج دو حالت را از همدیگر تفکیک میکند. هرگاه مولی علیه از لحاظ جنسی بالغ بوده، اما سن ۲۵ سال را تکمیل نکرده باشد، ولی ازدواج نکاح مولی علیه خویش را منعقد میسازد (فقره اول ماده ۲۹ قانون احوال شخصیه کویت). اما رضایت مولی علیه در این باره ضروری میباشد (فقره دوم ماده ۲۹

<sup>121</sup> Guide pratique du code de la famille, Rabat, Publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, collection des guides pratiques, n° 6, février 2005, 30-31.

قانون احوال شخصیه کویت). زنان غیر باکره و آنانیکه سن ۲۵ سال را تکمیل کرده اند، حق دارند نظر خود را در مورد عقد ازدواج بیان نمایند. لیکن ازدواج آنها به نمایندگی شان از طرف ولی عقد می‌گردد (ماده ۳۰ قانون احوال شخصیه کویت).

## ۲) وکالت در عقد ازدواج

### ۱.۱) مشروعیت

طبق قواعد عمومی ماده ۱۵۵۴ قانون مدنی و مواد مابعد آن هر عقدی را که مؤکل میتواند مستقیماً انجام دهد، انجام آن توسط وکیل نیز جواز دارد (ماده ۱۵۵۹ قانون مدنی). بر حسب ماده ۱۵۵۴ قانون مدنی وکالت عقدی است که بموجب آن مؤکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود می‌سازد. علاوه بر این مواد ۵۳۴ الی ۵۴۱ قانون مدنی شامل احکام در مورد نیابت در عقد می‌باشد. احکام نیابت که در مواد ۵۳۴ الی ۵۴۱ قانون مدنی پیشبینی شده اند، مطابق حکم ماده ۱۵۷۴ قانون مدنی برعلاق وکیل و مؤکل یا شخص ثالثی که با وکیل معامله مینماید، نیز تطبیق می‌گردند.

علاوۀاً طبق فقره اول ماده ۷۲ و فقره اول ماده ۷۷ قانون مدنی گرفتن یک وکیل در عقد ازدواج صریحاً مجاز می‌باشد. طوری که تذکر یافت عقد ازدواج یک معامله حقوقی کاملاً منحصر به شخص نمی‌باشد.

برای اینکه یک عقد ازدواج بوسیله یک وکیل به صورت صحیح انعقاد یابد، باید در کنار قواعد عمومی نیابت (مندرج ماده ۵۳۴ و مواد مابعد آن و ماده ۱۵۵۴ و مواد مابعد آن) شرایط خاصی نیز رعایت گردند که در مواد ۷۲ الی ۷۵ قانون مدنی توضیح گردیده اند.

### ۲.۱) اظهار اراده توسط وکیل

چون وکیل معامله حقوقی را انجام می‌دهد، باید واجد اهلیت حقوقی باشد. بنابراین اشخاص مندرج ماده ۴۰ قانون مدنی نمیتوانند ازدواجی را برای یک شخص دیگر عقد نمایند.

### ۳.۱) حدود صلاحیت وکیل

اعطای صلاحیت عقد ازدواج میتواند نا محدود (مطلق) یا محدود (مقید) باشد (ماده ۱۵۵۷ قانون مدنی). علاوۀاً وکالت میتواند به یک شرط منوط گردد یا برای یک زمان آینده اعطا گردد.

### ۱.۳.۱) وکالت مقید

وکالت وقتی مقید است که وکیل بنام مؤکل ازدواج را با یک شخص معین یا شرایط معینی که مؤکل تعیین نموده است، انعقاد نماید.<sup>۱۲۲</sup> در این حالت وکیل حق ندارد که یک شخص دیگر را برای عقد ازدواج انتخاب نماید و یا با شرایط دیگری مثلاً در باره اندازه مهر موافقه کند. هر گاه وکیل خارج از حدود وکالت که به وی تفویض گردیده است، عمل نماید، این عمل طبق حکم ماده ۷۴ قانون مدنی بمثابه عمل فضولی بوده و موقوف به اجازه مؤکل یا مؤکله او میباشد. بنابراین مؤکل یا مؤکله میتواند عقد را تنفیذ و یا فسخ نماید.

<sup>۱۲۲</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۱۵۷.

اگر وکیل شخص دیگری را بدون اجازه مؤکل خود به عنوان وکیل به توکیل انتخاب کند، این تصرف نیز خارج از حدود وکالت مقید او می‌باشد. بر حسب ماده ۷۳ قانون مدنی وکیل نمیتواند که در عقد ازدواج بدون تفویض صلاحیت یا اجازه مؤکل یا مؤکله خود، شخص دیگری را بصفت وکیل به توکیل انتخاب نماید.

### ۲.۳.۱) وکالت مطلق

صلاحیت وکالت وقتی مطلق است که مؤکل برای وکیل بدون هر نوع قیدی اختیار تام می‌دهد که برایش یک همسر انتخاب نموده و با او به نام مؤکل عقد ازدواج را ببندد. در این مورد فقره دوم ماده ۷۲ قانون مدنی قابل رعایت است که اساساً ادغام به خود را منع مینماید. طبق این ماده وکیل حق ندارد که با مؤکله خود ازدواج کند، مگر اینکه صریحاً طور دیگری توافق صورت گرفته باشد. بنابر آن اگر در اعطای وکالت صریحاً موافقت شده باشد که وکیل هم میتواند با مؤکله ازدواج کند، در این صورت چنین یک عقد ازدواج مجاز است.

### ۴.۱) آثار وکالت در عقد ازدواج

در صورتیکه وکیل به صورت قانونی و مجاز به نام مؤکل و در حدود صلاحیت خود عمل نماید، در این حالت معامله بلافاصله به له و بر علیه مؤکل اثر میکند. بنابر حکم ماده ۵۳۸ قانون مدنی حقوق و وجایب ناشی از عقد به شخص اصیل تعلق می‌گیرد. بنابراین، اثرات ازدواج منعقد به مؤکل تعلق می‌گیرد، نه به وکیل. بر علاوه ماده ۷۵ قانون مدنی حکم مینماید که وکیل به تسلیم زوجه به زوج و پرداخت مهر مکلف نمیشد، مگر اینکه او پرداخت مهر را ضمانت کرده باشد. اگر در همچو یک حالت وکیل مهر را پرداخته باشد، نمیتواند آنرا از شوهر مطالبه کند، مگر اینکه پرداخت مهر به موافقه شوهر صورت گرفته باشد.

### ۵.۱) وکالت در ازدواج در کشور های اسلامی دیگر

در اکثر کشور های اسلامی عقد ازدواج توسط یک وکیل مجاز است. صرف به وسیله اصلاحت الجزایر این امکان در آن کشور فسخ گردید که بوسیله یک وکیل ازدواج انعقاد یابد. (ماده ۲۰ قانون فامیل اسبق الجزایر). در امارات متحده عربی یک قرارداد ازدواج به وسیله یک وکیل انعقاد یافته میتواند (فقره اول ماده ۳۷ قانون احوال شخصیه متحده عربی). وکیل نمیتواند مؤکل را برای خود عقد نماید، مگر اینکه وکالتنامه چنین یک امکان را پیشبینی کرده باشد.

همچنان به اساس حقوق کویت وکالت در ازدواج ممکن است (فقره اول ماده ۲۷ قانون احوال شخصیه کویت). نفاذ یک ازدواجی که توسط یک وکیل بدون حق وکالت انعقاد میابد، به اجازه مؤکل بستگی دارد. این امر در این مورد نیز صدق مینماید که وکیل در عقد ازدواج از حدود صلاحیت خویش تجاوز کرده باشد (ماده ۲۸ قانون احوال شخصیه کویت).

در تونس هر راغب ازدواج میتواند طبق حکم ماده ۹ قانون احوال شخصیه تونس شخصاً یا توسط یک وکیل ازدواج را منعقد سازد. ماده ۱۰ قانون احوال شخصیه تونس بیان میدارد که وکیل تابع محدودیت های خاص نمیشد. ولی با وجود آن هم او حق ندارد، بدون اجازه مؤکل شخص دیگری را به عنوان وکیل انتخاب ماتحت کند. وکالت باید صریحاً زن و شوهر آینده را توصیف نموده و در محضر قاضی وثایق تصدیق گردیده باشد.

ماده ۱۷ مدونه مراکش بیان میدارد که ازدواج در حضور عاقدین انعقاد مییابد. اما محکمه میتواند تحت شرایط ذیل یک وکالت مناسب را اعطا نماید:

۱- در صورت موجودیت حالات خاصی که ماموریت دهنده را مانع از آن میکند که شخصاً ازدواج خود را عقد نماید.

۲- وکالت در یک وثیقه محکمه و یا در یک سند تحریری شخصی همراه با تصدیق امضا ماموریت دهنده اعطا میگردد.

۳- ماموریت دهنده باید اهلیت حقوقی داشته و کاملاً واجد صلاحیت باشد و در صورتیکه وکالت بوسیله ولی ازدواج اعطا گردد، باید او شرایط ولایت در ازدواج را دارا باشد.

۴- وکالت دهنده در وکالت نام همسر و سایر معلوماتی را که به عقیده اش لازم مییابد، ذکر میکند.

۵- در وکالت اندازه مهری که عاجل پرداخته میشود (مهر معجل) و مهری که بعداً تادیه میگردد (مهر مؤجل) بیان میشود. علاوه بر این باید وکالت دهنده شرایطی را که میخواهد در قرارداد درج شود و این را که تا چه اندازه آماده پذیرش شرایط طرف مقابل است، بیان نماید.

۶- بعد از اینکه مطابقت وکالت با مطالبات فوق تثبیت گردد، قاضی آنرا امضا میکند.

#### گفتار سوم: حضور شهود

بند ۲ ماده ۷۷ قانون مدنی حکم میکند که در هنگام عقد ازدواج باید دو شاهد دارای اهلیت حاضر باشند تا ازدواج بتواند به صورت مشروع انعقاد یافته و آثار حقوقی به بار آورد. شهود باید شنوایی داشته و در حین عقد ازدواج شهادت دهند.

#### الف) اهلیت شهود

اهلیت در ماده ۳۹ قانون مدنی تعریف میشود. مطابق آن دو شرط لازم است تا یک شخص صاحب اهلیت پنداشته شده بتواند. او باید سن رشد، یعنی ۱۸ سالگی را تکمیل کرده و در نتیجه اهلیت لازم را برای معاملات حقوقی دارا باشد. علاوه بر این او روحاً سالم باشد. یک شخص رشید در حالت صحت عقل طبق حکم ماده ۳۹ قانون مدنی دارای اهلیت حقوقی کامل میباشد.

#### ب) تعداد شهود

قانون مدنی در بند ۲ ماده ۷۷ حکم میکند که در هنگام عقد نکاح باید دو شاهد با اهلیت حاضر باشند. بنابراین، انعقاد عقد ازدواج بدون حضور شهود صحیح نیست.

### ت) تعلقات دینی شهود

اگر عروس و داماد پیرو دین اسلام اند، شهود باید نیز مسلمان باشند.<sup>۱۲۳</sup> هر گاه یک زن که پیرو یک کتاب آسمانی است، با یک مرد مسلمان ازدواج نماید، طبق حکم فقره دوم ماده ۹۲ قانون مدنی باید عقد وی از طریق ولی قانونی اش در حضور دو شاهدی که آنها نیز پیرو آن کتاب آسمانی هستند، صورت پذیرد.

### گفتار چهارم) محرمات (موانع) ازدواج

برای اینکه یک ازدواج بدون نقص انعقاد یافته بتواند، نباید در زمان ازدواج موانع و یا محرماتی وجود داشته باشند. موانع یا دایمی اند یا موقتی. در صورت موجودیت یک حرمت دایمی و یا مؤبد عقد ازدواج در هیچ حالتی جایز نیست. هرگاه یک حرمت مؤقتی موجود باشد، عقد ازدواج الی بر طرف شدن مانع مجاز نمیباشند. اگر علت آن حرمت موقتی از بین برود، انعقاد ازدواج جایز میگردد.

### الف) محرمات (موانع) دایمی ازدواج

در صورتیکه یک حرمت دایمی موجود باشد، ازدواج میان عاقدین برای ابد و به هیچ صورت مجاز نیست. حرمت دایمی ازدواج در مواد ۸۱ الی ۸۴ قانون مدنی توضیح گردیده که به چهار نوع ذیل تقسیم گردیده اند:

- ۱- حرمت نسبی.
- ۲- حرمت مصاهره.
- ۳- حرمت ازدواج به اثر روابط جنسی خارج از ازدواج (حرمت ازدواج به اثر زنا).
- ۴- حرمت رضاعی.

#### ۱) حرمت نسبی

حرمت نسبی که یک مانع دایمی را به بار می آورد در ماده ۸۱ قانون مدنی توضیح گردیده است. طبق آن ازدواج یک شخص با اصول و فروع خودش و فروع پدر و مادرش و طبقه اول فروع اجدادش بطور ابدی حرام است. بنابراین حکم ازدواج با مادر، مادر کلان، پدر مادر هر چند درجه آنها بالا برود، با دختر، دختر دختر، دختر پسر هر چند درجه آنها پائین برود، خواهر پدري و مادري، دختر خواهر، دختر برادر هر چند درجه آنها پائین برود و همچنین عمه و خاله پدر و مادر، پدر کلان و مادر کلان ممنوع میباشد. در حالی که ازدواج اشخاص با طبقه دوم فروع اجداد مانند دختر عمه، دخترخاله، دخترکاکا و دختر ماما جایز میباشد.<sup>۱۲۴</sup>

#### ۲) حرمت مصاهره

حرمت مصاهره که بموجب قرابت سببی بوجود میاید، در ماده ۸۲ قانون مدنی توضیح داده شده است. برطبق آن ازدواج یک شخص با زوجه اصول و زوجه فروع خودش به طور دایم حرام است. همچنان ازدواج یک شخص با

<sup>123</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 56.

<sup>124</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۱۶۵ به بعد.

اصول زوجه اش مطلقاً و با فروع زوجه در صورت دخول به طور دایم حرام می‌باشد. بنابر حکم این ماده محرمات مصاهره به چهار دسته تقسیم می‌شوند:

- ۱- زوجهٔ اصول: یعنی همسر پدر (مادر اندر) و همسر پدر کلان (مادرکلان اندر) هر قدر درجهٔ آنها بالا رود.
  - ۲- زوجهٔ فروع: یعنی همسر پسر، همسر پسر پسر، همسر پسر دختر هر چند درجهٔ آنها پائین برود.
  - ۳- اصول زوجه: یعنی مادر و مادر کلان زوجه اعم از اینکه مادر کلان مادر پدر یا مادر مادر زوجه باشد.
  - ۴- فروع زوجه در صورت دخول: یعنی دختر زوجه، دختر دختر زوجه هر چند درجهٔ آنها پائین رود.
- البته در موارد گفته شده باید ماده ۹۴ قانون مدنی را مد نظر داشت که چنین حکم می‌کند:
- «هر گاه در نکاح غیر صحیح بین زوج و زوجه قبل از دخول و مقدمات آن تفریق صورت گیرد، موجب حرمت مصاهره نمی‌گردد.»

**۳) حرمت ازدواج به اثر روابط جنسی خارج از ازدواج (حرمت ازدواج به اثر زنا)**

مانع ازدواج که از طریق روابط جنسی خارج از ازدواج به وجود می‌آید در ماده ۸۳ قانون مدنی تنظیم گردیده است. ماده ۸۳ قانون مدنی مشعر است که:

«ازدواج زانی با اصل و فرع مزنیه همچنان ازدواج مزنیه با اصول و فروع زانی حرام می‌باشد. ازدواج اصول و فروع مزنیه با اصول و فروع زانی از این امر مستثنی است.»

#### ۴) حرمت رضاعی

حرمت رضاعی مندرج در ماده ۸۴ قانون مدنی به حرمت نسبی مندرج در ماده ۸۱ قانون مدنی شبیه می‌باشد. حرمت رضاعی وقتی بوجود می‌آید که طبق ماده ۲۳۵ قانون مدنی زنی طفلی را قبل از تکمیل مدت دو سال از تولد وی شیر بدهد. آن زن مادر رضاعی طفل و شخصیکه به سبب مقاربت او شیر بوجود آمده باشد، پدر رضاعی وی محسوب می‌شوند. حرمت رضاعی بر اساس فقه حنفی از طریق یکبار مکیدن شیرخوار از پستان یک زن که حاوی شیر مادر باشد، بوجود می‌آید.<sup>۱۲۵</sup>

ماده ۸۴ قانون مدنی استثناء ازدواج با خواهر پسر رضاعی، مادر خواهر رضاعی یا مادر برادر رضاعی، مادرکلان پسر رضاعی یا مادرکلان دختر رضاعی و بالاخره با خواهر برادر رضاعی را مجاز میدانند. در تمام حالات دیگر حرمت دایمی وجود دارد.

#### ب) محرمات (موانع) موقت ازدواج

ماده ۸۵ قانون مدنی تعیین می‌کند که در کدام حالات حرمت موقتی وجود دارد. صفت یک حرمت موقتی ازدواج این است که اساساً امکان عقد ازدواج موجود است، اما وجود یک حالت موقت مانع آن می‌شود. بعد از حذف دلیل حرمت عقد ازدواج ممکن می‌باشد. حرمت موقت ازدواج در حالات ذیل بوجود می‌آیند:

۱- ازدواج با خواهر زوجه و محارم او.

<sup>125</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 63.

۲- ازدواج با مطلقه ثلاثه.

۳- ازدواج با منکوحه و معتده غیر.

۴- ازدواج با زنی که لعان شده.

۵- ازدواج با زن کافره یا اهل غیر کتابیه.

### ۱) ازدواج با خواهر زوجه و محارم او

در صورتیکه که یک مرد بخواهد در زمان واحد با زن دیگری در کنار زوجه خویش ازدواج نماید، طبق فقره اول ماده ۸۵ قانون مدنی حرمت موقت ازدواج وقتی بمیان می آید که میان این دو زن یک حرمت ازدواج وجود داشته باشد، هرگاه یکی از آنها مرد فرض شود. بطور مثال اگر یک مرد بخواهد یک ازدواج دیگر با خواهر زن خویش انعقاد نماید، میان این دو خواهر یک حرمت دائمی وقتی متصور است که یکی از این دو خواهر مرد فرض گردد. بنابراین، برای اینکه مرد با خواهر زن خود ازدواج نموده بتواند، باید نخست زوجه اول او فوت کرده باشد و یا او را طلاق داده باشد. همچنین بموجب قاعده فوق جمع در نکاح بین زوجه و برادرزاده و عمه و خواهرزاده و یا خاله او جواز ندارد. در صورتیکه جمع بین زوجه و دختر عمه و دختر خاله او جواز دارد.<sup>۱۲۶</sup>

### ۲) ازدواج با مطلقه ثلاثه

هرگاه مرد زن خود را طلاق ثلاثه بدهد و بخواهد دوباره با وی ازدواج نماید، طبق حکم بند ۲ ماده ۸۵ قانون مدنی تا وقتی که زن با یک مرد دیگر ازدواج نکرده است، حرمت موقت ازدواج باقی میماند. این حکم بوسیله ماده ۱۴۷ قانون مدنی مشخص تر میگردد. طبق آن مرد نمیتواند با زن سابقه خود که او را طلاق ثلاثه داده است، دوباره ازدواج نماید، مگر اینکه مطلقه ثلاثه اولاً با یک شخص دیگر ازدواج نموده و بعد از دخول طلاق گردیده و مدت عدت را سپری کرده باشد.

### ۳) ازدواج با منکوحه و معتده غیر

اگر زن منکوحه یا معتده غیر باشد، یعنی زن شوهردار بوده و یا در حالت سپری نمودن عدت خویش باشد، طبق حکم بند ۳ ماده ۸۵ قانون مدنی یک حرمت موقت ازدواج بمیان می آید. عدت عبارت از یک فاصله زمانی است که در آن زن بلافاصله پس از طلاق، بعد از فوت شوهر، پس از فسخ عقد، بعد از تفریق (طلاق بوسیله محکمه) یا پس از یک ازدواج فاسد نمیتواند مجدداً ازدواج نماید.<sup>۱۲۷</sup>

<sup>۱۲۶</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۱۸۸.

<sup>۱۲۷</sup> در مورد عدت مبحث آثار انحلال ازدواج ملاحظه شود.

#### ۴) ازدواج با زنی که لعان<sup>۱۲۸</sup> شده

هر گاه مردی زن خود را به زنا متهم سازد و ادعای خویش را به وسیله سوگند لعان تأیید کند و به سبب آن زن طلاق گردد، مرد باید طبق حکم بند ۴ ماده ۸۵ قانون مدنی خود را تکذیب نماید، در صورتیکه بخواهد با این زن بار دیگر ازدواج کند.

#### ۵) ازدواج با زن غیرمسلمان

آخرین حرمت موقت ازدواج که صریحاً در ماده ۸۵ قانون مدنی ذکر شده است، وقتی به وجود می آید که یک مسلمان بخواهد با یک زنی که پیرو کدام مذهب آسمانی (، مسیحیت و یهودیت) نیست، ازدواج نماید (بند ۵ ماده ۸۵ قانون مدنی). در صورتیکه زن دین خود را به یکی از ادیان کتابی تغییر دهد، حرمت ازدواج از بین می‌رود. مطابق جمله دوم فقره اول ماده ۹۲ قانون مدنی میتوان گفت که ازدواج میان یک مرد مسلمان و یک زن پیرو مذهب دارای کتاب آسمانی مجاز می باشد. بنابراین یک مرد مسلمان میتواند با یک زنی که به یک دین صاحب کتاب ایمان داشته باشد، ازدواج کند. یک عقد ازدواج میان یک مرد مسلمان و یک زنی که به یک کتاب دینی آسمانی ایمان نداشته باشد، یک ازدواج باطل بوده و بنابراین به هیچ وجه آثار حقوقی بار نمی آورد.

گر چه ماده ۸۵ قانون مدنی در این مورد وضاحت ندارد که آیا این حکم همچنان بالای ازدواج یک زن مسلمان با یک غیر مسلمان تطبیق می‌گردد و یا خیر. اما از قانون منتج میشود که یک حرمت موقت ازدواج نیز زمانی وجود دارد که زن مسلمان و مرد غیر مسلمان باشند. ماده ۹۲ قانون مدنی در جمله اول فقره اول خود صریحاً ازدواج میان یک زن مسلمان و یک مرد غیر مسلمان را باطل میدانند. یک ازدواجی که به این شکل انعقاد یافته باشد بر حسب حقوق افغانستان به هیچ وجه آثار حقوقی بار نمی آورد. بنابراین در ازدواج با یک زن مسلمان ایمان مرد به یک کتاب دینی آسمانی کفایت نمیکند، بلکه مرد باید به جامعه دینی اسلامی تعلق داشته باشد. برای یک مرد پیرو یکی از ادیان کتابی الحاق به دین اسلام ضروری است، تا حرمت موقت ازدواج به سبب اختلاف ادیان از بین رفته و یک عقد ازدواج ممکن گردد.

#### مبحث سوم: تعدد زوجات

##### گفتار اول: مشروعیت تعدد زوجات در حقوق افغانستان

ماده ۸۶ قانون مدنی اساساً به مرد اجازه میدهد که در زمان واحد با بیش از یک زن مزدوج باشد. البته قانون مدنی در رابطه با تعداد ازدواج های یک مرد در زمان واحد ساکت میباشد. ولی بر اساس تمام مذاهب فقهی اسلامی انعقاد دایمی ازدواج با بیش از چهار زن ممنوع است.<sup>۱۲۹</sup> تعدد زوجات فقط با رعایت شرایط معین مجاز میباشد که این شرایط در ماده ۸۶ قانون مدنی تنظیم گردیده اند

<sup>۱۲۸</sup> طبق اساسات فقه حنفی لعان وقتی به وجود می آید که شوهر بوسیله ادای سوگند زن خود را به زناکاری متهم سازد یا طفل متولد شده را از آن خویش نشناسد.

<sup>۱۲۹</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 66.

### گفتار دوم: شرایط تعدد زوجات

یک مرد میتواند مطابق ماده ۸۶ قانون مدنی تحت سه شرط آتی با بیش از یک زن ازدواج نماید:

- ۱- نباید خوف عدم عدالت میان زوجات وجود داشته باشد. این بدین معنی میباشد که از طرف مرد میان زوجات تساوی در امور مادی از قبیل تأمین نفقه، رعایت نوبت همخوابگی و امثال اینها اجرا گردد.<sup>۱۳۰</sup>
- ۲- مرد باید کفایت مالی برای تأمین نفقه زوجات (غذا، لباس، مسکن و تأمین نیازمندی مناسب طبی) را دارا باشد.
- ۳- باید برای انعقاد یک ازدواج دیگر یک مصلحت مشروع مانند عقیم بودن یا مریضی صعب العلاج زوجه اول موجود باشد.

با وجود این امر یک ازدواجی که مخالف این شرایط باشد، فاسد نیست. عدم رعایت این شرایط تنها برای زوجه اول زمینه طلاق را مساعد میسازد. زوجه اول میتواند مطابق احکام ماده ۱۸۳ قانون مدنی بر اساس تفریق به سبب ضرر از محکمه تقاضای طلاق نماید (ماده ۸۷ ق. م). البته او باید ثابت سازد که واقعاً از سبب ازدواج دیگر شوهر برایش یک ضرر عاید شده است.

همچنان مطابق حکم ماده ۸۸ قانون مدنی زن میتواند هنگام عقد ازدواج شرط گذارد که اگر زوج وی مخالف احکام مندرج ماده ۸۶ قانون مدنی با زن دیگر ازدواج کند، صلاحیت طلاق به او انتقال داده شود. اگر زوجه اول چنین کرده باشد و شوهرش بار دیگر ازدواج نماید، وی میتواند بدون اثبات ضرر طلاق بگیرد. توجه باید کرد که این توافق فقط وقتی اعتبار دارد که در وثیقه نکاح درج شده باشد.

در رابطه با زوجه دوم ماده ۸۹ قانون مدنی حکم مینماید که هرگاه مردی متأهل بودن خود را از زوجه دوم کتمان نماید، زن جدید میتواند در صورت عدم رضایت به دوام معاشرت با وی به سبب ضرر مطابق ماده ۱۸۳ قانون مدنی تقاضای طلاق نماید.

مطابق حکم ماده ۹۳ قانون مدنی نکاح زن اهل کتاب بالای زن مسلمان و عکس آن جواز دارد.

### گفتار سوم: تعدد زوجات در جامعه افغانی

یک احصائیه دقیق در باره تعدد زوجات در افغانستان وجود ندارد.<sup>۱۳۱</sup> البته از مشاهده ازدواج های موجوده با بیش از یک زن بر می آید که در اکثر آنها شرایط مندرج قانون مدنی رعایت نگردیده است.<sup>۱۳۲</sup> به علاوه قابل سوال است که آیا امکانات موجود برای زنان برای گرفتن طلاق توانایی حل پرابلم اجتماعی را دارد یا خیر. زیرا بسیار احتمال می رود که زن ترجیح دهد که چند زنی شوهر خود را تحمل کند تا اینکه خود طلاق گیرد.

همچنان قابل توجه میباشد که مطابق ماده ۱۶ معاهده مبنی بر رفع هر نوع تبعیض علیه زنان کشورهای شامل قرارداد باید تمام تدابیر مناسب را برای رفع تبعیض علیه زنان در مسایل ازدواج و فامیل اتخاذ و اساس مساوات حقوقی مرد و زن را مطابق جزء الف) بند اول ماده ۱۶ و حق مساوی ازدواج و بر حسب جزء ث) بند اول ماده ۱۶ حقوق و

<sup>۱۳۰</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۲۳۲.

<sup>۱۳۱</sup> Kamali, Law in Afghanistan (1985), 140.

<sup>۱۳۲</sup> Ertürk, Yakin, Commission on Human Rights, Integration of the Human Rights of Women and a Gender Perspective: Violence against Women, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, E/CN.4/2006/61/Add.5, 11.

و جایی مساوی در ازدواج و انحلال آن را تضمین نمایند. به این ارتباط سوال این است که حق تعدد ازدواج با احکام قبول شده فوق الذکر مطابق میباشد و یا خیر.

### گفتار چهارم: تعدد زوجات در کشورهای اسلامی دیگر

انعقاد ازدواج با الی چهار زن تحت شرایط معین در اکثر کشورهای اسلامی اعم از سنی و شیعه به رسمیت شناخته شده است. در عین حال حرکت به سمتی جریان دارد که از تعدد زوجات جلوگیری و یا حتی ممانعت صورت گیرد. جدال با تعدد زوجات در اوایل دهه بیستم قرن ۲۰ شروع شد. ریفورمیست های مذهبی موقتی از تدابیر محدود کننده تعدد ازدواج طرفداری میکردند تا تعدد ازدواج که آنها آن را بمثابة بی عدالتی در برابر زنان تلقی مینمودند، محدود گردد.<sup>۱۳۳</sup> برخی ریفورمیست ها به این عقیده بودند که تعدد زوجات باید قانوناً ممنوع شود. آن ها استدلال خویش را متکی به آیه ۱۲۹ سوره نساء<sup>۱۳۴</sup> قرآن میدانستند که این آیه چنین است: «تو نمیتوانی در موقعیتی قرار داشته باشی که میان زنان منصفانه و عادلانه رفتار کنی، ولو در آن حریص باشی». علاوه بر سوره فوق الذکر آمده است: «اما اگر تو ترس داری که قادر نخواهی بود تا عادلانه رفتار کنی، آنگاه فقط یکی بگیر» (آیه ۳).<sup>۱۳۵</sup> بمثابة یگانه نظام حقوقی اسلامی، حقوق تونس از سال ۱۹۵۶ تعدد زوجات را صریحاً منع نموده است. ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه تونس تعدد زوجات را ممنوع قرار داده و آنرا حتی با مجازات نقدی و سلب آزادی تحریم مینماید. ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه تونس از پنج فقره تشکیل شده که چنین مشعر اند:

- ۱- تعدد زوجات ممنوع است.
- ۲- یک مرد متاهل که قبل از انحلال ازدواج خویش یک ازدواج جدید را منعقد نماید، به یک سال حبس و / یا به دو صد دینار جریمه نقدی محکوم میگردد، ولو که عقد ازدواج جدید واجد شرایط قانونی باشد.
- ۳- هرگاه شخصی که خارج از چوکات قانون احوال شخصیه ازدواج کرده باشد، بار دوم ازدواج کند و به زندگی مشترک با زانش ادامه دهد، به همین شکل مجازات میشود.
- ۴- شخصی که با وجود آگاهی با شخصی که طبق احکام دو فقره فوق الذکر مستوجب جزاء باشد، ازدواج کند، به همین شکل مجازات میشود.

۵- ماده ۵۷ قانون جزاء بالای جرایمی که در اینجا پیشبینی شده اند، تطبیق نمیگردد. قانونگذار مصر برعکس قانونگذار تونس به جرأت گام برنداشته است تا تعدد زوجات را منع نماید. با وجود آن هم قانونگذار مصر بوسیله احکام مختلف تلاش ورزیده تا تعدد زوجات را کاهش دهد. به اساس ماده ۱۱ فرمان تقنینیه شماره ۲۵ مورخ ۱۹۲۹/۳/۱۰<sup>۱۳۶</sup> شوهر مکلف است در هنگام عقد ازدواج در برابر شخص صلاحیتدار که در عربی وی را مأذون میگویند، حالت مدنی خویش را واضح سازد. هرگاه وی متاهل باشد، باید در این توضیحات نام زوجه

<sup>۱۳۳</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 67.

<sup>۱۳۴</sup> این همان سوره ای میباشد که تعدد زوجات را اصولاً اجازه میدهد.

<sup>۱۳۵</sup> برای اطلاعات بیشتر رجوع شود به کتاب نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۲۲۱ به بعد.

<sup>۱۳۶</sup> مرسوم بقانون رقم ۲۵ لسنة ۱۹۲۹ الخاص ببعض احکام الاحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ۱۰۰ لسنة ۱۹۸۵ فی: قوانین الاحوال الشخصية، القاهرة ۲۰۰۲، ص ۲۳.

یا زوجات را با محل سکونت آنها بیان کند. مأذون مؤظف است تا زوجه و زوجات او را از عقد ازدواج اطلاع دهد. فرمان تقنینی شماره ۲۵ مصر در فقره دوم ماده ۱۱ خود برای زنی که شوهرش با یک زن دیگر ازدواج مینماید اجازه میدهد تا طلاق خود را مطالبه نماید. البته او باید ثابت سازد که برای وی به سبب ازدواج جدید چنان یک ضرر مادی و معنوی بزرگ به وجود آمده که برای هردوی آنها به یک اندازه مشکل است تا بیش از این به حیث زن و شوهر با هم زندگی نمایند. این امر آنگاه هم مدار اعتبار است که در این باره در قرارداد ازدواج توافقی صورت نگرفته باشد. همچنان زن دوم یا زن جدید حق دارد تا در صورتیکه در زمان ازدواج از متأهل بودن شوهر خبر نداشته باشد، طلاق خود را مطالبه نماید (فقره چهارم ماده ۱۷ فرمان تقنینی شماره ۲۵ مصر). هر گاه شوهر در هنگام عقد ازدواج در باره حالت مدنی خویش اطلاعات غلط ارائه کرده باشد، به مجازات محکوم خواهد شد. در صورتیکه مأذون به زن اول یا زن دیگر از ازدواج جدید خبر ندهد، او نیز مجازات میگردد (ماده ۲۳ فرمان تقنینی شماره ۲۵ مصر).

در سوریه شوهر میتواند طبق ماده ۳۷ قانون احوال شخصیه با الی چهار زن ازدواج نماید. البته برای ازدواج بعدی موافقه قاضی ضرورت است. البته قاضی آنگاه تعدد زوجات را اجازه میدهد که برایش ثابت شود که برای ازدواج دلیل قانونی وجود داشته و شوهر میتواند وجای ناشی از آنرا در مورد تأمین مخارج زندگی انجام دهد (ماده ۱۷ قانون احوال شخصیه سوریه).<sup>۱۳۷</sup> این حکم در تعدیل قانون در سال ۱۹۷۵ اضافه شده است.

در اردن بعد از تعدیل قانون احوال شخصیه در سال ۲۰۰۱ ضرورت است تا قاضی در ازدواج یک مرد با زن دوم تضمین نماید که وی در حالتی قرار دارد که مهر و نفقه زن دوم را پرداخته میتواند (ماده ۳ قانون احوال شخصیه اردن).

در مراکش انعقاد عقد با بیش از یک زن طبق ماده ۴۲ مدونه به موافقه قاضی ضرورت دارد. ماده ۴۰ مدونه این قانون حکم میکند که تعدد زوجات در صورتی ممنوع است که یک بی عدالتی متوجه هردو زن باشد. همچنین هرگاه در قرارداد ازدواج شرط تک همسری (زناشوهری متشکل از یک زن و یک مرد) قید باشد، ازدواج دوم ممنوع میباشد. در صورتیکه تعدد ازدواج ثابت نگردد و شوهر وسایل کافی به اختیار نداشته باشد تا به وسیله آن مخارج دو فامیل و جمیع حقوق آنها بشمول نفقه، مسکن و عدالت در مورد هر دو زن را تضمین کرده بتواند، محکمه تعدد ازدواج را اجازه نمیدهد (ماده ۴۱ مدونه).

همچنان طبق حقوق عراق تعدد زوجات به اجازه محکمه ضرورت دارد. فقره چهارم ماده ۳ قانون احوال شخصیه عراق پیشبینی مینماید که انعقاد ازدواج با بیش از یک زن فقط به اجازه محکمه مجاز میباشد که این اجازه با تحقق دو شرط اعطا میگردد:

۱- شوهر باید دارای کفایت مالی باشد تا مخارج زندگی بیش از یک زن را تأمین کرده بتواند.

۲- باید یک دلیل قانونی موجود باشد.

فقره پنجم این ماده حکم میکند که هر گاه امکان آن وجود داشته باشد که حقوق مساوی زن ها تأمین شده نتواند، اجازه تعدد زوجات اعطا نمیگردد. قاضی در این مورد بر حسب صوابدید خویش قضاوت میکند. علاوه قاضی مطابق صوابدید خویش بررسی مینماید که آیا مرد با زن ها مساویانه و عادلانه رفتار نموده میتواند و یا خیر. اگر این امر تحقق نیابد، محکمه اجازه ازدواج را اعطا نمی نماید. در صورت نقض احکام فوق الذکر قانون یک سال حبس یا

<sup>۱۳۷</sup> اسطمبولی ادیب: المرشد فی قانون الاحوال الشخصية ۱۹۸۹ دمشق، صفحه ۱۰.

صد دینار عراقی جریمه نقدی برای مناقض تعیین نموده است. این حکم جزائی در فقره ششم ماده فوق الذکر به ملاحظه میرسد.

#### مبحث چهارم: شروط ضمن عقد ازدواج

##### گفتار اول: حاکمیت اراده

عروس و داماد میتوانند در عقد ازدواج توافقات شخصی خویش را بگنجانند تا آنها ازدواج آینده شان را تنظیم نمایند. البته اینکه کدام توافقات مشخص در عقد ازدواج گنجانیده شده میتواند، قانوناً بطور مفصل تنظیم نشده اند. به طور پراکنده قانون مدنی حاوی احکامی میباشد که به توافقات عقد ازدواج مربوط میشوند. اساساً چنین نتیجه بدست می آید که هر توافق مندرج در عقد ازدواج آنگاه مدار اعتبار است که مخالف قانون و اهداف ازدواج نباشد. این امر از ماده ۶۸ قانون مدنی منتج میشود. این ماده حکم میکند که وقتی ازدواج صحیح و توافقی باطل تلقی میگردد که یک توافق مندرج در قرارداد ازدواج مغایر قانون و اهداف ازدواج واقع شوند. یکی از شرایطی که عروس و داماد در هنگام عقد ازدواج میتوانند به آن توافق نمایند در ماده ۸۸ قانون مدنی ذکر شده است. این ماده حکم میکند که زن میتواند هنگام عقد ازدواج شرط گذارد که اگر زوج وی مخالف احکام مندرج ماده ۸۶ قانون مدنی با زنی دیگری ازدواج کند، صلاحیت طلاق به انتقال داده میشود. یک حکم کلی در رابطه با انتقال حق طلاق به زوجه در قانون مدنی موجود میباشد که میتوان آن را نیز جزء شرایط عقد ازدواج دانست. بر حسب حکم ماده ۱۴۲ قانون مدنی زوج میتواند زوجه خود را از طریق یک وکیل قانونی یا بوسیله تفویض صلاحیت طلاق به زوجه طلاق دهد. تفویض صلاحیت طلاق از طرف زوج پس گرفته شده نمیتواند. مگر اینکه زوجه تفویض صلاحیت طلاق را نپذیرفته باشد (ماده ۱۴۳ قانون مدنی).

##### گفتار دوم: شروط ضمن عقد ازدواج در کشورهای اسلامی دیگر

حقوق کشورهای اسلامی دیگر نیز حاوی قواعدی میباشد که توافقی های شخصی عاقدین ازدواج را تحت شرایط معین اجازه میدهند. اساساً امروز در دنیای عرب تمایل عمومی قانونگذاران به آن طرف حرکت میکند که ارزش و اعتبار حاکمیت اراده عاقدین را تا جاییکه ممکن است، وسیعاً یاری رسانند. به اساس ماده ۱۹ قانون احوال شخصیه اردن عاقدین ازدواج میتوانند توافقات شخصی را بپذیرند. این توافقات نمیتوانند علیه قانون و اهداف ازدواج قرار گیرند. آنها در صورتی به نفع یک عاقد بوده میتوانند که حق عاقد دیگر را جریحه دار نسازند. توافق باید در سند ازدواج نیز تحریر گردیده باشد. هرگاه توافق تمام این شرایط را برآورده سازد، نافذ بوده و بالای طرف دیگر قرارداد قابل تطبیق میباشد. در این حکم قانون اردن مثال های از شرایط ممکن در عقد ازدواج وجود دارد که زن و مرد میتوانند آنها را بپذیرند. بطور مثال زن میتواند در قرارداد ازدواج این حق را برای خود محفوظ نگهدارد که شوهرش نتواند او را از وطنش بجای دیگری ببرد، یا با زن دوم ازدواج نماید یا برایش صلاحیت طلاق را تفویض کند. هرگاه شوهر این شرایط را رعایت نکند، ازدواج به اثر تقاضای زوجه به طلاق منجر گردیده میتواند و زوج باید تمام حقوق زوجه را که از ازدواج ناشی شده اند، ادا نماید (فقره اول ماده ۱۹ قانون احوال شخصیه اردن). در صورتیکه زوجه شرطی را که از طرف زوج در قرارداد ازدواج گنجانیده شده رعایت نکند، ازدواج به سبب تقاضای شوهر به طلاق انجامیده میتواند و زوج دیگر مکلف نمیشد که مهر مؤجل یا نفقه ایام عدت زوجه را بپردازد (فقره دوم ماده ۱۹ قانون احوال شخصیه اردن). اگر شرط مخالف قانون و مقاصد

ازدواج باشد، ازدواج صحیح و شرط باطل پنداشته میشود (فقره سوم ماده ۱۹ قانون احوال شخصیه اردن). محکمه استیناف اردن در یک فیصله خویش حکم نموده که شرایطی که در قرارداد ازدواج ثبت نشده باشند، مدار اعتبار نیستند.<sup>۱۳۸</sup>

ماده ۱۴ قانون احوال شخصیه سوریه حکم میکند که هرگاه یکی از شرایط عقد ازدواج مغایر هدف ازدواج باشد، آن شرط باطل بوده، اما قرارداد نافذ باقی میماند. طبق فیصله محکمه تمیز سوریه یک توافق زوجین در این باره که نمیتواند طلاق شوند، باطل میباشد. زیرا آن شرط از تحقق یک حق در حقوق خانواده جلوگیری مینماید. همچنان شوهر نمیتواند شرط بگذارد که زن باید با او سفر کند. قانون شرایطی را که ضمن عقد ازدواج در قرارداد گنجانیده شده اند، تا جایکه به نفع زن باشند، اجازه میدهد.

در ماده ۱۱ قانون احوال شخصیه تونس پیشبینی شده است که در عقد های ازدواج هر توافق درباره شخص و دارایی قابل قبول میباشد. در صورت عدم رعایت شرایط عقد، انحلال ازدواج به وسیله طلاق مطالبه شده میتواند. البته برعکس قانون اردن در قانون تونس مثال های مشخص شرایط ممکنه ذکر نشده اند.

در مصر در قوانین مربوطه حکم مستقیمی در مورد شرایط عقد در عقود ازدواج وجود ندارد. ماده ۱۱ فرمان تقنینی شماره ۲۵ پیشبینی مینماید که زنی که شوهرش با زن دیگری ازدواج مینماید، میتواند طلاق مطالبه کند، حتی در صورتیکه زن در قرارداد ازدواج شرط نکرده باشد که شوهرش نمیتواند با زن دیگری ازدواج نماید. به صورت غیر مستقیم از این قاعده چنین نتیجه بدست می آید که ضمن عقد ازدواج تعیین شرایط قانوناً ممکن میباشد.

ماده ۴۷ مدونه مراکش پیشبینی میکند که تمام شرایط عقد الزامی اند، مگر اینکه با احکام و اهداف ازدواج و حقوق عامه متناقض باشند. چنین شرایطی باطل اند، در حالیکه قرارداد ازدواج نافذ میماند. علاوه فقره اول ماده ۴۸ مدونه حکم مینماید که هر گاه یکی از طرفین قرارداد شرایطی را در قرارداد بگنجانند که برای وی منفعت آور باشد، آنوقت نافذ بوده و همسر را ملزم میسازد که وی آنها را تایید نموده باشد. اما اگر حالات و واقعیاتی موجود باشند، طوریکه تطبیق یک شرط غیر قابل پذیرش به نظر آید، طرف مکلف این شرط میتواند از محکمه رهایی از مکلفیت یا تطبیق حالات و واقعیات خاص موجوده را در طی مدتی که این حالات و واقعیات خاص ادامه دارند، مطالبه نماید. در این مورد ماده ۴۰ مدونه قابل توجه میباشد (فقره دوم ماده ۴۸ مدونه). طبق حکم ماده ۴۰ مدونه تعدد زوجات در صورتی ممنوع است که زن آنرا در قرارداد ازدواج درج نموده باشد. از مواد ۴۰ و ۴۸ مدونه چنین نتیجه بدست می آید که منع تعدد زوجات یک شرط ممکنه قرارداد میباشد. علاوه این شرط از اهمیت خاصی برخوردار است، زیرا شوهر نمیتواند بوسیله آن از اجراءات قضائی فوق الذکر رهایی یابد.

قانون مدنی ۱۹۲۹/۱۹۳۵ ایران در ماده ۱۱۱۹ خود شرایطی را در قرارداد ازدواج مجاز میداند که آنها در مغایرت با اساسات ازدواج نباشند. در ایران در دفاتر ثبت ازدواج و همچنین در وثایق نکاح مطالبی تحت عنوان شرایط عقد ازدواج چاپ شده که طرفین میتوانند آنها را امضا کنند و بپذیرند. این شرایط شامل شرط انتقال تا نصف دارایی و شرط وکالت بلاعزل برای طلاق در پاره ای موارد است.<sup>۱۳۹</sup> اما چون در حق ازدواج پرنسب (اصل) آزادی اراده وسیعاً مسلط میباشد، طرفین میتوانند شرایط شخصی و تکمیلی دیگری نیز در قرارداد ازدواج جا دهند.

<sup>۱۳۸</sup> احمد سالم ملحم: الشرح التطبیقی لقانون الاحوال الشخصية الاردنی ۱۹۹۸ عمان، صفحه ۳۴.

<sup>۱۳۹</sup> صفایی / امامی، مختصر حقوق خانواده (۱۳۸۲)، تهران، صفحه ۶۴.

## مبحث پنجم: ثبت عقد ازدواج

### گفتار اول: کلیات

قانون مدنی برای ثبت عقد ازدواج، چگونگی ثبت و همچنین ادارات ذیصلاح آن قواعد صریح پیشبینی نموده است. ماده ۴۶ قانون مدنی حکم میکند که حالت مدنی شخصی که سن ۱۸ را تکمیل نموده است، باید در دفاتر مخصوص ثبت سجلات مطابق احکام مواد ۴۷، ۴۸، ۴۹ و ۵۰ قانون مدنی ثبت گردد. حالت مدنی بر حسب فقره اول ماده ۴۷ قانون مدنی در یک ورقه هویت درج گردیده و بنابر تقاضا برای شخص اعطا میشود. ورقه هویت باید حاوی موضوعات آتی باشد: نام، نام فامیلی، تاریخ و محل تولد، وظیفه، تابعیت، محل اقامت، نام همسر و اطفال با تاریخ و محل تولدشان. تغییرات موضوعات فوق الذکر مانند فوت، تغییر محل اقامت و وظیفه مطابق حکم فقره دوم ماده ۴۷ قانون مدنی در ورقه هویت ثبت میشوند.

اسناد مربوط به ازدواج، طلاق، اقرار به بنوت و اثبات نسب که توسط ادارات خاص ترتیب میگردند، بر حسب حکم ماده ۴۸ قانون مدنی در دفاتری که در ماده ۴۶ قانون مدنی ذکر گردیده اند، ثبت میشوند. ادارات فوق الذکر موظف اند که موضوعات مربوطه را به مقصد ثبت به ادارات ذیصلاح کتباً اطلاع دهند.

تمام موضوعات متذکره در مواد ۴۶ الی ۴۹ قانون مدنی که در دفتر مخصوص ثبت سجلات یا در تذکره نفوس درج گردیده اند، طبق ماده ۵۰ قانون مدنی در برابر سایر اشخاص به حیث مدرک مدار اعتبار میباشند. اعتراض در برابر چنین اسناد مجاز نیست، مگر اینکه اعتراض مربوط به جعلیت یا تزویر اسناد باشد.

### گفتار دوم: مکلفیت ثبت ازدواج

مطابق ماده ۶۱ قانون مدنی باید هر عقد ازدواج ثبت گردیده و در یک نکاحنامه رسمی توسط اداره مربوط در سه نقل ترتیب و ثبت شود. اصل آن در اداره مربوط محفوظ نگهداشته شده و هر عاقد یک نسخه آنرا دریافت مینماید. عقد ازدواج بعد از ثبت توسط اداره عقد ازدواج (ماده ۴۸ ق.م.) که سند ازدواج را ترتیب و ثبت نموده است، به اطلاع اداره ثبت سجلات مندرج در ماده ۴۶ قانون مدنی رسانیده میشود. هرگاه ثبت عقد ازدواج بدین طریق ممکن نباشد، مطابق فقره دوم ماده ۶۱ قانون مدنی به نحو دیگری که برای ثبت اسناد رسمی پیشبینی شده است، صورت میگیرد. البته باید افزود که ازدواج ثبت نشده بالای صحت ازدواج تأثیری وارد نمیکند. این سند تنها اثبات موجودیت ازدواج را ساده میسازد. علاوه بر ثبت یک ازدواج میتواند رعایت شرایط پیشبینی شده در قوانین مثلاً رسیدن به سن ازدواج را تضمین نماید.

در دعاوی حقوقی مربوط به نکاح محکمه بر طبق حکم ماده ۱۰۴ قانون اصول محاکمات مدنی قبل از همه اطمینان خود را به شهرت عقد حاصل مینماید (فقره اول ماده ۱۰۴ قانون اصول محاکمات مدنی). مطابق حکم فقره دوم ماده ۱۰۴ قانون اصول محاکمات مدنی معلومات در مورد شهرت عقد نکاح از حاضرین محفل عقد صورت میگیرد. سپس محکمه طبق ماده ۱۰۵ قانون اصول محاکمات مدنی تصمیم میگیرد که آیا یک محاکمه صورت گیرد و یا دعوی رد گردد. ثبت ازدواج تا حدودی کار محکمه را آسان خواهد ساخت.

### گفتار سوم: مقامات ثبت

مقام مسئول برای ثبت عقد ازدواج در حال حاضر محکمه محل زیست عاقدین میباشد.<sup>۱۴۰</sup> در اینجا تمام مشخصات زن و شوهر ثبت میشود. محکمه یک پرسشنامه را به اختیار زوجین قرار میدهد که آنها باید طی آن به سوالات در باره ازدواج های قبلی، اهلیت حقوقی و سایر حالات مدنی خویش جواب دهند. توضیحات زوجین که در پرسشنامه درج شده اند، توسط وکیل گذر تصدیق، امضا و مهر گردیده و به محکمه ذیصلاح فرستاده میشود. محکمه از هر کدام (زن و شوهر) دو قطعه عکس تقاضا کرده و آنها را در نکاحنامه نصب نموده و شهود را استماع میکند. سرانجام نکاحنامه توسط یک کارمند مسئول تکمیل گردیده و ثبت میشود. قاضی محکمه محل زیست نکاحنامه عاقدین را مهر نموده و آنرا به ستره محکمه ارسال میدارد. نکاحنامه بعد از امضا در ستره محکمه به زن و شوهر تسلیم میشود.

### گفتار چهارم: ثبت ازدواج در افغانستان

گزارشات موجود<sup>۱۴۱</sup> و تحقیقاتی که تا کنون در باره ثبت ازدواج ها در افغانستان صورت گرفته اند،<sup>۱۴۲</sup> واضح میسازند که در بسیاری از مناطق افغانستان ازدواج ها نه به صورت قانونی صورت میگیرند و نه ثبت میشوند. صرف پنج فیصد از ازدواج های منعقد شده ثبت شده اند.<sup>۱۴۳</sup> ادارات ثبت که به صورت سیستماتیک و جامع به ثبت ازدواج ها پردازند، با وجود موجودیت مقررات در این مورد تا کنون در افغانستان بوجود نیامده اند.

ثبت تولد، ازدواج، طلاق و وفات برای تثبیت احصائیه نفوس و تضمین حقوق در یک دولت مدرن ضرورت مبرهن میباشد. به دلیل فقدان ثبت احوال شخصیه نیز ممکن نیست تا احصائیه افرادی که در زمان عقد ازدواج خود به سن قانونی ازدواج نرسیده بوده اند، ترتیب گردد. همچنان در مناقشات و دعاوی ازدواج، اثبات موجودیت ازدواج به سبب فقدان اسناد مشکلات خلق مینماید.

اشتراک کنندگان سیمینار انستیتوت ماکس پلانک در سال ۲۰۰۶ یکی از دلایل عدم ثبت ازدواج در افغانستان را در قدم اول عدم اعتماد مردم وانمود کردند که برای ثبت ازدواج شان به محکمه مراجعه نمایند. به قول شرکت کنندگان این امر با طرز تفکر و آداب و رسوم افغانها سازگار نخواهد بود که زندگی زناشویی را با رفتن به محکمه آغاز نمایند و حتی اگر آنها صرف بخاطر عقد ازدواج باشد.

یک دلیل دیگر عدم ثبت ازدواج این واقعیت میباشد که در زندگی روزمره برای آن کدام ضرورتی وجود ندارد. ارائه اسناد مصدقه در افغانستان کمتر ضروری میباشد. به نظر اشتراک کنندگان سیمینار یک میتود ساده و مؤثر مکلفیت ارائه

<sup>۱۴۰</sup> گلوبل رایترز، حقوق فامیل افغانستان، کتاب دوم، صفحه ۱۶.

<sup>۱۴۱</sup> S. Bahgam/W. Mukhatari, Medica Mondiale, Study on Child Marriage in Afghanistan, Report from May 2004; Final Report, Registration of Marriage – A Step Towards Justice for Women.

<sup>۱۴۲</sup> Saboory/Yassari, Family Structures and Family Law in Afghanistan – A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan January-March 2005, www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report\_Family.pdf.

<sup>۱۴۳</sup> Ertürk, Yakin, Commission on Human Rights, Integration of the Human Rights of Women and a Gender Perspective: Violence against Women, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, E/CN.4/2006/61/Add.5, 8.

قرارداد ازدواج برای کارفرما و صاحب خانه خواهد بود. البته برای این منظور باید نخست مقامات ثبت معتمد و احتمالاً خارج از قلمرو قضائی در تمام مناطق افغانستان بمیان آیند.

### گفتار پنجم: ثبت ازدواج در سایر کشورهای اسلامی

حقوق مصر در فقره دوم ماده ۱۷ اصول محاکمات مدنی حکم میکند که دعاوی ناشی از ازدواج منعقد که به صورت رسمی تصدیق نگردیده باشد، در حالت انکار در محکمه قابل سمع نمیشد. سند رسمی سندی است که توسط یک مامور مسئول که قانوناً صلاحیت تنظیم چنین اسناد را دارد، ترتیب شده باشد.

طبق ماده ۱۸/۱۹ مقرر در فرمان تقنینی راجع به مأذونین سال ۱۹۵۵ مأذون صلاحیت کامل دارد تا سند ازدواج تحریری قضائی و مصدقه مسلمانان مصر را ترتیب و ثبت نماید. البته تصدیق رسمی ازدواج شرط مؤثر تلقی نمیگردد. با وجود آن تصدیق ازدواج بوسیله قاعده فوق الذکر به یک مکلفیت تبدیل شده است. بنابراین، دعاوی ناشی از ازدواج هائیکه بوسیله یک سند رسمی ثابت شده نتوانند، قابل سمع نمیشدند. البته حالات استثنایی در این مورد مطالبات طلاق و انحلال آن میباشند. در این حالات اثبات عقد ازدواج بوسیله سند تحریری غیررسمی کافی میباشد (بند ۲ فقره دوم ماده ۱۷ قانون اصول محاکمات مدنی مصر). رویه قضائی از این عقیده پیروی مینماید که یک نامه هم یک سند تحریری پنداشته شده میتواند که طی آن یک مرد از ازدواج با زن مورد نظر تصدیق نماید. غیر قابل سمع بودن دعاوی که در فقره دوم ماده ۱۷ اصول محاکمات مدنی در رابطه با ازدواج هائیکه بصورت رسمی تصدیق نشده اند و همچنان بوسیله سند تحریری اثبات شده نتوانند، پیشبینی شده است، در مورد دعاوی که در آنها تثبیت نسب مشروع اطفال مطرح باشد، قابل اجرا نمیشدند.<sup>۱۴۴</sup>

در سوریه به منظور عقد ازدواج باید نخست درخواست انعقاد ازدواج به قاضی محل سکونت تقدیم گردد (ماده ۴۰ قانون احوال شخصیه سوریه). مطابق ماده ۴۱ قانون احوال شخصیه سوریه قاضی بعد از بررسی اسنادیکه به وی تقدیم شده اند، موافقت خود را مبنی بر ازدواج ابراز میدارد. سپس عقد نکاح عاقدین توسط قاضی یا یک محرری که از طرف وی موظف میگردد، صورت میگیرد (ماده ۴۳ قانون احوال شخصیه سوریه). همچنان قانون سوریه معلوماتی را که باید در سند ازدواج موجود باشند، تثبیت مینماید (ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه سوریه). معلوماتی که باید در سند موجود باشند، طبق ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه سوریه قرار ذیل اند:

- ۱- شهرت مکمل عاقدین و محل سکونت آنها.
- ۲- محل و تاریخ عقد قرارداد.
- ۳- شهرت مکمل شهود و وکلا و محل سکونت شان.
- ۴- مبلغ مهر معجل و مؤجل و معلومات در این مورد که آیا مهر معجل تادیه شده است و یا خیر.
- ۵- امضای عاقدین و شخصی که برای انعقاد نکاح موظف شده است و همچنان تصدیق بوسیله قاضی.

<sup>۱۴۴</sup> ماده ۱۵ فرمان تقنینی شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ در باره برخی مسایل حقوق اشخاص مورخ ۱۹۲۹/۳/۱۰ مشعر است: «در یک دعوی اثبات پدر بودن به نفع طفل در صورت انکار آن وقتی پذیرفته شده نمیتواند که: ۱- اگر ثابت باشد که مادر بعد از عقد نکاح با شوهر خویش کدام رابطه جنسی نداشته است. ۲- هر گاه طفل یک سال بعد از غیبت شوهرش تولد شده باشد. ۳- در صورتیکه طفل از یک زن مطلقه یا بیوه یک سال بعد از طلاق یا فوت شوهرش تولد یافته باشد.» در این باره مراجعه شود به کمال، موضوعات الامالیه قی قوانین الاحوال اشخصیه (۱۹۹۵-۱۹۹۶) صفحه ۳۸۰-۳۸۱.

محرر سند نکاح را آماده ساخته و یک نقل آنرا طی دو روز بعد از عقد نکاح به اداره احوال نفوس ارسال می‌دارد (فقره اول ماده ۴۵ قانون احوال شخصیه سوریه). ارسال کاپی نکاحنامه این مکلفیت عاقدین را ساقط می‌سازد که از ازدواج خویش به اداره احوال نفوس اطلاع دهند (فقره دوم ماده ۴۵ قانون احوال شخصیه سوریه). یک عقد ازدواج خارج از محکمه فقط در صورتی به رسمیت شناخته می‌شود که شرایط اداری لازم را برآورده سازد. به این ارتباط بر حسب حکم فقره اول ماده ۴۰ قانون احوال شخصیه سوریه اسناد ذیل ارائه می‌گردند:

۱- تنظیم تصدیق توسط رئیس ناحیه (مدیر ناحیه، علاقه دار، وکیل گذر) یا مسن ترین فرد ناحیه حاوی نام عاقدین، سن و محل سکونت آنها، نام وکیل عقد و علاوه بر آن توضیح اینکه عقد نکاح دارای موانع قانونی نمیباشد.

۲- یک کاپی تصدیق شده سند تولد هر یک از نامزد ها.

۳- تصدیق یک داکتری که از طرف عاقدین آزادانه انتخاب می‌شود. وی واضح می‌سازد که آنها به کدام مریضی ساری مبتلا نبوده و از لحاظ صحی کدام ممانعت در عقد ازدواج وجود ندارد. قاضی میتواند این تصدیق صحی را بوسیله یک داکتری که خود تعیین مینماید، کنترل کند.

۴- موافقه مقامات امنیتی در صورتیکه یکی از عاقدین خارجی باشد.

طبق رویه قضائی محکمه نقض و تمیز سوریه درخواست برسمیت شناختن ازدواج ثبت نشده از طرف محکمه صرف وقتی پذیرفته می‌شود که هر دو عاقد حد اقل به سن قانونی ازدواج رسیده باشند.<sup>۱۴۵</sup>

در حالت تولد یک طفل یا حامله داری آشکار ازدواج با وجود فقدان شرایط اداری فوق الذکر برسمیت شناخته می‌شود. در این حالت امکان تطبیق مجازات پیشبینی شده قانونی باقی میماند (فقره دوم ماده ۴۰ قانون احوال شخصیه سوریه). در باره مقررات جزائی که در ماده ۴۵ قانون احوال شخصیه سوریه تذکر یافته اند، رویه قضائی سوریه به احکام مواد ۴۷۰ الی ۴۷۲ قانون جزای مورخ ۲۲ جون ۱۹۴۹ سوریه اشاره مینماید.<sup>۱۴۶</sup> بر حسب این احکام هر روحانی که عقد فاقد شرایط قانونی را ببندد، به یک جریمه نقدی از ۲۵ الی ۲۵۰ پوند سوریه ای محکوم می‌گردد. این مجازات بالای زوجه و زوج، وکلای شان و شهود حاضر نیز تطبیق می‌شود.

محکمه استیناف اردن در باره ثبت ازدواج ها حکم نموده است که دعاوی مربوط به اثبات ازدواج یا دعاوی میراث به دلیل ازدواج همچنان اگر قرارداد ازدواج ثبت نشده باشد، نیز مجازاند.<sup>۱۴۷</sup>

در ایران ثبت ازدواج ها نه در عمارت یک محکمه، بلکه در ادارات رسمی عقد ازدواج و طلاق صورت می‌گیرد. مدیر مسئول ادارات عقد ازدواج و طلاق که عقد زن و شوهر را انجام می‌دهد، بلافاصله عقد را در راجستر ازدواج ثبت مینماید.<sup>۱۴۸</sup>

تغییر مقامات ثبت از عمارت محکمه به یک اداره رسمی ثبت اسناد در افغانستان نیز در نظر گرفته شده میتواند. ثبت ازدواج ها در یک دفتر رسمی ثبت اسناد با تفکر عمومی مردم افغانستان نسبتاً بهتر توافق خواهد کرد و خواهد

<sup>۱۴۵</sup> اسطبولی ادیب: المرشد فی قانون الاحوال الشخصية ۱۹۸۹ دمشق.

<sup>۱۴۶</sup> Code pénal, Legislative Decree No. 148 of 22 June 1949, traduction privée, Recueil des lois syriennes et de la législation financière, Damas, Syrie, Vol. 4, 146.

<sup>۱۴۷</sup> قرارمحاکمات استیناف رقم ۲۷۹۸۷ به اقتباس احمد سالم ملحم، الشرح التطبیقی لقانون الاحوال الشخصية الاردنی ۱۹۹۸ عمان، صفحه ۳۱.

<sup>۱۴۸</sup> ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، نکاح و طلاق، جلد اول (۱۳۸۲)، ص. ۱۳۰ به بعد.

توانست که رضایت بیشتر مردم افغانستان را فراهم کند. همچنان ممکن است قرارداد های رسمی نکاح را بدسترس آن روحانیون مسئولی که معمولاً عقد ازدواج را در افغانستان انجام میدهند، قرارداد ها شوند. این قرارداد ها باید توسط عاقدین امضا شده و بوسیله روحانی یا امام مسئول در ادارات مربوط ثبت شوند. زن و شوهر میتوانند تصمیم بگیرند که کدام شرایط ضمنی مندرج در قرارداد رسمی نکاح را بپذیرند. تعیین مجازات قانونی در عدم رعایت ثبت ازدواج نیز قابل تصور خواهد بود.

## فصل چهارم: آثار ازدواج

### مبحث اول: احکام عمومی آثار ازدواج

یک نکاح صحیح و نافذ، حقوق و وجایی را میان زن و شوهر بزمیان می آورد که بمثابة آثار ازدواج ذکر میگردند. احکام آثار ازدواج در فصل دوم، قسمت اول، مبحث هفتم، مواد ۹۰ الی ۱۳۰ قانون مدنی تنظیم گردیده اند. آثار ازدواج در ماده ۹۰ قانون مدنی به طور مثال بیان شده اند. بر حسب آن بر نکاح صحیح و نافذ تمام آثار آن از قبیل نفقه زوجه، ارث، ثبوت نسب و حرمت مصاهره بوجود می آید. آثار ازدواج با این ها خاتمه نمیپذیرد، بلکه مهر و حقوق مالی زوجین نیز در جمله آثار ازدواج محسوب میگردند. البته در قانون مدنی حکمی وجود ندارد که حقوق مالی زوجین را صریحاً تنظیم نماید. برای توضیح این واقعیت میتوان گفت که مذهب فقه حنفی مانند سایر مذاهب فقهی اسلامی به اصل تفکیک اموال زوجین متکی میباشد. با وجود این، این هم میتواند به یک حالت مالی دیگر مانند اشتراک اموال در قرارداد ازدواج موافقه صورت گیرد، هرگاه این توافق مخالف قانون و اهداف ازدواج نباشد. مواد ۹۰ الی ۹۷ قانون مدنی شامل احکام عمومی آثار ازدواج و مواد ۹۸ الی ۱۱۴ قانون مدنی حاوی احکام مفصل در مورد مهر میباشد. مواد ۱۱۵ و ۱۱۶ قانون مدنی وجیه شوهر را در مورد تهیه مسکن تنظیم مینماید. سر انجام مواد ۱۱۷ الی ۱۳۰ قانون مدنی دارای احکامی در باره وجیه شوهران در مورد نفقه اند. حرمت مصاهره قانوناً در چوکات موانع ازدواج تنظیم میشود که فوقاً مورد بحث قرار گرفت. قواعد اثبات نسب بعداً در فصل حقوق اولاد توضیح داده خواهد شد.

طوریکه در بالا در موضوع شرایط ضمن عقد ازدواج بیان شد، عاقدین میتوانند در عقد ازدواج توافقات شخصی خویش را بگنجانند که اینها شکل دهی زندگی زناشویی آینده و حقوق و وجایب آنها را در زندگی مشترک زناشویی تنظیم نمایند. بطور عموم در عقد ازدواج هر توافقی که مغایر قانون و اهداف ازدواج نباشد، گنجانیده شده میتواند (ماده ۶۸ قانون مدنی).

قانون مدنی میان حقوق و وجایب متقابل زن و شوهر و حقوق و وجایب تنظیم شده متفاوت هر یک از زن و شوهر فرق قایل میشود.

### گفتار اول: حقوق و وجایب مشترک زن و شوهر

زن و شوهر به حسن معاشرت و احترام به یکدیگر مکلف میباشند. آنها وجیه مشترک دارند تا در آینده از سلامتی و تربیت اطفالی که به سبب ازدواج بوجود می آیند، مواظبت نمایند. به غیر از این به وسیله ازدواج حق ارتباط جنسی بزمیان می آید. در اینجا به این ویژگی باید توجه کرد که ماده ۹۱ قانون مدنی خلوت صحیح زوجین را با دخول بعد از ازدواج مساوی میندازد، با اصطلاح خلوت صحیح در متون حقوقی اسلامی احتمال دخول بعد از ازدواج بیان

میگردد. این احتمال درحالتی متصور شده میتواند که در آن عروس و داماد در یک محل خارج از دید سایر مردم و بدون کدام اخلال که مانع برقراری رابطه جنسی شده بتواند، یکجا باشند.<sup>۱۴۹</sup> این امر در وجیه شوهر درمورد پرداخت مهر، در اثبات نسب، نفقه و حرمت مصاهره مدار اعتبار است. بالاخره حق میراث زوجین نیز بمثابة حق مشترک زن و شوهر تلقی میگردد.<sup>۱۵۰</sup>

### گفتار دوم: حقوق و وجایب متفاوت زن و شوهر

با عقد ازدواج حقوق و وجایب مختلف برای زن و شوهر ایجاد میشوند که مقابل همدیگر قرارمیگیرند. درحالیکه زن در مقابل شوهر حق دریافت مهر و نفقه را دارد، در مقابل مکلف میباشد تا به شوهر اطاعت داشته، درمنزلش اقامت نموده و بدون اجازه شوهر به اهداف غیر مشروع از مسکن خارج نشود.<sup>۱۵۱</sup> وجایب فوق الذکر زن از مفهوم ماده ۱۲۲ قانون مدنی منتج میشود که طبق این ماده نفقه زن وقتی ساقط میگردد که موصوفه وجایب زناشوهری خویش را انجام ندهد. به این ترتیب حقوق زن درمقابل وجایب مرد و برعکس حقوق مرد در برابر وجایب زن قرارمیگیرند. پرداخت مهر و نفقه از جمله وجایب شوهر میباشد.

### مبحث دوم: مهر

#### گفتار اول: ماهیت حقوقی و تشکل مهر

مهر ارزش مادی (یکمقدار پول یا مال) است که شوهر به اثر ازدواج برای زن میپردازد.<sup>۱۵۲</sup> مهر نباید با طویانه که در پشتو آن را ولور میگویند، مغالطه شود. طویانه نه در شریعت و نه درقانون دارای کدام اساس حقوقی میباشد. مهرشرط صحت عقد ازدواج نمیباشد. عقد ازدواج بدون تعیین مهر نیز نافذ میباشد، هرگاه شرایط صحت آن تحقق یافته باشد. مطابق حکم ماده ۱۱۰ قانون مدنی، مهر ملکیت زوجه است. وی میتواند در مهرخود هر نوع تصرف مالکانه نماید. بنابراین، مهر یک حق غیرقابل انصراف و غیرقابل انتقال هر زن در حین انعقاد ازدواج میباشد.<sup>۱۵۳</sup> قانون مدنی بطور نسبی قواعد زیادی را در مورد مهر اختصاص داده است. مهردر جمله اول ماده ۹۱ و مواد ۹۸ الی ۱۱۴ قانون مدنی تنظیم گردیده است.

### گفتار دوم: انواع مهر

مهر بر دو نوع است. مهر مسمی و مهر مثل.

<sup>149</sup> Mohammed Kadri Pasha, Mohammedan Personal Law, Hanafite Code, (1914), 19.

<sup>۱۵۰</sup> گلوبل رایتز، حقوق فامیل افغانستان، کتاب دوم، صفحه ۳۰.

<sup>۱۵۱</sup> گلوبل رایتز، حقوق فامیل افغانستان، کتاب دوم، صفحه ۲۵.

<sup>152</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 86.

<sup>153</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 87.

### الف) مهر مسمی

مهری که حین عقد ازدواج به اثر توافق تعیین می‌گردد، مهر مسمی نامیده می‌شود. مطابق ماده ۹۹ قانون مدنی زن نخست از همه مستحق مهر مسمی می‌باشد. برحسب حکم ماده ۱۰۰ قانون مدنی هر مال قابل تملک به حیث مهر تعیین شده می‌تواند.

البته مالی که در عقد ازدواج مهر تعیین می‌شود باید دارای سه شرط ذیل باشد تا تعیین مهر صحیح تلقی گردد<sup>۱۵۴</sup>:

۱- مال باید متقوم باشد: یعنی مال باید از جمله اعیانی باشد که تملک و بیع آن قانوناً جواز داشته و دارای قیمت معین باشد. بنابراین مال باید بر طبق ماده ۱۰۰ قانون مدنی قابل تملک باشد.

۲- مال باید قابل تسلیم باشد: یعنی مالک آن بتواند آن را به زوجه اش تسلیم نماید و تسلیم آن غیر ممکن نباشد.

۳- مال باید معلوم باشد: یعنی مال نباید مجهول باشد و مقدار، جنس و وصف آن باید معلوم گردد، مگر در مورد حکم ماده ۱۰۴ قانون مدنی که ذیلاً تشریح می‌گردد.

طبق حکم ماده ۱۰۴ قانون مدنی زن می‌تواند حق تعیین مهر را به زوج تفویض نماید. وی می‌تواند بعد از عقد ازدواج و قبل از دخول تعیین مهر را از شوهرش مطالبه کند. هرگاه شوهر مهر را هنوز تعیین نکرده باشد، در این حالت شوهر مکلف است تا به زودی مهر را تعیین نماید. در صورت امتناع، زن می‌تواند تعیین مهر مثل را از محکمه با صلاحیت تقاضا کند.

### ب) مهر مثل

هرگاه در هنگام عقد ازدواج مهر تعیین نشده یا نفی گردیده باشد، زن مستحق مهر مثل می‌گردد. بنابراین، توافق میان عاقدین درباره نفی مهر باطل می‌باشد. همچنین در صورت تسمیه غیر صحیح مهر حین انعقاد عقد ازدواج زوجه مستحق دریافت مهر مثل می‌گردد.<sup>۱۵۵</sup>

اینکه چگونه مهر مثل معین می‌گردد، قانوناً تعیین نشده است. مطابق مذاهب فقهی سنی و شیعه برای تعیین مهر مثل موقعیت اجتماعی فامیل زن در نظر گرفته می‌شود.<sup>۱۵۶</sup> مهر یک خویشاوند مؤنث رشته پدری که هم سطح زن باشد، مانند خواهر، عمه سلسله پدری یا دختر کاکا به حیث شاخص مقایسه در نظر گرفته می‌شود.<sup>۱۵۷</sup>

در مورد ازدواج های بدل قانون مدنی در ماده ۶۹ خود حکم میکند که هر زن مستحق مهر مثل می‌باشد (ازدواج های بدل در فوق تحت بخش ۳ ملاحظه شود). این به خاطری قانوناً تثبیت می‌گردد که در اکثر موارد ازدواج های بدل، زن به مقابل زن تبادل می‌گردد، بدون آنکه به زن ها مهر تادیه شود.

### گفتار سوم: مقدار و اندازه مهر

مقدار و اندازه مهر در قانون مدنی تنظیم نشده اند، بنابراین، عاقدین در تعیین مقدار و اندازه مهر کاملاً آزاد اند. صرف در ماده ۱۰۰ قانون مدنی ذکر گردیده که هر مال قابل تملک مهر تعیین شده می‌تواند.

<sup>۱۵۴</sup> در این باره رجوع شود به نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۲۵۸ به بعد.

<sup>۱۵۵</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۲۷۰.

<sup>۱۵۶</sup> Abdur Rahmān, Shariā: The Islamic Law, 161.

<sup>۱۵۷</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 90.

علاوه بر این ماده ۱۰۲ قانون مدنی به شوهر اجازه می‌دهد که مقدار مهر را بعد از عقد ازدواج تزئید نماید. البته ازدیاد مهر تابع سه شرط ذیل می‌باشد:

- ۱- مقدار افزایش مهر باید معلوم باشد.
- ۲- زوجه یا ولی او باید این ازدیاد را قبول نماید.
- ۳- رابطه زوجیت باید باقی باشد.

#### گفتار چهارم: پرداخت مهر

مطابق ماده ۹۸ قانون مدنی تمام مهر با و طی (دخول در نکاح) یا بعد از خلوت صحیحه زوجین لازم می‌گردد. قانون مدنی در جمله اول ماده ۹۱ خود خلوت صحیحه را با دخول در نکاح مساوی میداند، حتی در صورتیکه زوج عنین باشد. علاوه‌تاً مهر در حالت وفات یکی از زوجین نیز لازم می‌گردد، حتی هر گاه قبل از دخول یا قبل از خلوت صحیحه عاقدین بوقوع پیوسته باشد.

علاوه بر آن بر حسب حکم فقره اول ماده ۱۰۱ قانون مدنی حین عقد ازدواج تعیین شده می‌تواند که شوهر مکلف به پرداخت کل یا قسمت از مهر بطور معجل یا مؤجل می‌باشد. در حالتیکه چنین تصریح صورت نگرفته باشد، طبق جمله اول فقره دوم ماده ۱۰۱ قانون مدنی به عرف مراجعه می‌شود. در صورت مهر مؤجل، پرداخت مهر بر اساس جمله دوم فقره دوم ماده ۱۰۱ قانون مدنی در حالت تفریق یا وفات تابع مدت کوتاه تر می‌باشد، مگر اینکه حین عقد مدت معین تصریح شده باشد.

در صورتیکه زوجه قبل از بدست آوردن کل مهر وفات نماید، بر حسب حکم جمله دوم ماده ۱۱۴ قانون مدنی ورثه او می‌توانند از شوهر مهر باقیمانده را مطالبه نمایند. اگر شوهر نیز فوت نموده باشد، ورثه زن از ورثه شوهر پس از وضع حق الارث زوجه مهر باقیمانده را مطالبه مینمایند. در حالت مرگ شوهر بر علاوه حکم ماده ۱۰۹ قانون مدنی قابل رعایت می‌باشد. هرگاه شخصی در هنگام ازدواج به یک مریضی کشنده مبتلا بوده و به اثر آن بمیرد و مهر زن بیش از اندازه ای مهر مثل تعیین شده باشد، این زیادت طبق حکم ماده ۱۰۹ قانون مدنی تابع احکام وصیت می‌گردد.

#### گفتار پنجم: حق پرداخت مهر قبل از دخول

ماده ۱۰۵ قانون مدنی حکم مینماید که هر گاه تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، زن صرف نصف مهر مسمی و در غیر آن نصف مهر مثل را مستحق می‌شود.

علاوه بر آن ماده ۱۰۵ قانون مدنی اصطلاح تفریق را به کار میبرد که این اصطلاح در حال مطالبه طلاق از طرف زن و صدور حکم طلاق توسط محکمه بنا بر موجودیت دلیل طلاق بکار می‌رود. متن حکم بعدی، یعنی عبارت ماده ۱۰۶ قانون مدنی شکی را در مورد معنی اصطلاح تفریق که در ماده ۱۰۵ قانون مدنی از آن ذکر بعمل آمده است، بوجود می‌آورد. ماده ۱۰۶ قانون مدنی مشعر است:

«هر گاه تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحه از طرف زوجه صورت گیرد، مهر وی کاملاً ساقط می‌گردد.»

البته چون بر حسب حکم ماده ۱۷۶ قانون مدنی و مواد مابعد آن تفریق صرف از جانب زن در صورت موجودیت دلایل معین طلاق از محکمه مطالبه شده میتواند، بنابراین، رابطه مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون مدنی بسیار مجهول به نظر می آید. از یک طرف در ماده ۱۰۵ قانون مدنی زن مستحق نصف مهر در حالت تفریق (که قانوناً صرف از طرف وی حاصل شده میتواند) قبل از دخول یا قبل از خلوت صحیحه زوجین شناخته میشود و از طرف دیگر در ماده ۱۰۶ قانون مدنی تثبیت میشود که به وسیله تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحه مهر زن کاملاً ساقط میگردد. برای درک بهتر این دو حکم باید به رابطه میان مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون مدنی بیشتر توجه معطوف گردد تا حالتی که در آن ها زن قبل از دخول یا خلوت صحیحه مستحق نصف مهر مسمی میباشد، بصورت واضح تر تعیین شده بتوانند. متعاقباً راجع به آن احکام قانونی صحبت خواهد شد که حالتی را که در آنها مهر تعیین نشده و دخول واقع نگردیده است تنظیم مینمایند.

برای اینکه رابطه میان مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون مدنی درک شده بتواند، باید تعالیم حقوق حنفی به حیث منشاء این قواعد در نظر گرفته شود. به اساس حقوق حنفی یک زن آنگاه مستحق نصف مهر مسمی میشود که قبل از دخول واقعی یا احتمالی از طرف زوج طلاق شده یا اینکه انحلال ازدواج از طریق یک عمل شوهر بمیان آمده باشد مثلاً سوگند امتناع (ایلاء)، لعان زن، عقامت، برگشت از دین اسلام یا قبول نکردن دین اسلام در صورتیکه زوجه اش به اسلام روی آورده باشد.<sup>۱۵۸</sup> بنابراین، از ماده ۱۰۶ قانون مدنی چنین درک میگردد که یک تفریق آنگاه حق زن را از دریافت نصف مهر ساقط میسازد که زن خود موجب انحلال ازدواج قبل از دخول یا خلوت صحیحه شده باشد. پس، منظور از بکار برد اصطلاح تفریق در مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون مدنی انحلال ازدواج به طور عام میباشد. حق زن مبنی بر دریافت نصف مهر مسمی بدون شک در حالتیکه زن قبل از دخول یا خلوت صحیحه از طرف شوهرش طلاق میگردد، وجود دارد.

خلاصه اینکه زن در صورت موجودیت شرایط ذیل مستحق نصف مهر مسمی میباشد:

- ۱- عقد ازدواج صحت داشته باشد.
  - ۲- مهر صحیح در عقد ازدواج تعیین شده باشد.
  - ۳- طلاق قبل از دخول یا خلوت صحیحه عاقدین واقع گردیده باشد.
  - ۴- طلاق توسط شوهر صورت گرفته باشد.<sup>۱۵۹</sup>
- به خاطر حمایت زن از ضرر مالی مضاعف در طلاق بوسیله شوهر ماده ۱۱۱ قانون مدنی حکم مینماید که هر گاه زوجه کل مهر یا قسمتی از آنرا قبل یا بعد از قبض به زوج هبه نموده و قبل از دخول، طلاق واقع گردد، شوهر نمیتواند نصف مهر را مطالبه نماید. به همین منوال ماده ۱۱۲ قانون مدنی مشعر است که هرگاه مهر پول نقد یا شیئی مثلی نبوده و زن نصف یا کل آنرا به شوهر هبه کند، در صورت وقوع طلاق قبل از دخول، زوج نمیتواند هیچ چیزی را به عنوان مهر مطالبه نماید.

#### گفتار ششم: اسقاط کامل حق مهر

در پهلوی حالت مندرج ماده ۱۰۶ قانون مدنی زن در یک طلاق خلع حق دریافت مهر را از دست میدهد، صرف نظر از اینکه خلع قبل یا بعد از دخول بوقوع پیوسته باشد. طبق حکم ماده ۱۶۳ قانون مدنی هرگاه خلع در بدل کل مهر

<sup>158</sup> Mohammed Kadri Pasha, Mohammedan Personal Law, Hanafite Code, 1914, 21.

<sup>159</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 91.

صورت گرفته باشد، در صورتیکه زن کل مهر یا قسمتی از آنرا تسلیم شده باشد، باید اندازه تسلیم شده را اعاده نماید. بر عکس هر گاه هیچ چیز پرداخته نشده باشد، شوهر از پرداخت مهر بری الذمه می‌گردد، خواه خلع قبل از دخول یا بعد از آن صورت گرفته باشد.

علاوه بر این باید در نظر داشت که هرگاه فسخ قبل از دخول یا خلوت صحیحۀ عاقدین صورت گیرد، حق دریافت مهر را از بین میبرد، زیرا یک ازدواج فاسد قبل از دخول طبق فقره اول ماده ۹۷ قانون مدنی نکاح باطل پنداشته میشود.<sup>۱۶۰</sup> بر ازدواج فاسدی که قبل از دخول فسخ گردد، طبق ماده ۹۵ قانون مدنی هیچ یک از آثار ازدواج صحیح مرتب نمیگردد.

### گفتار هفتم: انصراف از مهر

یک زن بالغ و اجد سن ازدواج در حال صحت‌مندی کامل فیزیکی و روحی میتواند طبق فقره اول ماده ۱۰۳ قانون مدنی به رضایت خود مهری را که نقداً تعیین شده است کلاً یا قسماً از ذمه شوهر خویش ساقط نماید. توجه باید کرد که فقره اول ماده ۱۰۳ قانون مدنی صرف در مواردی قابل تطبیق میباشد که در آنها مهر پول نقد تعیین شده باشد. زیرا هرگاه مهر عین معینی باشد، با تحقق نکاح، آن عین به مالکیت زن در می آید و زن حق هر گونه تصرفات مالکانه را در آن خواهد داشت. اگر مهر عین کلی باشد، مانند مقداری پول یا طلا، به محض وقوع عقد، شوهر مدیون آن میگردد و زن میتواند آن را مطالبه کند، مگر اینکه مدت یا اقساطی جهت تادیه آن منظور شده باشد.<sup>۱۶۱</sup>

علاوۀ فقره دوم ماده ۱۰۳ قانون مدنی حکم مینماید که پدر زوجه ای که فاقد سن اهلیت ازدواج باشد، به هیچ صورت نمیتواند، مهر را از ذمه شوهر ساقط نماید. بنابراین این حکم در حالتی صدق میکند که دختر در هنگام عقد ازدواج بین پانزده و شانزده سال عمر داشته و عقد ازدواج از طریق ولایت پدر طبق حکم ماده ۷۱ قانون مدنی صورت گرفته بتواند، زیرا عقد زیر سن ۱۵ سال به هیچ وجه جواز ندارد. فقره دوم ماده ۱۰۳ قانون مدنی بوسیله ماده ۱۱۳ این قانون تکمیل میگردد، طوریکه پدر اجازه ندارد مهر دختر خود را کاملاً یا قسماً هبه نماید. همچنان قانون مدنی در جمله اول ماده ۱۱۴ خود صریحاً حکم نموده است که زن مجبور گردانیده نمیشود، تا کل یا قسمتی از مهر خود را به شوهر خویش یا به شخص دیگری واگذار شود.

### گفتار هشتم: حق متعه

هرگاه مهر تعیین نشده باشد و تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحۀ واقع گردد، ماده ۱۰۵ قانون مدنی حکم میکند که زن در این حالت مستحق نصف مهر مثل میباشد. اضافه بر این ماده ۱۰۷ قانون مدنی چنین مشعر است: «هرگاه تفریق بین زوجین قبل از دخول یا خلوت صحیحۀ واقع گردد، برای زن، متعه ای که عبارت از البسه معمول و امثال آن میباشد، واجب میگردد. در تعیین متعه، توان مالی زوج در نظر گرفته شده و به هیچ صورت قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نمیکند.»

<sup>۱۶۰</sup> Global Rights, Book 2, 27.

<sup>۱۶۱</sup> صفایی، سید حسین / امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده (۱۳۸۲) تهران، صفحه ۱۵۵ به بعد.

سوال این است که آیا متعه در پهلوی نصف مهر مثل و یا مهر مسمی ادا می‌گردد، یا اینکه جانشین نصف مهر مثل می‌شود که در هنگام عقد ازدواج کدام مهری تعیین نشده و یا اینکه یک مهر غیر مجاز قانونی تعیین شده باشد؟ از ماده ۱۰۷ قانون مدنی استنباط نمی‌شود که آیا مکلفیت شوهر در ادای متعه تنها حالاتی را در بر می‌گیرد که در آنها هیچ مهری تعیین نشده باشد و یا هم ازدواج‌هایی را احتوا می‌کند که در آنها توافق در باره مهر صورت گرفته باشد. از طرف دیگر ماده ۱۰۵ قانون مدنی حکم می‌کند که هرگاه مهر تعیین نشده باشد، زن قبل از دخول مستحق نصف مهر مثل می‌باشد. بدین ترتیب اگر حکم مندرج ماده ۱۰۷ قانون مدنی به صورت دقیق ملاحظه گردد، این حکم غیر ضروری و مخالف با حکم ماده ۱۰۵ قانون مدنی تلقی خواهد شد، زیرا چنین استنباط می‌گردد که شوهر وقتی مکلف به پرداخت متعه است که مهر تعیین نشده باشد. در مجموع احکام قانون مدنی افغانستان در رابطه به پرداخت مهر در حالت انحلال ازدواج قبل از دخول چندان واضح نمی‌باشند.

بمنظور آنکه مفهوم و هدف این احکام به خوبی درک گردد، باید بار دیگر به تعالیم حقوقی مذهب فقه حنفی مراجعه شود. مانند سایر مذاهب حقوقی اسلامی حق دریافت مهر مثل وقتی بوجود می‌آید که حین عقد ازدواج مهری تعیین نشده و یا نفی آن صورت گرفته باشد. همچنین در صورت تسمیه غیر صحیح مهر حین انعقاد عقد ازدواج زوجه مستحق دریافت مهر مثل می‌گردد. البته بر حسب فقه حنفی زن نمیتواند نصف مهر مثل را مطالبه نماید، هرگاه وی قبل از دخول طلاق شود. در چنین حالات شوهر در مقابل زن تنها مکلف به ادای متعه است که آن هم عبارت از اعطای تحایف، مخصوصاً البسه می‌باشد.<sup>۱۶۲</sup> البته زوجه آنگاه حق دریافت متعه را از دست می‌دهد که وی ازدواج را قبل از دخول منحل نماید.

در انتخاب لباسی که به حیث متعه برای زن مطلقه اعطا می‌گردد، باید رسوم رایج محل، نوعیت البسه که زنان حین ترک منازل والدین می‌پوشیدند و توان مالی شوهران در نظر گرفته شود. به عوض البسه یا هدایا یک مقدار پول نقد نیز به حیث متعه اعطا شده می‌تواند. اما مبلغ پولی یا هدایا نمیتواند از ارزش نصف مهر مثل تجاوز نماید، خواه شوهر ثروتمند باشد، خواه غریب.<sup>۱۶۳</sup>

بر حسب این توضیحات حکم ماده ۱۰۷ قانون مدنی در حالاتی قابل تطبیق است که در آنها حین عقد ازدواج مهر تعیین نشده و ازدواج قبل از دخول منحل گردیده و انحلال ازدواج از طرف زن باعث نشده باشد.

این امر علاوه بر آن از فقره اول ماده ۱۰۸ قانون مدنی نیز استنباط می‌شود. این ماده حکم می‌کند که هرگاه طلاق قبل از دخول واقع گردد و مهر مسمی باشد و یا شوهر قبل از دخول وفات نماید، متعه برای زن واجب نمی‌گردد.

اصولاً شوهر در یک طلاقی که بعد از دخول صورت می‌گیرد، مکلف به ادای متعه نمی‌باشد. البته فقره دوم ماده ۱۰۸ قانون مدنی حکم مینماید که هرگاه طلاق بعد از دخول واقع گردد، خواه مهر مسمی باشد یا نه، ادای متعه از طرف شوهر برای زن جواز دارد. به اساس این حکم هرگاه طلاق بعد از دخول صورت گیرد، برای زن در پهلوی حق مهر کدام حق قانونی در مورد متعه وجود ندارد، زیرا وی در این حالت حق دارد تا مجموع مهر مسمی یا مهر مثل را دریافت نماید. بر حسب فقه حنفی پرداخت متعه در طلاقی که بعد از دخول واقع گردد، مستحب است. بنابراین ادای متعه از طرف شوهر در همچو موارد واجب نمی‌باشد، ولیکن توصیه می‌شود.<sup>۱۶۴</sup>

<sup>162</sup> Mohammed Kadri Pasha, Mohammedan Personal Law, Hanafite Code, 1914, 21.

<sup>163</sup> Mohammed Kadri Pasha, Mohammedan Personal Law, Hanafite Code, 1914, 22.

<sup>۱۶۴</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶)، کابل، صفحه ۲۷۳.

### گفتار نهم: اهمیت مهر در جامعه افغانی

با وجود آنکه مطابق احکام قانون مدنی مهر ملکیت زن بوده و وی میتواند در آن هر نوع تصرفات مالکانه بنماید، اما در افغانستان معمول است که مهر صرف حین انعقاد عقد ازدواج تعیین می گردد، اما به زوجه داده نمی شود به ویژه مهر مؤجل زوجه. در بسیاری حالات زوجه حتی آگاهی ندارد که آیا مهری برایش تعیین گردیده و آیا تا کنون مهر پرداخته شده است و یا خیر. اکثر زنان از دلیل شرعی و قانونی موجودیت حق مهر در ازدواج و اهمیت آن قطعاً آگاهی ندارند.

به اساس راپور سال ۲۰۰۵ انستیتوت ماکس پلانک<sup>۱۶۵</sup> حتی زنان تحصیل یافته نه از این موضوع آگاهی داشتند که آیا حین عقد ازدواج شان توافقی در باره مهر قابل پرداخت صورت گرفته است و یا خیر، و نه ازاین مطلب مطلع بودند که مهر شان چه مبلغی تعیین شده است. وضعیت در مناطق روستایی برای زنان به مراتب مضرت تر است، زیرا آنها در اکثر موارد نمیدانند که دارای حقی برای دریافت مهر میباشند. بطور کلی زنان در افغانستان به مهر ارزش کمتر قایل میشوند، زیرا آن ها مهر را نه به حیث حق یک زن میپندارند که با عقد ازدواج بوجود می آید، بلکه آن را یک کمک مالی عاجل بعد از طلاق تلقی مینمایند. تذکر مهر در هنگام خواستگاری و نامزدی از طرف زن معنی آن را میدهد که برای وی احتمال طلاق در آینده وجود دارد.

### گفتار دهم: مهر در سایر کشور های اسلامی

وجیه شوهر مبنی بر پرداخت مهر برای زوجه در تمام نظام های حقوقی اسلامی به رسمیت شناخته شده است. البته تنظیم سیستماتیک مهر به صورت متفاوت صورت میگیرد. برخی کشورهای اسلامی مانند نظام حقوقی تونس آن را ه شرط صحت ازدواج میپندارند، در حالیکه اکثر کشور های اسلامی آن را اثر ازدواج تلقی مینمایند. به اساس قوانین کشورهای اسلامی مهر تنها به زن تعلق میگیرد که وی میتواند به حیث مالک آزادانه از آن استفاده کند. اندازه مهر در بسیاری از نظام های حقوقی آزادانه تعیین و پرداخت آن کاملاً یا قسماً به شکل معجل یا مؤجل موافقه شده میتواند. البته زن به مجرد عقد نکاح مالک مهر عین معینی میشود که آن میتواند عبارت از اشیایی مانند سکه های طلا یا زیور باشد، حتی اگر مهر مؤجل باشد. هرگاه مهر پول تعیین شده باشد، زن حق مطالبه آن را از شوهر به محض وقوع عقد دارد، مگر آنکه پرداخت آن به زمانی در آینده موکول گشته باشد.

### سوریه:

در سوریه طبق حکم ماده ۵۳ قانون احوال شخصیه زن به اساس یک قرارداد معتبر ازدواج دارای حق مهر میباشد، خواه مهر حین عقد قرارداد تعیین شده یا تعیین نگردیده باشد و یا حتی نفی شده باشد. علاوه بر این طبق ماده ۵۴ قانون احوال شخصیه سوریه حد اکثر و حد اقل مهر تعیین نشده است. هر شی مجاز قانونی به حیث مهر در نظر

<sup>165</sup> Siehe den Bericht über die Feldforschung, Saboory/Yassari, Family Structures and Family Law in Afghanistan – A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan January-March 2005, unter [www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report\\_Family.pdf](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/LaufendeProjekte/Afghanistan/MPI-Report_Family.pdf).

گرفته شده می‌تواند. طبق حکم ماده ۵۵ قانون احوال شخصیه سوریه مهر کاملاً یا قسماً، مؤجل یا معجل بوده می‌تواند. هرگاه در این مورد یک توافق تحریری وجود نداشته باشد، در زمینه بر حسب عرف تصمیم اتخاذ می‌گردد. مطابق حکم ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه سوریه ازدیاد، تخفیف و بخشش مهر در حین رابطه زوجیت و یا در ایام عدت بعد از طلاق باطل می‌باشد، تا زمانیکه عاقدین چنین یک تغییر را در پیشگاه قاضی توضیح نکرده و در حضور او متن قرارداد را متحداً تعدیل نمایند. زن در حالتیکه در آنها مهر در قرارداد معتبر ازدواج تثبیت گردیده و ازدواج قبل از دخول و یا خلوت صحیح به طلاق انجامیده باشد، طبق حکم ماده ۵۸ قانون احوال شخصیه سوریه مستحق نصف مهر می‌شود.

هرگاه در یک قرارداد معتبر ازدواج مهر تعیین نشده و یا یک مهر غیر صحیح در آن درج شده باشد، حقوق سوریه در این مورد در فقره اول ماده ۶۱ قانون احوال شخصیه ای خود حکم می‌دارد که در این حالت مهر مثل تادیبه می‌گردد. هرگاه طلاق قبل از دخول و یا خلوت صحیحه واقع شود، برای زن بر حسب فقره دوم همین ماده متعه پرداخته می‌شود. ماده ۶۲ قانون احوال شخصیه سوریه تثبیت مینماید که چگونه متعه ادا می‌گردد. طبق آن متعه عبارت از اعطای البسه متناسب به وضع اجتماعی زن هنگام ترک منزل والدینش می‌باشد. در عین زمان مصلحت شوهر تا حدودی در نظر گرفته می‌شود که قیمت متعه نمی‌تواند از نصف مهر مثل تجاوز نماید. هرگاه طلاق به سبب رفتار زن قبل از دخول و یا خلوت صحیحه عاقدین واقع گردد، حق دریافت مهر کاملاً سقوط میکند (ماده ۵۹ قانون احوال شخصیه سوریه).

برای اینکه مهر واقعاً به زن پرداخته شود، حقوق سوریه در ماده ۵۹ قانون احوال شخصیه خود حکم می‌کند که نه تنها مهر صرف به زن تعلق دارد، بلکه در ماده ۶۰ قانون احوال شخصیه سوریه تثبیت گردیده که مکلفیت شوهر مبنی بر پرداخت مهر فقط بوسیله پرداخت آن به شخص زن ساقط می‌شود، البته مشروط بر اینکه زن واجد اهلیت حقوقی بوده و قرارداد ازدواج برای اخذ مهر کدام وکیل تعیین نکرده باشد.

#### اردن:

در اردن ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه حکم می‌کند که مهر دو قسم می‌باشد: مهر مسمی و مهر مثل. مهر مسمی مهری است که حین عقد ازدواج از طرف عاقدین تعیین می‌شود. هرگاه در یک عقد ازدواج صحیح مهر تعیین نشده باشد، یا شوهر با این شرط ازدواج نماید که زن حق مهر ندارد، یا به یک مهر غیر صحیح توافق بعمل آمده باشد، زن طبق ماده ۵۴ قانون احوال شخصیه اردن مستحق مهر مثل می‌گردد. قانون احوال شخصیه اردن تثبیت می‌دارد که چگونه مهر مثل تعیین می‌شود. طبق آن مهر مثل با مهری مطابقت مینماید که آنرا زنان خویشاوند پدری عروس که با عروس هم سطح می‌باشند، بدست آورده اند. هرگاه در میان خویشاوندان پدری عروس زن هم سطح وی وجود نداشته باشد، برای تعیین مهر مثل، مهر یک زن هم سطح از شهر زن در نظر گرفته می‌شود.

البته قانون اردن اخذ مهر را توسط پدر یا جد پدری منع نمی‌کند. دریافت مهر بوسیله پدر یا جد پدری حتی آنگاه مجاز است که زن واجد صلاحیت حقوقی کامل باشد. البته پرداخت مهر به ولی ازدواج طبق حکم ماده ۶۴ قانون احوال شخصیه اردن صرف آن وقت درست است که زن پرداخت آن را به ولی ازدواج خویش صریحاً منع نکرده باشد.

مطابق حکم ماده ۴۵ قانون احوال شخصیه اردن مهر کاملاً یا قسماً به صورت معجل یا مؤجل پرداخته شده میتواند. این امر باید کتباً تایید گردد. در صورتیکه پرداخت مهر به صورت مؤجل بیان نشده باشد، باید فوراً پرداخته شود. ماده ۵۱ قانون احوال شخصیه اردن انحلال ازدواج قبل از دخول را تنظیم نموده و حکم میکند که در یک جدایی قبل از دخول یا پیش از خلوت صحیحه نصف مهر مسمی قابل پرداخت میباشد، هرگاه شوهر جدایی را موجب شده باشد. این جدایی ناشی از طلاق، لعان، عقامت شوهر، برگشت شوهر از دین اسلام یا امتناع وی از قبول دین اسلام در صورتیکه زنش مسلمان شده باشد و یا یک عمل شوهر که این عمل حرمت مصاهره جبری را بمیان آورد، خواهد بود. بنابر آن زن مستحق نصف مهر نمیشد، در صورتیکه طلاق قبل از دخول را خودش موجب شده باشد. هرگاه ازدواج قبل از تعیین اندازه مهر و پیش از دخول یا خلوت صحیحه به طلاق منجر شود، طبق حکم ماده ۵۵ قانون احوال شخصیه اردن باید متعه پرداخته شود. متعه بر حسب عرف و متناسب به توان مالی شوهر تعیین میگردد که نمیتواند از نصف مهر مثل تجاوز نماید.

#### امارات متحده عربی

در امارات متحده عربی ماده ۴۹ قانون احوال شخصیه متذکر میشود که کلمه مهر مفهوم مالی را افاده میکند که شوهر آن را برای زنش به سبب ازدواج هدیه میدهد. حد اقل مهر تعیین نگردیده، اما حد اکثر آن قانوناً تعیین شده است. حد اکثر مهر در ماده ۱ قانون شماره ۱۹۹۷/۲۱ در باره تحدید مهر در قرارداد ازدواج و مصارف عروسی ها که بتاريخ ۱۹۹۷/۱۲/۳۱ نافذ گردیده، تنظیم شده است.<sup>۱۶۶</sup> طبق آن مهر قابل پرداخت به مناسبت عقد ازدواج به بیست هزار دینار و در صورت اختتام ازدواج بوسیله طلاق یا فوت شوهر به سی هزار دینار محدود گردیده است. هرگاه به مبالغ بیشتری موافقه صورت گرفته باشد، عقد ازدواج به خاطر آن باطل نمیشد. البته ادعای مبالغ بیشتر در پیشگاه محاکم امارات متحده عربی صورت گرفته نمیتواند. علاوه بر این طبق حکم ماده ۵ قانون فوق الذکر تعیین مبالغ بیشتر قانوناً جرم قابل مجازات پنداشته میشود.

بر حسب حکم ماده ۵۰ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی مهر ملکیت زن بوده و او میتواند آن را آزادانه تصرف کند. توافقات متفاوت مندرج در قرارداد بی اهمیت میباشد. زن اساساً طبق حکم فقره اول ماده ۵۱ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی مستحق مهری میباشد که در قرارداد ازدواج بدان موافقه بعمل آمده است. هرگاه مهر در قرارداد ازدواج تعیین نشده یا یک مهر غیر صحیحی تعیین شده باشد، یا موافقه صورت گرفته باشد که مهری پرداخته نشود، طبق فقره دوم همین ماده، زن مستحق مهر مثل میگردد.

مطابق حکم فقره اول ماده ۵۲ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی مهر کلاً یا قسماً قبلاً و یا در زمان معین پرداخته شده میتواند. به اساس فقره دوم ماده ۵۲ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی حق مهر با یک قرارداد ازدواج صحیح بوجود می آید. مهر بعد از دخول یا خلوت صحیحه عاقدین و یا مرگ شوهر کاملاً پرداخته میشود. مهر مؤجل با فوت شوهر یا طلاق باین قابل پرداخت میباشد. هرگاه زن مهری بدست نیاورده باشد، طبق حکم فقره اول ماده ۵۳ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی حق دارد از نزدیکی با شوهر امتناع ورزد. اگر زن قبل از دریافت مهر نزدیکی با شوهر را بپذیرد، بر حسب حکم فقره دوم همین ماده پرداخت مهر دینی بر ذمه شوهر میگردد.

<sup>۱۶۶</sup> قانون در باره تحدید مقدار مهر بعد از انقضاء قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی سال ۲۰۰۵ هنوز هم مدار اعتبار میباشد.

علاوه بر این فقره سوم ماده ۵۲ قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی حکم مینماید که اگر زنی قبل از دخول طلاق گردد، مستحق نصف مهر معینه میگردد. در صورتیکه مهری تعیین نشده باشد، قاضی شوهر را به پرداخت یک متعه مکلف میسازد که از نصف مهر مثل تجاوز کرده نمیتواند.

## کویت

حقوق کویت مانند اکثر کشور های اسلامی حکم میکند که مهر به اساس یک عقد ازدواج معتبر برای زن پرداخته میشود (ماده ۵۲ قانون احوال شخصیه کویت). همچنان طبق ماده ۵۳ قانون احوال شخصیه کویت برای مقدار مهر نه حداقل و نه حداکثری در نظر گرفته شده است. طبق ماده ۵۴ قانون احوال شخصیه کویت هرچیزی مهر تعیین شده میتواند که اساس یک تعهد با اعتبار حقوقی شده بتواند و مغایر ماهیت ازدواج نباشد. بدیترتیب اموال، خدمات و منفعت به حیث مهر تعیین شده میتوانند.

ماده ۵۵ قانون احوال شخصیه کویت بین مهر مسمی و مهر مثل فرق قایل میشود. مهر مسمی به یک توافق صحیح مندرج در قراردادار متکی میباشد. مهر مثل در حالاتی پرداخته میشود که در آنها مهر تثبیت نگردیده یا تثبیت آن بی اعتبار بوده و یا مهر قطعاً در نظر گرفته نشده باشد. مهر بعد از دخول، بعد از خلوت صحیحه عاقدین یا بعد از مرگ شوهر مطابق ماده حکم ۶۱ قانون احوال شخصیه کویت باید کاملاً پرداخته شود.

بر حسب ماده ۶۴ قانون احوال شخصیه کویت یک زن میتواند در حالتی که مهر تعیین نشده باشد، حین انحلال ازدواج قبل از دخول یا قبل از خلوت صحیحه تقاضا نماید تا قاضی متعه ای برایش تعیین نماید که قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نکند. علاوه بر این ماده ۶۵ قانون احوال شخصیه کویت مشعر است که ادعای مهر یا متعه آنگاه کاملاً ساقط میشود که ازدواج بدون سبب از جانب زن قبل از دخول یا قبل از خلوت صحیحه منحل گردد.

## یمن

در یمن در فقره اول ماده ۳۳ قانون احوال شخصیه مهر بحیث یک نتیجه جبری قرارداد ازدواج صحیح توصیف گردیده است. مهر میتواند هر دارایی باشد که به ملکیت گرفته شده بتواند، یا مورد استفاده مشروع قرار گیرد. هرگاه مهری تعیین نشده یا مقدار آن فراموش گردیده باشد، در این صورت مهر مثل پرداخته میشود. فقره دوم همین ماده تثبیت مینماید که مهر ملکیت زن است که آزاد است در آن هر نوع تصرفی کند. توافق غیر از این قانوناً فاقد اهمیت میباشد. طبق حکم ماده ۳۴ قانون احوال شخصیه یمن بین طرفین آزادانه توافق صورت گرفته میتواند که آیا مهر کاملاً یا قسمی، فوراً حین عقد ازدواج پرداخته شود و یا در یک زمانی در آینده تادیه گردد. هرگاه ولی ازدواج زوجه بدون رضایت وی به پرداخت مهر بصورت مؤجل تصمیم اتخاذ نموده باشد، زوجه حق دارد که پرداخت عاجل آنرا مطالبه نماید.

حق زن مبنی بر پرداخت مهر بموجب حکم ماده ۳۵ قانون احوال شخصیه یمن وقتی بوجود می آید که بعد از ازدواج دخول واقعاً بوجود آمده باشد. علاوه بر این مهر در حالت مرگ یکی یا هردو زوجین، حتی اگر فوت قبل از دخول واقع گردد، نیز قابل پرداخت میباشد. هرگاه شوهر قبل از دخول زن را طلاق دهد، یا ازدواج به درخواست او فسخ گردد، طبق حکم ماده ۳۶ نصف آن پرداخته میشود. در صورتیکه انحلال ازدواج از طرف هر دو عاقدین یا تنها

توسط زن صورت گیرد، در این حالت مهر قابل پرداخت نبوده و زن باید آنچه را که به تصرف آورده و مستحق آن نمیشد، مسترد نماید.

مطابق حکم ماده ۳۹ قانون احوال شخصیه یمن زن حق دارد که از نزدیکی با شوهر امتناع ورزد تا مهر تثبیت گردد. بعلاوه او میتواند تقاضا نماید که مهر معجل وی برایش تسلیم داده شود. هرگاه پرداخت مهر به یک زمان معین به تعویق افتاده باشد، زن میتواند از نزدیکی با شوهر امتناع ورزد، اگر زمان پرداخت فرا رسیده باشد. در این مورد ماده ۳۴ قانون احوال شخصیه یمن قابل رعایت است.

در مورد حالتی که مهر تعیین نشده و زن قبل از دخول طلاق گردیده باشد، ماده ۳۷ قانون احوال شخصیه یمن حکم میکند که او مستحق متعه میباشد. متعه متناسب به چیزی است که یک زن هم سطح وی از مرد هم سطح شوهرش بدست آورده باشد. متعه نمیتواند از نصف مهر مثل اضافه تر باشد.

### مراکش

مطابق ماده ۲۶ مدونه مراکش<sup>۱۶۷</sup> مهر عبارت از چیزی میباشد که شوهر به زن هدیه میدهد و با اعطای آن میخواهد قصدش را برای عقد ازدواج، ایجاد یک فامیل پایدار و تقویت پیوند ها و تمایلات زندگی مشترک تبارز دهد. علاوه بر این فقره دوم مدونه حکم میکند که اساس شرعی مهر در ارزش مادی آن نهفته نبوده، بلکه در اهمیت سمبولیک و اخلاقی آن موجود میباشد. همچنان طبق حقوق مراکش مهر شرط صحت ازدواج نیست. به اساس آن هرگاه در یک قرارداد ازدواج مهر ذکر و تعیین نشده باشد، این قرارداد باطل نیست. البته در قرارداد ازدواج قید شرطی مبنی بر اینکه قطعاً مهری پرداخته نشود، باطل میباشد.

بر حسب حکم ماده ۲۷ مدونه مهر در قرارداد ازدواج تثبیت میگردد. هر گاه در قرارداد ازدواج مهری پیشبینی نشده یا مقدار آن تعیین نگردیده باشد و زوجین در مورد آن در یک زمان آینده نیز به موافقه نرسیده باشند، محکمه اندازه مهر را متناسب به وضعیت مالی زوجین تثبیت مینماید. علاوه بر شیئی ایکه مطابق قانون یک تعهد را بار آورده بتواند، بحیث مهر تعیین شده میتواند (ماده ۲۸ مدونه). همچنان قانون مطالبه مینماید که مهر بصورت نا متناسب زیاد تثبیت نشود (ماده ۲۸ مدونه). بدینوسیله قانونگذار مراکش بر نقش سمبولیک مهر تاکید مینماید.

اضافه بر این ماده ۲۹ مدونه حکم میکند که مهر ملکیت زن بوده و وی میتواند در آن آزادانه تصرف نماید. بعلاوه شوهر حق ندارد که از زوجه آینده اش در بدل مهر تعیین شده لوازم خانه، موبل و لباس عروسی بدست آورد. مرگ شوهر قبل از دخول و یا دخول بعد از ازدواج، به زن حق میدهد که مهر خویش را کاملاً طلب نماید ( فقره اول ماده ۳۲ مدونه). اساساً طبق فقره دوم ماده ۳۲ مدونه زن حق دارد تا نصف مهر تعیین شده را بدست آورد، هر گاه طلاق قبل از دخول صورت گیرد. البته فقره سوم ماده ۳۲ مدونه متذکر میشود که زن حتی حق خود را مبنی بر نصف مهر مسمی از دست میدهد، اگر ازدواج قبل از دخول بدلیل یکی از حالات سه گانه ذیل منحل گردد:

۱- هر گاه قرارداد ازدواج مثلاً به سبب فاسد بودن در اثر فقدان یکی از شرایط صحت عقد و فسخ گردد.

۲- در صورتیکه ازدواج به سبب یک خلل در شخص زن یا بموجب یک خلل در شخص شوهر فسخ گردد.

<sup>۱۶۷</sup> مهر در المغرب صدق نامیده میشود.

۳- در حالت طلاق، هر گاه در قرارداد مهری تعیین نشده باشد، یعنی مهر مسمی وجود نداشته باشد.

بنابر آن زن حین انحلال ازدواج قبل از دخول مستحق نصف مهر مسمی نمیباشد، هر گاه ازدواج فسخ گردیده (بند اول و دوم فقره سه ماده ۳۲ مدونه) و یا اگر هیچ مهری در قرارداد ازدواج تعیین نشده باشد (بند سوم فقره سه ماده ۳۲ مدونه). حقوق مراکش برعکس سایر کشورهای اسلامی در باره پرداخت متعه در حالت طلاق قبل از دخول هنگامی که مهری تعیین نشده باشد، شامل احکامی نیست.

### تونس

در تونس وضع حقوقی طور دیگر است. نخست از همه به اتکا بر مذهب فقه مالکی برای صحت یک عقد ازدواج مطابق حقوق تونس توافق بر مهر به نفع زن الزامی است. ماده ۳ قانون احوال شخصیه تونس تعیین مهر را تحت شرایط صحت عقد ازدواج ذکر مینماید. هرگاه مهر در قرارداد ازدواج تعیین نشده باشد، ازدواج فاسد بوده و بنابر تقاضای زن فسخ شده میتواند.<sup>۱۶۸</sup>

مطابق حکم ماده ۱۲ قانون احوال شخصیه تونس هر چیزی که قیمت آن تعیین شده بتواند، بحیث مهر مقرر گردیده میتواند. بنابر آن ماده مهر ملکیت زن میباشد. پرداخت عاجل تمام مهر حین عقد ازدواج یا تعویق آن به یک زمان آینده توسط زوجین موافقه شده میتواند. هرگاه چنین توافقی وجود نداشته باشد، تمام مهر با انعقاد عقد ازدواج و قبل از دخول قابل پرداخت میباشد.<sup>۱۶۹</sup> ماده ۱۳ قانون احوال شخصیه تونس حکم میکند که زن مکلف به نزدیکی با شوهر نمیباشد، هر گاه مهرش پرداخته نشده باشد. بعد از دخول زن میتواند فقط پرداخت مهر را به سبب عدم ادای آن مطالبه کند، نه طلاق را.

### مصر

در حقوق مصر برعکس سایر کشورهای اسلامی احکام در مورد مهر بسیار کم تنظیم گردیده اند. ماده ۱۹ فرمان تقنینی شماره ۱۹۲۹/۲۵ مربوط به مهر میباشد که در هنگام مناقشات زوجین راجع به اندازه مهر قابل تطبیق است. طبق آن هرگاه زوجین درباره مقدار مهر دعوی داشته باشند، مسئولیت اثبات را زن متحمل میشود. هر گاه زن اثبات کرده نتواند، از موضوع بوسیله سوگند شوهر اطمینان حاصل میگردد. اگر شوهر مبلغی را بحیث مهر وانمود کند که معمولاً با موقف زن مطابقت نکند، در اینصورت مبلغ مهر به طور تخمینی به اساس مهر مثل زنان هم موقف او بوسیله یک فیصله قضائی تثبیت میشود.

خلاهای قانونی در مصر بوسیله فیصله قضائی مرفوع گردیده اند. طبق یک حکم محکمه ابتدایی جزائی در صورت تعیین نکردن مهر، زن مستحق مهر مثل میباشد. اما هرگاه در این حالت قبل از دخول و یا خلوت صحیح طلاق واقع گردد، زن مستحق مهر مثل نمیگردد.<sup>۱۷۰</sup>

<sup>۱۶۸</sup> عمار الداودی: الشروط الشكلية لعقد الزواج دراسة مقارنة، فی: المجلة التونسية للقانون ۲۰۰۶ ص ۱۳۷.

<sup>۱۶۹</sup> عمار الداودی: الشروط الشكلية لعقد الزواج دراسة مقارنة، فی: المجلة التونسية للقانون ۲۰۰۶ ص ۱۳۷.

<sup>۱۷۰</sup> أشرف مصطفى کمال: موسوعة المشكلات العملية فی قانون الاحوال الشخصية، ۱۹۹۵/ ۱۹۹۶ القاهرة.

به اساس یک فیصله محکمه استیناف مصر، در حالیکه توافق درباره مؤجل بودن مهر موجود نباشد، تمام مهر مسمی قابل پرداخت میباشد.

#### مبحث سوم: نفقه

##### گفتار اول: تشکل و مقدار حق نفقه

نفقه حق شرعی زن در مقابل شوهرش میباشد. با یک عقد نکاح صحیح و نافذ بر شوهر مطابق حکم جمله اول فقره اول ماده ۱۱۷ قانون مدنی نفقه زن لازم میگردد. نفقه طبق ماده ۱۱۸ قانون مدنی مشتمل از طعام، لباس، مسکن و تدای متناسب به توان مالی شوهر میباشد. مسکنی که شوهر در اختیار زن قرار میدهد، باید بر اساس حکم ماده ۱۱۵ قانون مدنی یک مسکن مناسب باشد. علاوه بر این ماده ۱۱۶ قانون مدنی حکم مینماید که هرگاه شخصی بیش از یک زن داشته باشد، نمیتواند بدون رضایت، آن ها را در مسکن واحد مجبور به رهائش گرداند. نفقه زن بر حسب حکم ماده ۱۲۳ قانون مدنی مطابق به توان مالی شوهر تأمین میگردد، مشروط بر اینکه نفقه از حد اقل کفاف زن کمتر نباشد. نفقه میتواند هم افزایش یابد و هم کاهش یابد. کاهش و افزایش نفقه طبق حکم جمله اول ماده ۱۲۴ قانون مدنی تابع تحول در توان مالی شوهر و تغییر قیمت اشیاء میباشد. ادعای زیادت و کاهش نفقه تعیین شده مطابق جمله دوم ماده ۱۲۴ قانون مدنی قبل از سپری شدن شش ماه از تاریخ تعیین آخری آن پذیرفته نمیشود.

##### گفتار دوم: ایفای وجبیه نفقه

وجبیه شوهر در مورد نفقه بر اساس حکم ماده ۱۲۸ قانون مدنی جز به ادا یا ابراء از وی ساقط نمیگردد. جمله اول ماده ۱۲۹ قانون مدنی حکم میکند که ابرا از نفقه قبل از تعیین آن باطل است. تعیین نفقه هم رضایی و هم قضائی بوده میتواند. علاوه بر این طبق جمله دوم ماده ۱۲۹ قانون مدنی ابرا از نفقه صرف وقتی صحیح میگردد که ابرا از نفقه ایام گذشته باشد. ابرا از نفقه روز، هفته، ماه و سال آینده مطابق حکم جمله سوم ماده ۱۲۹ قانون مدنی وقتی صحیح میگردد که نفقه بالترتیب طور روزمره، هفته وار، ماهوار و سالانه تعیین شده باشد. طبق حکم ماده ۱۳۰ قانون مدنی دین نفقه زن بر ذمه شوهر یا دینی که بر ذمه زن باشد، به اساس مطالبه هریک از زوجین مجرا شده میتواند.

##### گفتار سوم: عواقب حقوقی امتناع زوج از پرداخت نفقه

هرگاه شوهر از ادای نفقه امتناع ورزد یا تقصیرش در آن ثابت گردد، محکمه با صلاحیت میتواند طبق ماده ۱۱۹ قانون مدنی او را به ادای نفقه مکلف سازد. وی به اساس حکم ماده ۱۲۵ قانون مدنی از تاریخ امتناع به ادای نفقه زن مکلف میگردد. نفقه زن به اثر حبس شوهر نیز از ذمه اش ساقط نمیگردد، حتی اگر توان ادای آنرا نداشته باشد (ماده ۱۲۰ قانون مدنی). در یک چنین حالتی هم شوهر نمیتواند از ادای نفقه ای زن خودداری نماید.

هرگاه شوهر غایب باشد، طبق حکم ماده ۱۲۱ قانون مدنی نفقه زن از اموال شوهر که شامل نفقه شده بتواند و بدسترس زن قرار داشته باشد، تأمین می‌گردد. در غیر آن از اموالی که نزد دیگری طور ودیعت (امانت) یا دین دارد، نفقه زن تعیین می‌شود.

### گفتار چهارم: اسقاط نفقه

اساساً حق زن در برابر شوهر مبنی بر ادای نفقه از وجبیه زن نشأت مینماید که از موقف فرمانروایی شوهر به مثابه رئیس فامیل اطاعت به عمل آورده و در تمام اوقات مجاز درخدمت وی قرار داشته باشد.<sup>۱۷۱</sup> عدم اطاعت زن به امور زناشویی، یعنی نشوز زن باعث اسقاط نفقه می‌گردد. این امر به عنوان تمکین و اطاعت زوجه از زوج در امور مشروع در مقابل تأمین نفقه از طرف زوج در قانون مدنی نیز مشاهده می‌شود. ماده ۱۲۲ قانون مدنی برای سقوط حق نفقه زن سه دلیل را تذکر می‌دهد که به اساس آنها زن مستحق نفقه نمی‌باشد:

#### الف) خارج شدن زوجه از خانه بدون اجازه شوهر

هرگاه زن بدون اجازه شوهر یا بخاطر مقاصد نا جایز از مسکن خارج گردد، طبق حکم بند اول ماده ۱۲۲ قانون مدنی حق نفقه زن ساقط می‌گردد.

در این رابطه صریحاً حکمی موجود نیست، ولی این امر پذیرفته شده است که شوهر (در مقابل وجبیه اش در مورد ادای نفقه) حق تعیین این را دارد که زوجه اش اجازه دیدن کدام کس را دارد و کدام اشخاص میتوانند وی را در منزل شوهرش ببینند. این اشخاص همیشه اقارب نزدیک (محارم شرعی) می‌باشند.<sup>۱۷۲</sup> هرگاه زوجه خارج از منزل کار نماید و زوج به کار کردن وی خارج از خانه رضایت داشته باشد، فراهم نمودن نفقه برای زوجه بر زوج واجب است. ولی اگر زوج به کار کردن زوجه خارج از خانه رضایت نداشته باشد، زوجه ناشزه تلقی گردیده و نفقه وی از ذمه زوج ساقط می‌گردد.<sup>۱۷۳</sup>

#### ب) عدم اطاعت زوجه از زوج در امور زوجیت

مطابق بند دوم ماده ۱۲۲ قانون مدنی در صورتیکه زن به امور زوجیت اطاعت نداشته باشد، حق نفقه خود را از دست می‌دهد. البته یک زن نافرمان که ناشزه نامیده می‌شود، صرف وقتی حق نفقه خود را از دست می‌دهد که عدم اطاعت او اساس جایز شرعی نداشته باشد.<sup>۱۷۴</sup> هرگاه زن وجایب خویش را ایفا نکند و در قرارداد ازدواج شرایط متفاوت تا جاییکه مجاز است، وجود نداشته باشد، این حالت قانوناً منجر به سقوط حق نفقه اش می‌گردد. زیرا امور زوجیت شامل تمکین در استمتاع جنسی از طرف زوجه در مقابل فراهم نمودن نفقه نیز می‌باشد.<sup>۱۷۵</sup>

<sup>۱۷۱</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 104.

<sup>۱۷۲</sup> گلوبل رایتز، حقوق فامیل، کتاب دوم، صفحه ۳۰.

<sup>۱۷۳</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۲۸۷.

<sup>۱۷۴</sup> گلوبل رایتز، حقوق فامیل، کتاب دوم، صفحه ۳۰.

<sup>۱۷۵</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۲۸۶.

### ب) وجود مانعی برای انتقال زوجه به مسکن زوج

علاوه بر این در صورت موجودیت یک مانع برای انتقال زن به منزل شوهر بر حسب حکم بند سوم ماده ۱۲۲ قانون مدنی حق نفقه زن ساقط میشود. مانع باید متعلق به شخص زن باشد. زیرا شوهر طبق حکم ماده ۱۱۷ قانون مدنی مکلف به ادای نفقه باقی میماند، در صورتیکه زن نتواند بنا بر یک مانعی که از جانب شوهر بوجود آمده است، بمنزلش بیايد.

طبق حکم جمله اول فقره اول ماده ۱۱۷ قانون مدنی شوهر حتی آنگاه مکلف به ادای نفقه میباشد که زن در مسکن اقاربش رهایش داشته باشد. البته مطابق حکم جمله دوم فقره اول ماده ۱۱۷ قانون مدنی وجبیه شوهر از ادای نفقه ساقط میگردد، هرگاه زن بدون حق از رفتن به منزل شوهر امتناع ورزد. اینکه زن چه وقت میتواند از رفتن به مسکن شوهر امتناع نماید، در فقره دوم ماده ۱۱۷ قانون مدنی توضیح گردیده است. مطابق آن زن وقتی حق دارد از رفتن بمنزل شوهر خود داری کند که مسکن مناسب مطابق به احکام مواد ۱۱۵ و ۱۱۶ قانون مدنی از طرف شوهر تهیه نشده و یا مهر معجل وی تأدیه نگردیده باشد. از این نتیجه بدست می آید که زن حق نفقه خویش را هنگامی از دست میدهد که از رفتن به منزل مناسبی که از طرف شوهرش تهیه شده است، امتناع ورزد.

یک مانع برای انتقال زن به منزل شوهرش بطورمثال وقتی بوجود می آید که زن زندانی باشد. در صورتیکه زن بدون شوهر خود سفر نماید، آن مدتی که در مسکن شوهر خویش اقامت ندارد، شامل حکم بند سوم ماده ۱۲۲ قانون مدنی میشود و نفقه وی برای آن مدت ساقط میشود.<sup>۱۷۶</sup> هرگاه زن مریض بوده و در خانه پدر خود باشد و شوهر بخواهد وی را به منزل خود بیاورد و خطر صحتی در انتقال به مسکن شوهر متصور نباشد، در صورتیکه زن از رفتن به نزد شوهر امتناع ورزد، نفقه اش ساقط میگردد.<sup>۱۷۷</sup>

### گفتار پنجم: نفقه زوجه در سایر کشورهای اسلامی

در کویت ماده ۸۷ قانون احوال شخصیه پیشبینی مینماید که هرگاه زوجه بدون دلیل مؤجه از رفتن به منزل شوهر امتناع ورزد، حق نفقه اش از بین میرود. حالاتی که امتناع جایز زن را بار میآورند، ذیل توضیح میگردند:

۱- هرگاه مرد از اعتماد زن سوء استفاده کند.

۲- اگر زوج مهر معجل زوجه را نپردازد.

۳- در صورتیکه زوج شرایط مناسب رهایش را آماده نسازد.

علاوۀاً ماده ۸۹ قانون احوال شخصیه کویت حکم میکند که زن میتواند در خارج از منزل به یک کار مجاز مصروف گردد، مادامیکه این کار با مصلحت فامیلی سازگار باشد. همچنان زن اجازه دارد به معیت یکتن از اقارب نزدیک خود (یکی از محارم شرعی) برای ادای فریضه مذهبی به اماکن مقدسه مسافرت نماید، حتی در حالیکه شوهر موافق نباشد. وی در هنگام مسافرت مستحق نفقه میباشد (ماده ۹۱ قانون احوال شخصیه کویت).

<sup>176</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 107.

<sup>177</sup> Encyclopaedia of Islamic Law, Vol. 6, Law of Marriage and Divorce in Islam, 2006, 359.

ممالک اسلامی وجود دارند که آن‌ها برای زوجه ای که بدون رضایت شوهر کار مینماید،<sup>۱۷۸</sup> حق نفقه قایل میشوند. بطور مثال مطابق حقوق مصر زن تحت این شرط در برابر شوهرش دارای حق نفقه میباشد که کارش مخالف مصلحت فامیلی نبوده و او یک کار مشروع را انجام دهد، حتی اگر شوهر موافقه خویش را در این مورد ابراز نکرده باشد (ماده اول قانون شماره ۲۵ مورخ ۱۹۲۰/۷/۱۲ درباره نفقه و برخی مسایل احوال شخصیه که توسط قانون شماره ۱۸۵/۱۰۰ مورخ ۱۹۸۵/۷/۳ تعدیل و تکمیل گردیده است).<sup>۱۷۹</sup>

در تونس زن مکلف نیست تا از شوهر اطاعت نماید. به جای آن ماده ۲۳ قانون جدید احوال شخصیه تونس زن و شوهر را مکلف میسازد که با همدیگر در روابط نیکو زندگی نمایند.<sup>۱۸۰</sup> لذا زن میتواند در خارج از منزل بدون اجازه شوهر کار کند. باوجود این هم طبق ماده ۱۳۸ قانون احوال شخصیه تونس شوهر مکلف به ادای نفقه میباشد. ماده ۶۷ قانون احوال شخصیه اردن پیشبینی مینماید که زنی که بدون موافقه شوهرش خارج از منزل کار میکند، مستحق نفقه نمیشود. ولی محکمه استیناف اردن در یک فیصله خویش بر خلاف قانون تأیید نموده است که زن شاغل که خارج از منزل کار میکند، مستحق نفقه باقی میماند، صرف نظر از اینکه شوهر به کار خارج منزل زوجه موافقه داشته باشد و یا نه.<sup>۱۸۱</sup>

#### مبحث چهارم: وضعیت دارایی زوجین

##### گفتار اول: وضعیت دارایی زوجین مطابق حقوق افغانستان

وضعیت دارایی زوجین در قانون مدنی صریحاً تنظیم نشده است. ولی تمام مذاهب فقهی اسلامی اصل تفکیک دارایی زوجین را پذیرفته اند. توسط عقد ازدواج شراکت مالی بین زوجین بوجود نمی آید.<sup>۱۸۲</sup> شوهر و زن هرکدام مالک اموالی که هم قبل از ازدواج و هم در حین رابطه زوجیت بدست آورده اند، باقی میمانند. مطابق مذهب فقه حنفی زن میتواند در دارایی خویش آزادانه هر گونه تصرفی کند، بدون اینکه به اجازه یا رضایت شوهر ضرورت داشته باشد. او در اجرای امور اقتصادی و معاملاتی آزادی تام دارد، هرگاه واجد اهلیت حقوقی کامل باشد.<sup>۱۸۳</sup> از حقوق افغانستان برمیاید که قرار وضعیت مالی دیگری نیز در حین عقد ازدواج یا بعد از آن توسط زوجین موافقه شده میتواند، هر گاه این موافقه مخالف قانون و اهداف ازدواج قرار نگیرد. بطور مثال زوجین میتوانند در قرارداد ازدواج شراکت در دارایی خویش را تعیین نمایند.

<sup>178</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 106.

<sup>179</sup> قانون رقم ۲۵ لسنة ۱۹۲۰ المعدل بالقانون رقم ۱۰۰ لسنة ۱۹۸۵ والخاص باحكام النفقة و بعض مسائل الاحوال الشخصية، فی: قوانین الاحوال الشخصية، القاهرة ۲۰۰۲، ص ۱۱.

<sup>180</sup> تعديلات قانون در مورد احوال شخصیه مورخ ۱۲ جولای ۱۹۹۳. در این مورد ضمايم احكام ان نفاق فی ملکات الاحوال الشخصية، ۱۹۹۵، صفحه ۹۲.

<sup>181</sup> قرار محاکمات ایستیناف رقم ۱۸۹۰۰، به نقل مول هام صفحه ۱۰۱.

<sup>182</sup> Tilmann Nagel, Das Islamische Recht, 2001, 71.

<sup>183</sup> Mohammed Kadri Pasha, Mohammedan Personal Law, Hanafite Code, 1914, 52.

### گفتار دوم: وضعیت دارایی زوجین در سایر کشورهای اسلامی

سایر کشورهای اسلامی نیز به زوجین اجازه می‌دهند تا در قرارداد ازدواج به یک وضعیت مالی دیگر غیر از وضعیت مالی قانونی یعنی تفکیک اموال توافق نمایند.

در مدونه مراکش انتخاب شراکت در اموال توسط زوج و زوجه بمثابة وضعیت دارایی زوجین اجازه داده شده است. ماده ۴۹ مدونه حکم میکند که زوجین میتوانند در مورد استفاده و تقسیم اموالی که در حین رابطه زوجیت بدست آورده اند، به توافق برسند. این توافق در یک سند غیر از قرارداد ازدواج درج میگردد. حین عقد ازدواج قضات امور احوال شخصیه در باره امکان همچو یک توافق به عاقدین معلومات میدهند. در این توافق سهم عاقدین در اموالی که بعد از عقد ازدواج بدست می آید تثبیت میگردد.<sup>۱۸۴</sup> البته در صورت فقدان چنین توافقی در باره شراکت در اموال هرگاه یک نزاع مالی در آینده بوجود آید، این امکان وجود دارد که کارهایی را که زن و شوهر به خاطر انکشاف سرمایه فامیلی انجام داده اند، تلاش هایی را که بدان مبادرت ورزیده اند و مشقاتی را که تحمل نموده اند، در نظر گرفته شوند (فقره چهارم ماده ۴۹ مدونه). این حکم در رویه قضائی ناواضح پنداشته میشود. از این لحاظ برای قضات صلاحیت قضاوت وسیع اعطا میگردد.<sup>۱۸۵</sup> ولی از قرار معلوم در این مورد کدام فیصله قضائی وجود ندارد. در رهنمای عملی کود فامیلی، یکی از ابلاغیه های وزارت عدلیه در مورد مدونه تاکید میگردد که در حالت فقدان چنین یک توافق مالی و در صورت یک دعوی هر یک از زوجین باید ثابت سازد که چگونه در عاید مازاد طرف دیگر سهمیم بوده است. بناً وظیفه قاضی است تا غور نماید که چگونه کار و زحمات هر یک زوجین در تشکل عاید مازاد سهم گرفته است. علاوهً در ابلاغیه واضح شده است که کدام کار و زحمات زوجین معنی یک بخش اموال اکتسابی بعد از ازدواج را به دو نصف مساوی افاده نمیکند.<sup>۱۸۶</sup>

در چوکات ناول ۲۰۰۵ قانونگذار الجزایر برای زوجین امکان داده است که آنها در حین انعقاد عقد ازدواج یا بعد از عقد ازدواج در یک سند مصدقه رسمی به شراکت در اموالی که در حین رابطه زوجیت به دست می آورند و سهم مربوطه هر یک توافق نمایند (فقره دوم ماده ۳۷ قانون فامیل الجزایر).

### مبحث پنجم: حق میراث زوجین

حق میراث زوجین طبق حکم ماده ۹۰ قانون مدنی از جمله آثار ازدواج میباشد. با وجود این هم حق میراث زوجین در قدم اول موضوع ناشی از بخش حق میراث میباشد که قانون مدنی آن را در چوکات آثار ازدواج مفصلاً توضیح نکرده، بلکه قواعد درباره حق میراث زوجین در قواعد انتقال ملکیت به سبب وفات در ماده ۱۹۹۳ قانون مدنی و مواد مابعد آن شامل میباشد.

<sup>184</sup> Ministère de la justice marocain, Guide pratique du code de la famille, Rabat, 2005, 43.

<sup>185</sup> Foblets/Carlier, Le code marocain de la famille, 2005, 42.

<sup>186</sup> Ministère de la justice marocain, Guide pratique du code de la famille, Rabat, 2005, 4۴.

ماده ۲۰۰۱ قانون مدنی دو دلیل را بحیث اسباب بوجود آمدن میراث ذکر مینماید: زوجیت و قرابت. اساساً میراث به طریقه فرض و میراث به طریقه عصبوبت تقسیم میشود. وارثین فرض، وارثینی اند که یک بخش معین متروکه به آنها داده میشود (ماده ۲۰۰۴ قانون مدنی). ازاین وارثین در احکام صریح قرآن حکم بعمل آمده است.

صاحبان فرض به سبب درجه قرابت خود یا به دلیل یک ازدواج از متروکه یک سهم معینی حاصل مینمایند. آن ها حق دارند تا مقدم از سایر وارثین ارث خود را بعد از پرداخت مصارف دفن، قروض و وصایای مورث بدست آورند. پس از وضع حصه وارثین فرض یا در صورت نبودن صاحبان قرض، عصبه نسبی، باقیمانده متروکه و یا تمام آن را دریافت میدارند (ماده ۲۰۱۳ قانون مدنی). بنابراین صاحبان فرض گروپ اول و مهم وارثین میباشد.<sup>۱۸۷</sup>

ماده ۲۰۰۲ قانون مدنی حکم میکند که ارث به اساس زوجیت تنها به طریقه فرض ممکن میباشد. بنابراین زن یا شوهر در حالت فوت یکی از زوجین همیشه وارث فرض (صاحب فرض) میگردد. اندازه ارثیه زن و شوهر در ماده ۲۰۰۷ قانون مدنی مفصل تر تعیین گردیده است. مطابق فقره اول ماده ۲۰۰۷ قانون مدنی شوهر نصف میراث را در صورتی حاصل مینماید که زوجه متوفی اولاد و یا اولاد پسر نداشته باشد. هر گاه از زوجه متوفی اولاد و یا اولاد پسر موجود باشد، شوهر چهارم حصه میراث را بدست می آورد. به اساس فقره دوم ماده ۲۰۰۷ قانون مدنی زوجه چهارم حصه میراث را در حالتی دریافت میدارد که از زوج متوفی اولاد و یا اولاد پسر باقی نمانده باشد. در صورت موجودیت اولاد یا اولاد پسر، هشتم حصه میراث به زن میرسد. زوجه ای که مطلقه رجعی باشد، در صورتیکه شوهرش در ایام عدت او وفات نماید، به همین ترتیب مستحق حق میراث میباشد.

### فصل پنجم: انحلال ازدواج

عقد ازدواج به اساس حقوق افغانستان مطابق حکم ماده ۱۳۱ قانون مدنی توسط فسخ، طلاق، خلع یا تفریق منحل گردیده و در حین حیات زوجین ختم میشود. این چهار نوع مختلف انحلال ازدواج در مواد ۱۳۲-۱۹۷ قانون مدنی مفصل تر تنظیم شده که ذیلاً توضیح میگردد. پس از تشریحات درمورد حقوق افغانستان به صورت مختصر قواعد مربوطه هر موضوع در برخی از کشورهای اسلامی دیگر به طور مقایسوی تشریح میگردد.

#### مبحث اول: فسخ نکاح

##### گفتار اول: تعریف

ماده ۱۳۲ قانون مدنی فسخ را تعریف مینماید. طبق آن فسخ عبارت است از نقض عقد ازدواج به سبب وقوع خلل در حین عقد و یا بعد از آن به نحوی که مانع دوام ازدواج گردد. بنابراین انحلال ازدواج صرف آنگاه ممکن است که در هنگام عقد، ازدواج فاسد بوده یا بوسیله یک حالتی که بعد از عقد ازدواج به میان آمده است، فاسد گردیده باشد. فهرست این حالات در ماده ۱۳۳ قانون مدنی بیان شده است.

قانون مدنی در چوکات احکام آثار ازدواج، شامل قواعدی میباشد که مربوط به ازدواج فاسد میشود. البته یک ازدواجی که توسط ایجاب و قبول منعقد گردیده ولی شرایط آن تکمیل نگردیده باشد، طبق حکم ماده ۹۶ قانون

<sup>187</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 208.

مدنی فاسد بوده و احکام ازدواج بر آن مرتب نمیگردد. اما این امر صرف در صورتی که دخول صورت گرفته باشد، مدار اعتبار است. زیرا این چنین یک ازدواج مطابق حکم فقره ماده ۹۷ قانون مدنی قبل از دخول باطل میباشد. بعد از دخول در یک ازدواج فاسد بر حسب حکم فقره دوم ماده ۹۷ قانون مدنی مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه نیز بوجود می آیند. هرگاه یک ازدواج از ابتدا باطل باشد، به هیچ وجه آثار ازدواج صحیح را بار نمی آورد، حتی اگر دخول صورت گرفته باشد (ماده ۹۵ قانون مدنی).

### گفتار دوم: شرایط فسخ

برای اینکه یک ازدواج فسخ شده بتواند، باید به اساس گفتار فوق یک دلیل فسخ موجود باشد. یک دلیل فسخ آنگاه پذیرفته میشود که حین عقد ازدواج یک حالتی موجود بوده یا بعد از عقد ازدواج حالتی به میان آید که منجر به فساد ازدواج گردد.

### الف) وقوع خلل حین عقد ازدواج

فقره اول ماده ۱۳۳ قانون مدنی تثبیت مینماید که کدام خلل در حین عقد ازدواج موجب فسخ عقد ازدواج میگردد:

- ۱- فقدان یکی از شرایط صحت عقد.
  - ۲- موجودیت یک خلل روانی (زوال جنون یا عته).
  - ۳- تعیین مهر مسمی کمتر از اندازه مهر مثل زن.
- بند اول فقره اول ماده ۱۳۳ قانون مدنی بخصوص عدم توافق عاقدین حین عقد ازدواج، موجودیت حرمت موقتی یا دایمی و عدم رعایت سن معینه قانونی ازدواج حین عقد ازدواج (خصوصاً عقد ازدواج اطفال خردسال فاقد سن اهلیت ازدواج توسط اولیای قانونی شان) را در برمیگیرد، بنابراین، ازدواجی که قبل از رسیدن به سن معینه قانونی ازدواج منعقد میگردد، میتواند توسط تقاضای شخص از طرف محکمه فسخ گردد. البته طوریکه در بالا تذکر داده شد در این مورد ماده ۱۰۸ قانون اصول محاکمات مدنی قابل رعایت میباشد. این ماده حکم میکند که اقامه دعوی فسخ نکاح منکوحه به علت عدم تکمیل اهلیت ازدواج در هنگام عقد بعد از تکمیل هفده سالگی جواز ندارد. هرگاه زن به سن هفده رسیده باشد، رضایت وی در مورد عقد ازدواج، قانونی پنداشته میشود.
- تحت بند دوم فقره اول ماده ۱۳۳ قانون مدنی حالات فقدان و همچنین نقص اهلیت حقوقی به سبب یک مریضی یا اختلال روحی تنظیم گردیده است.
- هرگاه مقدار مهر از اندازه مهر مثل کمتر تعیین گردیده باشد، این حالت خللی در عقد ازدواج پنداشته شده و امکان فسخ عقد ازدواج را بوجود می آورد. این امر در بند سوم فقره اول ماده ۱۳۳ قانون مدنی صریحاً تثبیت شده، گرچه تعیین مهر شرط صحت عقد ازدواج تلقی نمیگردد.

### ب) بوجود آمدن خلل بعد از عقد ازدواج

فقره دوم ماده ۱۳۳ قانون مدنی خلل بعد از عقد را تذکر میدهد که مانع دوام ازدواج بوده و فسخ ازدواج را مجاز میسازد:

- ۱- حرمت مصاهره.

## ۲- لعان.

۳- امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان شدن در صورتیکه زوج او مسلمان شده باشد.

حرمت مصاهره در زمره موانع دائمی ازدواج شامل بوده و در ماده ۸۲ قانون مدنی تنظیم گردیده است. طبق آن ازدواج شخص با زوجه اصول و زوجه فروغش به طور دایم حرام است. همچنان ازدواج شخص با اصول زنش مطلقاً و با فروغ زنش در صورت دخول به طور دایم حرام می‌باشد. علاوه بر این، ماده ۹۴ قانون مدنی حکم مینماید که هرگاه در یک نکاح غیر صحیح بین زوج و زوجه قبل از دخول و مقدمات آن تفریق<sup>۱۸۸</sup> صورت گیرد، موجب حرمت مصاهره نمیگردد. بنابراین، هرگاه بعد از عقد ازدواج معلوم گردد که حرمت مصاهره دائمی بین زوجین وجود دارد، این حالت طبق جزء الف) فقره دوم ماده ۱۳۳ قانون مدنی یک خلل بعد از عقد ازدواج پنداشته میشود که موجب فسخ عقد ازدواج می‌باشد.

لعان در قانون مدنی ۱۹۷۷ مفصلاً تعریف نشده است. ولی در قانون مدنی در جزء ب) فقره دوم ماده ۱۳۳ لعان به عنوان خلل بعد از عقد که مانع دوام ازدواج میگردد، شناخته شده است. طبق اساسات فقه حنفی لعان وقتی به وجود می آید که شوهر زن خود را به زناکاری متهم سازد یا طفل متولد شده را از آن خویش شناسد و بوسیله ادای سوگند در محکمه این اتهام را ثابت نماید.<sup>۱۸۹</sup> هرگاه شوهر زن خود را به ارتکاب زنا متهم نماید و چهار شاهد برای تصدیق اتهام وجود نداشته باشد، لعان آنگاه نتیجه میدهد که شوهر با اطمینان بداند که زنش مرتکب زنا شده است. این امر وقتی بوجود می آید که وی زنش را در حالت زنا دیده باشد یا زن بدان اعتراف نماید. در حالیکه شوهر، طفل تولد شده را از آن خود شناسد، لعان آنگاه پذیرفته میشود که دخول صورت نگرفته باشد و یا طفل کمتر از شش ماه بعد از دخول تولد گردیده باشد.<sup>۱۹۰</sup>

در صورتیکه شوهر به دین اسلام مشرف گردد و زنش که نه عیسوی و نه یهود است، از قبول دین اسلام امتناع ورزد، امکان آن وجود دارد که ازدواج ایشان طبق جزء ج) فقره دوم ماده ۱۳۳ قانون مدنی فسخ گردد. این امر از حالتی نشأت میکند که عقد ازدواج میان یک مرد مسلمان و یک زن غیر کتابی ازدواج باطل می‌باشد.

## گفتار سوم: اقدام فسخ

فسخ ازدواج مطابق حکم فقره اول ماده ۱۳۴ قانون مدنی به حکم قطعی محکمه با صلاحیت صورت میگیرد. البته بر حسب حکم فقره دوم ماده ۱۳۴ قانون مدنی در صورت بروز یک خلل بعدی مندرج در فقره دوم ماده ۱۳۳ قانون مدنی فسخ ازدواج در صورت توافق زوجین بدون حکم محکمه نیز جواز دارد. بنابراین، برای فسخ عقد ازدواجی که در آن حین عقد یک خلل مندرج فقره اول ماده ۱۳۳ قانون مدنی موجود باشد، حکم محکمه ضروری است. برعکس یک خللی که بعداً بروز نموده است، بدون حکم محکمه نیز فسخ شده میتواند. البته در صورت عدم توافق زوجین، فسخ عقد ازدواج در حالت بروز یک خلل بعدی بوسیله محکمه صورت میگیرد.

<sup>۱۸۸</sup> منظور از تفریق در ماده ۹۴ قانون مدنی فسخ توسط محکمه می‌باشد.

<sup>۱۸۹</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۹۱.

<sup>۱۹۰</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۹۲.

## مبحث دوم: طلاق

### گفتار اول: تعریف

طلاق در حقوق افغانستان طبق حکم فقره اول ماده ۱۳۵ قانون مدنی عبارت است از انحلال رابطه زوجیت صحیحه در حال یا آینده، بین زوج و زوجه، به الفاظی که وقوع طلاق صراحتاً از آن افاده شده بتواند. اساساً طلاق حق شوهر است که تحت شرایط معین به ازدواج خاتمه دهد.<sup>۱۹۱</sup> البته زوجه نیز حق طلاق را در زمانی دارا می‌باشد که شوهر صلاحیت طلاق را بوی تفویض کرده باشد (ماده ۱۴۲ قانون مدنی). بنابراین، طلاق وقتی از طرف زن مورد استفاده قرار می‌گیرد که زن در قرارداد ازدواج این حق را برای خود شرط گذاشته و یا شوهر بعد از عقد ازدواج در این مورد به وی صلاحیت داده باشد.

به اساس حقوق افغانستان طلاق بوسیله شوهر به دلایل خاص و همکاری محکمه ضرورت ندارد. این امر از فقره دوم ماده ۱۳۵ قانون مدنی منتج می‌شود که بر حسب آن طلاق از جانب شوهر یا محکمه با صلاحیت به درخواست زن مطابق به احکام قانون مدنی صادر می‌گردد. البته در این ماده مشخص نشده است که آیا تقدیم یک درخواست به محکمه در مورد طلاق حتی آن زمان لازم می‌باشد که حق طلاق از طرف شوهر به زن تفویض گردیده و یا فقط در مورد تفریق قضایی اجرا می‌شود. بنابر ساختار قانون مدنی این حکم در زیر عنوان طلاق درج گردیده است. به نظر می‌رسد که منظور قانونگذار در فقره دوم ماده ۱۳۵ قانون مدنی این بوده است که زن در حالت تفویض صلاحیت طلاق به وی باید تقاضای طلاق را به محکمه تسلیم نماید و طلاق به حکم محکمه با صلاحیت صادر می‌گردد.

### گفتار دوم: شرایط طلاق صحیح

#### الف) عقد ازدواج صحیح

انحلال ازدواج به وسیله طلاق قبل از همه مستلزم آن است که یک نکاح صحیح منعقد گردیده باشد. در صورتیکه نکاح به صورت صحیح عقد نگردیده باشد، طلاق برای اختتام ازدواج مناسب نبوده، بلکه عقد ازدواج فسخ می‌گردد.<sup>۱۹۲</sup>

#### ب) شرایط در شخص زوج

طبق حکم ماده ۱۳۷ قانون مدنی شوهر وقتی می‌تواند زوجه خود را طلاق دهد که عاقل و بالغ باشد. البته صدور طلاق بر حسب حکم ماده ۱۳۷ قانون مدنی حتی آنوقت مدار اعتبار است که شوهر سفیه<sup>۱۹۳</sup> یا مریض غیر مختل العقل باشد. علاوه بر این ماده ۱۴۰ قانون مدنی حکم می‌کند که زوجه شخص قاصر از جانب زوج یا پدر زوج طلاق شده نمی‌تواند. البته واژه قاصر در قانون تعریف نشده است. از جمع ماده ۱۳۷ و ماده ۱۴۰ قانون مدنی به نظر می‌رسد که منظور ماده ۱۴۰ قانون مدنی از شخص قاصر یک شخص فاقد اهلیت می‌باشد. به این معنی که زن یک شوهر فاقد اهلیت، از طرف وی یا پدرش بدون اجازه محکمه طلاق شده نمیتواند.

<sup>191</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 115.

<sup>192</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 107.

<sup>193</sup> راجع به مفهوم واژه سفیه متن فوق ملاحظه گردد.

حالات دیگری که شوهر به اثر یک وضعیت در شخص خویش نمیتواند طلاق صحیح صادر نماید، در مواد ۱۳۸ و ۱۴۱ قانون مدنی توضیح گردیده اند. طبق حکم ماده ۱۳۸ قانون مدنی طلاق در حالت سکر واقع نمی گردد. پس، شخصی که در حالت مستی کلماتی را در باب طلاق به زبان میاورد، طلاق او به سبب عدم موجودیت قصد و اراده واقع نمیشود.<sup>۱۹۴</sup>

شش دلیل دیگری که برای عدم صحت طلاق در شخص شوهر موجود بوده میتواند، در ماده ۱۴۱ قانون مدنی ذکر گردیده اند. طبق آن طلاق بوسیله اشخاص ذیل بی اعتبار میباشد:

- ۱- شخص مجنون، مگر در صورتیکه طلاق را قبل از جنون به شرطی معلق ساخته و شرط در حال جنون موجود شود. طلاق مجنون صحیح و درست نیست، زیرا طلاق تصرف ارادی است و محتاج ادراک و عقل میباشد.
- ۲- شخص معتوه، زیرا او طبق ماده ۴۰ قانون مدنی شخص غیر ممیزی میباشد که فاقد اهلیت حقوقی است.
- ۳- شخص مکره، زیرا او فاقد قصد است و صرف در اثر اکراه، زوجه اش را طلاق میدهد.
- ۴- شخص نایم، زیرا او نیز فاقد قصد و اراده است.
- ۵- شخصی که عقلش به علت زیادت سن و یا مرض مختل گردیده باشد.
- ۶- شخص مدهوش که قوه ممیزه اش را به علت غضب یا عوامل دیگری از دست داده و قولش را درک نکند. مطابق این حکم طلاق شخصی که در اثر خشم، حزن، غضب و بی هوشی واقع گردیده باشد، صحیح و درست نیست.<sup>۱۹۵</sup>

بنابراین هرگاه طلاق توسط شوهر صورت گیرد و یکی از حالات فوق الذکر وجود داشته باشد، طلاق کدام اثر حقوقی بار نمی آورد. اصولاً برای تحقق طلاق قصد، رضایت، اراده و اهلیت زوج ضروری میباشد.

#### پ) شرایط در شخص زوجه

یک زن طبق حکم ماده ۱۳۶ قانون مدنی صرف وقتی توسط شوهرش طلاق شده میتواند که در یک نکاح صحیح یا در عدت طلاق رجعی قرارداده باشد. بنابراین، هرگاه یک ازدواج غیر صحیح انعقاد یافته باشد، زن طلاق شده نمی تواند. در این موارد انحلال ازدواج توسط فسخ صورت میگیرد. برای اینکه طلاق صحیح واقع شده بتواند، قانون مدنی لازم نمیداند که زن دارای اهلیت باشد. یک زن فاقد و یا ناقص اهلیت نیز توسط شوهر طلاق شده میتواند.<sup>۱۹۶</sup> یک زنی که در زمان عدت بعد از طلاق رجعی قرارداده باشد، بار دیگر توسط شوهرش طلاق شده میتواند، زیرا وی هنوز قانوناً تا انقضای ایام عدت به حیث زوجه اش محسوب گردیده و شوهر میتواند الی سپری شدن ایام عدت به وی رجوع نماید. قواعد مربوط به طلاق رجعی و طلاق باین و ایام عدت ذیلاً به تفصیل بیان میگردند. هرگاه یک زن در مدت عدت بعد از یک طلاق باین قرارداده باشد، یک طلاق دیگر ممکن نیست.

<sup>۱۹۴</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۳۸۱، ۳۸۲.

<sup>۱۹۵</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۳۸۳.

<sup>۱۹۶</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۳۸۹.

### ت) صیغه طلاق

شوهر میتواند مطابق حکم فقره اول ماده ۱۳۹ قانون مدنی زنش را به صورت شفاهی یا تحریری طلاق دهد. هرگاه شوهر فاقد این دو وسیله (کر یا گنگ) باشد، طلاق به اشارات معموله ای که صراحتاً معنی طلاق را افاده نماید، صورت گرفته میتواند. علاوه بر این، فقره دوم ماده ۱۳۹ قانون مدنی حکم میکند که طلاق به الفاظ صریحی که در عرف معنی طلاق را افاده کند، بدون نیت واقع شده میتواند. بنابراین هرگاه شوهر نخواهد جداً زن خود را طلاق دهد، اما اصطلاحاتی را بکارگیرد که قاعدتاً معنی طلاق را افاده نماید، طلاق صورت میگیرد.

طلاق میتواند هم اثر فوری بار آورد (طلاق مُنَجَز) و هم میتواند که برای زمان آینده (طلاق مَضاف) بیان گردد. این امر در ماده ۱۳۵ قانون مدنی صریحاً تنظیم گردیده است. علاوه بر این مذاهب فقهی سنی طلاق مشروط یا معلق را برسمیت میشناهند. هرگاه شوهر طلاق را به حدوث یک واقعه ای در آینده مربوط سازد، طلاق مشروط مورد بحث میشود.<sup>۱۹۷</sup>

البته شرط طلاق مشروط این است که وقوع شرط آینده غیر معین بوده، ولی ممکن باشد.<sup>۱۹۸</sup>

### ث) وکالت در طلاق

شوهر میتواند طبق حکم ماده ۱۴۲ قانون مدنی زن خود را توسط یک وکیل قانونی طلاق دهد. وکالت در طلاق مانند وکالت در سایر امور است. بنابراین احکام عمومی وکالت مندرج ماده ۵۳۴ قانون مدنی و مواد مابعد و ماده ۱۵۵۴ و مواد بعدی آن در این مورد قابل رعایت اند.

البته شوهر میتواند به زنش نیز تفویض صلاحیت نماید تا خودش طلاق را انجام دهد. شوهر نمیتواند بعد از تفویض صلاحیت طلاق به زن از آن رجوع نماید، مگر این که زن صلاحیت مفوضه را قبول نکرده باشد (ماده ۱۴۳ قانون مدنی). تفویض صلاحیت طلاق به زوجه ممکن است مطلق باشد، یعنی زمان و مکان خاصی برای طلاق شرط نشده باشد و محکمه با صلاحیت به درخواست زوجه در هر مکان و هر زمان که وی میخواهد، طلاق را صادر کند. همچنین ممکن است که تفویض صلاحیت طلاق به زوجه مقید باشد، به این معنی که زمان و مکان خاصی برای طلاق معین گردیده باشد.<sup>۱۹۹</sup> مثلاً طبق ماده ۸۸ قانون مدنی زن میتواند شرط گذارد که اگر زوج وی به زن دیگر ازدواج کند، صلاحیت طلاق به او انتقال داده میشود.

<sup>۱۹۷</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 109.

<sup>۱۹۸</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۱۶. اهل تشیع برعکس مذاهب فقهی اهل تسنن صرف طلاق غیر مشروط را برسمیت میشناسند. طلاق فقط آنگاه تحت یک شرط بیان شده میتواند که حدوث یا موجودیت شرط ثابت باشد.

<sup>۱۹۹</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۲۲.

### ج) حضور شهود

در حقوق افغانستان حضور شهود حین اظهار طلاق از جانب شوهر شرط صحت طلاق نمی باشد.<sup>۲۰۰</sup> مشکلات وقتی بمیان می آید که در یک دعوی حقوقی ناشی از طلاق زن باید ثابت سازد که از طرف شوهرش طلاق گردیده، ولی شوهر حالا از آن انکار مینماید.<sup>۲۰۱</sup> به علاوه طبق فقه حنفی حتی حضور زن حین اظهار طلاق ضرور نمیشد. ولی از طلاق باید به او اطلاع داده شود. طلاق تحریری وقتی صحیح میگردد که برای زن تسلیم داده شود.<sup>۲۰۲</sup>

### گفتار سوم: اقسام طلاق

حقوق افغانستان طلاق را به طلاق رجعی و باین تقسیم مینماید. طلاق باین نیز به طلاق باین کبرا و طلاق باین صغرا تقسیم میشود. شرایط طلاق رجعی و باین در حقوق فامیل افغانستان ذیلاً به تفصیل بیان میگردد:

### الف) طلاق رجعی

طبق ماده ۱۴۶ قانون مدنی طلاق اساساً رجعی میباشد. طلاق رجعی عبارت از طلاقی است که شوهر حق تجدید نظر و بازگردانیدن زوجه اش را قبل از انقضای عدت بدون نیاز به عقد جدید اعم از اینکه زوجه رضایت داشته باشد یا خیر، دارد.<sup>۲۰۳</sup> پس، طلاق رجعی آنگاه موجب انحلال ازدواج میگردد که زمان عدت سپری شود.<sup>۲۰۴</sup> مطابق حکم ماده ۱۵۱ قانون مدنی عدت عبارت از اختتام عادت ماهوار سوم زن میباشد. در زمان عدت، شوهر میتواند هر وقت که خواسته باشد با برقراری مجدد رابطه زوجیت به صورت صریح یا ضمنی به زوجه اش رجوع نماید.<sup>۲۰۵</sup> با مراجعت شوهر به زن در مدت سپری نمودن عدت در طلاق رجعی ضرورت تجدید عقد ازدواج یا پرداخت یک مهر دیگر بوجود نمی آید. آنطور که گفته شد، رضایت زن شرط صحت حق رجوع زوج در طلاق رجعی نمیشد. هرگاه مدت عدت بدون آنکه شوهر به زن رجوع نماید، سپری گردد، طبق ماده ۱۵۱ قانون مدنی رابطه زوجیت قطع و حق رجوع شوهر ساقط میگردد و بنا براین ازدواج منحل میشود.

مطابق حکم ماده ۱۴۴ زوج در برابر زوجه حق سه بار طلاق را دارد. ماده ۱۴۴ ق. م. ا دراین باره تصریح می نماید که: «زوج در برابر زوجه صلاحیت سه طلاق را دارد». ولی، طلاق رجعی موجب کاهش تعداد شمار این طلاق ها می گردد. بنابراین، هرگاه طلاق رجعی توسط زوج برای بار اول صورت پذیرد، وی حق دوبار طلاق دیگر را خواهد داشت: یعنی؛ دو طلاق دیگر برای او باقی خواهد بود. بنابراین، در صورتی که بعد از رجوع برای بار دوم زوجه اش را طلاق رجعی بدهد، یک طلاق دیگر برای او باقی خواهد ماند و بعد از آن این کاهش عدد را از بین

<sup>۲۰۰</sup> مطابق تمام مذاهب فقهی اهل سنت حضور شهود در طلاق توسط شوهر لازم نمیشد. برعکس آن طبق اساسات حقوقی اهل تشیع حضور دو شاهد مذکر عادل ضروری میباشد. برحسب آن حقوق ایران متکی به اساسات فقه تشیع در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی ایران حضور حد اقل دو شاهد مذکر عادل را در طلاق مطالبه مینماید.

<sup>۲۰۱</sup> Kamali, Law in Afghanistan (1985), 78 .

<sup>۲۰۲</sup> Kamali, Law in Afghanistan (1985), 167.

<sup>۲۰۳</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۳۹۸.

<sup>۲۰۴</sup> در مورد عدت مطالب بعدی ملاحظه گردند.

<sup>۲۰۵</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 120.

نخواهد برد. بعنوان مثال، هرگاه شوهر زوجه اش را برای بار دوم طلاق رجعی بدهد و بوی مراجعت ننماید و زوجه بعد از پایان عدت با شخص دیگری ازدواج نماید و سپس از او طلاق بگیرد و دوباره با شوهر قبلی خویش ازدواج نماید، این کاهش تعداد شمار طلاق به حالت خود باقی خواهد بود.

طبق ق. م طلاق مقترن به عدد خواه به الفاظ یا اشاره صورت گرفته باشد، برحسب حکم ماده ۱۴۵ قانون مدنی یک طلاق شناخته میشود. بنابراین، هرگاه طلاق ثلاثه میان زن و شوهر صورت بگیرد اعم از اینکه سه بار صورت بگیرد: یعنی؛ شوهر، زوجه اش را باربار الی سه مرتبه طلاق بدهد و یا به لفظ و یا شاره واحد خطاب به زوجه اش بگوید: «تو مُطَلَّقه ثلاثه هستی!» یا شوهر خطابه به زوجه اش بگوید: «تو را طلاق دادم!» و به سه انگشتانش اشاره نماید و یا سه بار زوجه اش را مکرراً در مجلس واحد طلاق بدهد مانند اینکه به زوجه اش بگوید: «تو را طلاق دادم! تو را طلاق دادم! تو را طلاق دادم! تو را طلاق دادم!». در همه این موارد طبق قانون مدنی طلاق رجعی صورت می گیرد.

اما، طبق قانون مدنی طلاق سوم، طلاق رجعی نمیشود. بند اول ماده ۱۴۶ قانون مدنی حکم میکند که طلاق سوم طلاق باین پنداشته میشود.

آثار ازدواج و صلاحیت شوهر با طلاق رجعی اول و دوم از بین نمیروند، بلکه به اساس حکم ماده ۱۴۹ قانون مدنی الی سپری شدن زمان عدت طلاق اول و دوم باقی میمانند.

مطابق حکم جمله اول ماده ۱۵۰ قانون مدنی جایز نیست که رجوع به زوجه در طلاق رجعی به یک زمان آینده تعلیق یا تحت یک شرط قرار داده شود. حضور شهود در صحت رجوع طبق حکم جمله دوم ماده ۱۵۰ قانون مدنی لازم نیست.

### ب) طلاق باین

حالات طلاق باین در ماده ۱۴۶ قانون مدنی توضیح گردیده اند. طبق آن طلاق در چهار حالت بحیث طلاق باین پنداشته میشود:

۱- طلاق سوم.

۲- طلاق قبل از دخول.

۳- طلاق به عوض.<sup>۲۰۶</sup>

۴- طلاقی که در قانون مدنی باین خوانده شده است.

بوسیله طلاق باین ازدواج فوراً منحل گردیده و تمام آثار آن به استثنای زمان عدت از بین میروند. هرگاه پرداخت مهر کلاً یا قسماً به زمان طلاق موکول شده باشد، باید مهر در طلاق باین فوراً پرداخته شود.<sup>۲۰۷</sup>

برعلاوه در یک طلاق باین حق میراث زوجین از بین میرود، مگر اینکه شوهر حین مرض موت زن خود را طلاق باین داده باشد. در این حالت طلاق باین مانع حق ارث زن شده نمیتواند، هرگاه مرگ شوهر در زمان عدت زن اتفاق بیافتد. البته این امر فقط آنگاه مدار اعتبار است که مطلقه از زمان طلاق الی زمان مرگ شوهر از حق ارث خود به سبب دیگری محروم نشده باشد ( ماده ۱۵۵ قانون مدنی).

<sup>۲۰۶</sup> در این مورد به مسائل بعدی مراجعه شود.

<sup>۲۰۷</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۰۵.

علاوه براین قانون بین طلاق باین صغرا و طلاق باین کبرا فرق قایل میشود.

### ۱) طلاق باین صغرا

به اساس حکم ماده ۱۴۸ قانون مدنی طلاق باین صغرا عبارت است از هر نوع طلاق زوجه قبل از دخول و همچنین یک یا دو طلاق رجعی که در آن رجوع صورت نگرفته باشد. همچنین طلاق به عوض در بدل مالی که زوجه آنرا برای زوج می پردازد که در اصطلاح حقوقی طلاق خلع خوانده می شود، در حکم طلاق باین صغرا میباشد.<sup>۲۰۸</sup> با طلاق باین صغرا بر حسب حکم ماده ۱۵۲ قانون مدنی عقد ازدواج منحل گردیده و آثار مرتب بر آن از بین میرود. صلاحیت شوهر و جمیع روابط زوجیت به استثنای عدت، به مجرد وقوع طلاق باین صغرا ساقط میگردد. فقره اول ماده ۱۵۳ قانون مدنی حکم مینماید که طلاق باین صغرا موجب حرمت ازدواج مطلقه با شوهرش نمی گردد. طبق حکم فقره دوم این ماده شوهر میتواند با مطلقه باین صغرا در حین عدت و یا بعد از آن مجدداً ازدواج نماید، مشروط بر اینکه این ازدواج به رضای زن و به عقد و مهر جدید صورت بگیرد (هرگاه مهر تعیین نشده باشد، مهر مثل مدار اعتبار میگردد).

### ۲) طلاق باین کبرا

طلاق باین کبرا طلاقی است که در آن شوهر زنش را برای بار سوم طلاق دهد.<sup>۲۰۹</sup> در این حالت یک حرمت مؤقت ازدواج بوجود می آید.<sup>۲۱۰</sup> شوهر میتواند با زن مطلقه ثلاثه سابقه خویش صرف در صورتی مجدداً ازدواج نماید که زن با یک مرد دیگر ازدواج کرده و بعد از دخول ازدواج دومی طلاق گردیده یا شوهر دومی اش بمیرد. بعد از سپری شدن ایام عدت، شوهر اولی میتواند با زن سابق خویش مجدداً ازدواج کند (ماده ۱۴۷ قانون مدنی).

هرگاه مطلقه با شخص دیگری ازدواج نموده و پس از دخول طلاق گردد، طبق حکم ماده ۱۵۴ قانون مدنی میتواند با شوهر اول مجدداً (پس از سپری نمودن زمان عدت) ازدواج نماید. در این صورت طلاق های قبلی از اعتبار ساقط گردیده و شوهر مجدداً صلاحیت سه طلاق را کسب میکند.

### گفتار چهارم: ثبت طلاق

قانون مدنی در باره ثبت طلاق حکمی ندارد. اما، مطابق مطابق ماده ۱ فرمان شماره ۷۷ مؤرخ ۱۳۶۵/۴/۱۰ ببرک کارمل در مورد ایزاد و تکمیل قانون مدنی، منتشره جریده رسمی شماره ۶۱۵ مؤرخ ۱۳۶۵/۶/۱۵: «(۱) مراتب ثبت طلاق به حضور زوجین یا وکلای آنها صورت می گیرد؛ و (۲) هرگاه حضور زوجه متعذر باشد و یا از حضور امتناع ورزد وثیقه انحلال زوجیت به اداره محل اقامت و یا یکی از اقارب نزدیک او ارسال می شود». از مفاد ماده مزبور به خوبی استنباط می گردد که ثبت طلاق در حضور طرفین و یا وکلای آنها صورت می پذیرد و ثبت محکمه ذیصلاح

<sup>۲۰۸</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۱۱.

<sup>۲۰۹</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 121.

<sup>۲۱۰</sup> راجع به موانع مؤقت ازدواج در طلاق ثلاثه متن بالا ملاحظه گردد.

گردیده و از طریق اداره ثبت اسناد و ثایق به اداره ثبت احوال نفوس ارسال می گردد ( مواد ۵۰ و ۵۰ قانون ثبت احوال نفوس).

### گفتار پنجم: طلاق در سایر کشور های اسلامی

#### الف) درخواست طلاق از محکمه

در اکثر کشور های اسلامی حق طلاق بمتابه حق یکطرفه شوهر که به ازدواج خاتمه دهد، برسمیت شناخته شده است. اجرای حق طلاق توسط شوهر بدون اظهار دلیل و بدون همکاری محکمه مشکلات بیشماری را در بر دارد. بنابر آن از طرف برخی قانون گذاران اسلامی مبارزه صورت میگیرد تا یک طلاق صرف نظر از اینکه آنرا شوهر بخواهد و یا زن، صرف از طریق فیصله محکمه امکان پذیر باشد. کشورهای اسلامی دیگر برای یک طلاق توسط شوهر ضرورت همکاری محکمه را نمی بینند. در عین حال یک تمایل رو به افزایش در کشورهای اسلامی به ملاحظه میرسد که حق طلاق شوهر محدود گردانیده شود. به طوریکه طلاق توسط شوهر خارج از محکمه اثری بار نیاورده و مجاز نباشد. در تونس تنها طلاق از طریق محکمه با حق تقاضای مساوی زوجین ممکن میباشد (مواد ۲۹-۳۱ قانون احوال شخصیه تونس).

در الجزایر طبق حکم ماده ۴۹ قانون فامیل و در عراق مطابق حکم فقرات اول و دوم ماده ۳۹ قانون احوال شخصیه اساساً باید برای طلاق قانونی یک حکم قضائی صادر یابد. این حکم به حیث تصدیق قضائی مدار اعتبار میباشد. بدون این، حکم طلاق فاقد اعتبار است. همچنین در سوریه مطابق حکم فقره دوم ماده ۸۵ و ماده ۸۸ قانون احوال شخصیه یک حکم قضائی برای طلاق قانونی ضروری میباشد. مطابق حقوق مراکش نیز شوهر برحسب حکم ماده ۷۹ مدونه به اذن محکمه ضرورت دارد، تا طلاق را انجام داده بتواند.

در ایران از سال ۱۹۶۷ به این طرف طلاق صرف به اجازه محکمه صورت گرفته میتواند، صرف نظر از اینکه از طرف مرد و یا از طرف زن تقاضا گردد.<sup>۲۱۱</sup> بعد از انقلاب ۱۹۷۹ این اصل در قانون محاکم مدنی خاص<sup>۲۱۲</sup> درج گردیده است. بنابر تعدیل ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایران مورخ ۱۳۸۱/۸/۱۹ شمسی معادل ۲۰۰۲/۱۱/۱۰ میلادی اکنون در قانون مدنی ایران نیز تذکر یافته است که طلاق توسط شوهر با رعایت شرایط قانونی از محکمه تقاضا شده میتواند.

#### ب) ثبت طلاق

در بسیاری از کشور های اسلامی ثبت طلاق یک وجیهه میباشد. قواعد برخی از کشورهای اسلامی در مورد ثبت طلاق ذیلاً به صورت مفصل توضیح میگردد:

<sup>۲۱۱</sup> اجازه محکمه که یک گواهی عدم امکان سازش پنداشته میشود، باید حین صیغه و ثبت طلاق به مسئول اداره ثبت ازدواج و طلاق تقدیم گردد. در این مورد مباحثات کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، جلد اول، نکاح و طلاق صفحه ۳۰۰ و صفحات بعدی ملاحظه شوند.

<sup>۲۱۲</sup> لایحه قانونی تشکیل دادگاه های مدنی خاص، روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۸۸، مورخ ۱۹۷۷/۱۳/۵۸ (۱۹۷۹/۱۱/۱۰).

در مصر ماده ۲۱ قانون اجراءات قضائی متذکر میشود که طلاق صرف بوسیله یک تصدیق تحریری مستند ثابت شده میتواند. تصدیق طلاق توسط اشخاصی صورت میگیرد که آنها از طرف دولت به وظایف ترتیب اسناد در مورد عقد ازدواج و طلاق گماشته شده اند. برعلاوه تصدیق کننده باید زوجین را از عواقب طلاق مطلع ساخته و از هر کدام آنها بخواهد که یک نفر میانجی از فامیل های خویش به منظور آشتی دادن شان معرفی نمایند. هرگاه زوجین به اثر فوری طلاق پافشاری کنند یا هر دو قبول نمایند که طلاق صورت گیرد و یا هرگاه شوهر تایید کند که طلاق صادر گردیده است، تصدیق طلاق بعد از تایید تحریری آن عملی میگردد. مطابق حکم ماده ۵ فرمان تقنینی شماره ۲۵ مصر باید تصدیق طلاق در ظرف ۳۰ روز بعد از حکم طلاق از طرف قاضی و ثایق ذیصلاح صورت گیرد.

تمام مقررات فوق الذکر هنگامی نیز تطبیق میگردد که طلاق از طرف زن مطالبه شده و وی صلاحیت طلاق را در قرارداد ازدواج برای خود شرط گذاشته باشد.

تصدیق دهنده باید تمام اقدامات به عمل آمده را با تاریخ انجام آنها در فورمه ای که به این منظور در نظر گرفته شده است، درج نماید (ماده ۲۱ قانون اجراءات قضائی مصر). طلاق صرف آنگاه بالای حقوق زوجین تاثیر وارد مینماید که شوهر شخصاً در هنگام تصدیق حاضر بوده یا یک وکیل که از طرف وی تعیین شده است، موجود باشد. هرگاه شوهر طلاق را از زن پنهان نموده باشد، آثار طلاق بالای حق میراث و وجایب حقوق مالی صرف از تاریخی که زن از طلاق اطلاع حاصل نموده است، تطبیق میگردد (ماده ۵ فرمان تقنینی شماره ۲۵ مصر). ماده ۲۳ فرمان تقنینی شماره ۲۵ مصر تخطی از وجبیه تصدیق طلاق را قابل مجازات میداند.<sup>۲۱۳</sup>

همچنان رجعت از طلاق باید بصورت رسمی تصدیق گردد. مطابق آن ماده ۲۲ قانون اجراءات قضائی مصر حکم میکند که در کنار حق زن برای اثبات رجوع توسط شوهر با تمام وسایل ممکنه برای اثبات، ادعای رجعت توسط شوهر در دعوی قضائی صرف آنگاه ثابت میشود که شوهر رجوع خویش به زوجه اش را در یک سند رسمی قبل از سپری شدن یک مهلت ۶۰ روزه در مقابل زنی که دارای عادت ماهوار میباشد (بعد از عادت ماهوار اول) و در حالات دیگر بعد از یک مهلت ۹۰ روزه بر طبق ماه های معینه عدت بعد از تاریخ طلاق رسمی درج کرده باشد. این امر در مورد زنان حامله و زنانیکه اظهار نمایند که رجوع شوهر قبل از تکمیل عدت برای شان اطلاع داده شده است، مدار اعتبار نمیشد. منظور از این قاعده اجتناب از عدم مصونیت های گوناگونی میباشد که در حالات رجعت به صورت ضمنی بوجود می آید. بدینگونه شوهر تا اندازه ای مجبور میشود تا در این مورد روابط را واضح نماید.

در اردن شوهر مکلف است که طلاق زن خود را در ظرف ۱۵ روز در محکمه شرعی ثبت نماید. هرگاه طلاق در غیاب زن صورت گرفته باشد، محکمه مجبور است که ثبت طلاق را در ظرف یک هفته به زن تسلیم دهد. هرگاه شوهر مکلفیت ثبت طلاق را انجام ندهد، مجازات میگردد (ماده ۱۰۱ قانون احوال شخصیه اردن).

در عربستان سعودی یک طرح قانونی در پارلمان وجود دارد تا ثبت طلاق و اطلاع آن را به زن مکلفیت تلقی نماید.

<sup>۲۱۳</sup> جزاء میتواند یک جزای سلب آزادی که از شش ماه تجاوز نکند و جریمه نقدی باشد. تصدیق کننده نیز مجازات میشود. هرگاه وی مکلفیت های قانونی مندرج ماده ۵ فرمان تقنینی شماره ۲۵ را بجا نیاورد. جزای پیشیبی شده در این مورد یک ماه حبس و یک جریمه نقدی میباشد.

### مبحث سوم: خلع

در کنار طلاق که حق یک طرفه شوهر در انحلال ازدواج می‌باشد، حقوق فامیل افغانستان مانند سایر کشور های اسلامی خلع را به رسمیت می‌شناسد که در ماده ۱۵۶ قانون مدنی و مواد مابعد آن مفصلاً تنظیم گردیده است.

### گفتار اول: تعریف

طبق حکم فقره اول ماده ۱۵۶ قانون مدنی، خلع عبارت است از انحلال عقد ازدواج در بدل مالی که زن آن را برای شوهر می‌پردازد. خلع به لفظ صریح آن یا به هر لفظ دیگری که مفهوم خلع را افاده کند، صورت می‌گیرد (فقره دوم ماده ۱۵۶ قانون مدنی). همکاری محکمه در خلع قانوناً پیشبینی نشده است، زیرا مطابق حکم ماده ۱۶۰ قانون مدنی خلع به حکم محکمه ضرورت ندارد.

### گفتار دوم: شرایط خلع

#### الف) عقد ازدواج صحیح

خلع مانند طلاق مستلزم آن است که ازدواج به صورت صحیح انعقاد یافته باشد. هرگاه ازدواج به صورت صحیح منعقد نگردیده باشد، در این صورت برای اختتام ازدواج، فسخ عقد ازدواج مناسب است.

هرگاه زوجین ازدواج خود را بوسیله خلع منحل نمایند، باوجودیکه این ازدواج یک ازدواج فاسد بوده باشد، برحسب ماده ۱۶۶ قانون مدنی دو نتیجه بار می‌آورد. یکی اینکه خلع در صورت عقد نکاح فاسد صحیح نمی‌باشد. دیگر اینکه زن می‌تواند بدل آنرا نیز استرداد نماید.

#### ب) شرایط در شخص زوجین

به اساس حقوق افغانستان خلع طبق حکم ماده ۱۵۷ قانون مدنی وقتی صحیح می‌گردد که شوهر واجد شرایط طلاق بوده و زن طلاق شده بتواند. در این مورد شرایط صحت طلاق در باره شخص شوهر و شخص زن که فوقاً در مورد شرایط در شخص زوج و زوجه در هنگام طلاق تذکر یافت، قابل توجه می‌باشند.

اساساً خلع یک زنی که فاقد اهلیت باشد به اساس حکم ماده ۱۵۹ قانون مدنی جواز دارد، مگر زن بدون موافقه ولی مال خود، به پرداخت بدل خلع مجبور گردانیده نمی‌شود. هرگاه زوجه واجد اهلیت نباشد و با شوهر خویش خلع نماید و زوج نیز مال او را قبض نماید، باید آن را دوباره به زوجه اش مسترد نماید، مگر اینکه ولی زوجه اجازه دهد.<sup>۲۱۴</sup>

بر علاوه قانون مدنی در ماده ۱۷۵ حاوی احکامی است که این احکام به خلع زنی که در حال مرض موت قرار دارد، مربوط می‌شود. هرگاه زن در حال مرض موت با زوج خلع نماید، طبق حکم بند اول ماده ۱۷۵ قانون مدنی خلع صحیح بوده و به اثر آن طلاق باین واقع می‌شود. در صورتیکه زن در اثنای عدت وفات نماید، شوهر از جمله حق ارث، بدل خلع یا ثلث ترکه، آنچه کمترین باشد، مستحق می‌گردد. در صورت وفات بعد از عدت، از جمله ثلث ترکه

<sup>۲۱۴</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۳۸.

و بدل خلع، کمتر آن را مستحق میشود. بر حسب فقره دوم ماده ۱۷۵ قانون مدنی هرگاه زن صحت یابد، شوهر تمام بدل تعیین شده خلع را دریافت مینماید.

### پ) شرایط بدل خلع

#### ۱) مناسب بودن بدل خلع

بدل خلع به اساس حکم ماده ۱۵۸ قانون مدنی، هر مالی قبول میگردد که به صفت مهر نیز پذیرفته شده بتواند. بنابراین بدل هم مهر و هم یک مال دیگر بوده میتواند، در صورتیکه این مال بحیث مهر هم مناسب باشد. هرگاه خلع در بدل مال معین به غیر از مهر صورت گیرد، مطابق حکم ماده ۱۶۲ قانون مدنی زن به پرداخت آن مکلف میباشد. مطالبات دیگر ناشی از حقوق زوجیت از قبیل مهر یا نفقه ایام گذشته که زوجین در حین خلع به ذمه یکدیگر داشته باشند، صورت گرفته نمیتواند (ماده ۱۶۲ قانون مدنی).

#### ۲) خلع در برابر مال، رضاع، نفقه و حضانت

در کنار مهر یا مال دیگر که زوجه در مقابل خلع مکلف است که به شوهر بپردازد، خلع در برابر منافع مال مانند سکونت در خانه و یا حقوق مانند شیر دادن طفل زوج، حضانت طفل زوج، فراهم کردن نفقه برای طفل زوج و اسقاط نفقه عدت نیز جواز دارد.<sup>۲۱۵</sup>

هرگاه بدل خلع قبل از تسلیم به زوج، هلاک گردیده و یا به استحقاق برده شود، زوجه طبق ماده ۱۶۷ قانون مدنی به پرداخت مثل یا قیمت آن مکلف میباشد.

ذیلاً چهار مورد مهم بدل خلع که شامل مهر، شیر دادن طفل مشترک زوجین، تأمین نفقه طفل مشترک زوجین و حفاظت طفل مشترک زوجین میباشد، مختصر بررسی میشوند.

#### ۱.۲) مهر به حیث بدل خلع

هرگاه خلع در بدل کل مهر صورت گرفته باشد، ماده ۱۶۳ قانون مدنی زن را مکلف میسازد تا در صورتیکه کل مهر یا قسمتی از آن را تسلیم شده باشد، آنچه را که تسلیم شده است، اعاده نماید. اگر مهر هنوز به زن پرداخته نشده باشد، مکلفیت شوهر مبنی بر پرداخت مهر ساقط میگردد، خواه خلع قبل از دخول و یا بعد از آن صورت گرفته باشد.

#### ۲.۲) شیر دادن طفل مشترک بحیث بدل خلع

هرگاه اجرت شیر دادن طفل در مدت رضاع یا حفاظت وی به شمول نفقه در یک مدت از طرف زن بحیث بدل خلع قبول گردد، طبق حکم ماده ۱۶۹ قانون مدنی زن مکلف به ایفاء تعهدش میباشد. در صورتیکه زن به علتی از قبیل ازدواج با شخص دیگر، فرار، فوت خودش یا طفلش، تعهدش را در مورد شیردادن طفل کاملاً ایفا ننماید، شوهر میتواند به اساس حکم ماده ۱۷۰ قانون مدنی اجرت باقیمانده مدت رضاع را مطالبه نماید، مگر اینکه به عدم مطالبه در صورت وفات طفل یا زن در هنگام خلع موافقه صورت گرفته باشد.

<sup>۲۱۵</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۳۹.

اگر قبل از ولادت، شیردادن طفل بحیث بدل خلع تعیین گردد، ولی بعداً ثابت شود که حمل وجود نداشته یا سقط شده است و یا اینکه طفل قبل از تکمیل دو سال شیر خواره گی وفات نماید، شوهر میتواند برحسب حکم ماده ۱۷۱ قانون مدنی معادل اجرت شیر دادن تمام یا مدت باقیمانده آنرا مطالبه کند.

### ۳.۲) تأمین نفقه طفل مشترک بحیث بدل خلع

طبق جمله اول ماده ۱۷۴ قانون مدنی شوهر نمیتواند دینی را که بر ذمه زوجه اش دارد، بعوض دین نفقه طفل مجرا نماید. با این وصف قانون مدنی در جمله دوم ماده ۱۷۴ تأمین نفقه طفل صغیر را به عنوان بدل خلع صحیح میپندارد. البته اگر نفقه طفل بدل خلع تعیین گردد و زوجه معسر باشد، زوج مکلف به پرداخت نفقه طفل میباشد. در صورت یسار زوجه، زوج میتواند مبالغ پرداخته شده را از وی مطالبه نماید.

هرگاه زن به علتی از قبیل ازدواج با شخص دیگر، فرار، فوت خودش یا طفلش، تعهدش را در مورد نفقه طفل کاملاً ایفا ننماید، شوهر میتواند به اساس حکم ماده ۱۷۰ قانون مدنی نفقه باقیمانده را مطالبه نماید، مگر اینکه به عدم مطالبه در صورت وفات طفل یا زن در هنگام خلع موافقه صورت گرفته باشد.

### ۴.۲) حفاظت طفل مشترک بحیث بدل خلع

به اساس حکم ماده ۱۷۲ قانون مدنی زن وقتی میتواند حفاظت طفل را تا سن بلوغ بدل خلع تعیین نماید که طفل دختر باشد. هرگاه زوجه در خلال این مدت با شخص دیگری ازدواج نماید، پدر دختر میتواند طفلش را از زوجه تسلیم گردیده و معادل اجرت حفاظت مدت باقیمانده را مطالبه نماید، گر چه به بودن طفل نزد مادر قبلاً موافقه صورت گرفته باشد.

هرگاه هنگام خلع، بودن طفل در دوره حضانت نزد شوهر شرط شده باشد، بر حسب حکم فقره اول ماده ۱۷۳ قانون مدنی عقد خلع صحیح و شرط باطل میباشد. زن میتواند طفل را تا تکمیل دوره حضانت نزد خود حفاظت نماید، مشروط براینکه این حق به علت دیگری ساقط نشده باشد. اجرت حضانت و نفقه طفل در صورتیکه طفل فقیر باشد، طبق حکم فقره دوم ماده ۱۷۳ قانون مدنی بدوش پدر وی میباشد.

در صورتیکه زن به علتی از قبیل ازدواج با شخص دیگر، فرار، فوت خودش یا طفلش، تعهدش را در حفاظت طفل کاملاً ایفا ننماید، شوهر میتواند به اساس حکم ماده ۱۷۰ و ۱۷۲ قانون مدنی اجرت حفاظت مدت باقیمانده را مطالبه نماید، مگر اینکه به عدم مطالبه در صورت وفات طفل یا زن در هنگام خلع موافقه صورت گرفته باشد.

### ت) عدم تعیین و نفی بدل خلع

در صورتیکه در هنگام خلع بدل تعیین نشده باشد، طبق حکم ماده ۱۶۴ قانون مدنی جمیع حقوق زوجیت از ذمه زوجین ساقط میگردد. شوهر نمیتواند آنچه را که به زن تسلیم شده از وی استرداد نماید. همچنان زن نمیتواند آنچه را که بر ذمه شوهر باقی مانده است، مطالبه کند، خواه این خلع قبل از دخول صورت گرفته باشد، خواه بعد از آن. از طرف دیگر ماده ۱۶۵ قانون مدنی حکم میکند که با نفی بدل در هنگام خلع، طلاق باین واقع میشود که این طلاق موجب اسقاط حقوق زوجیت از یکدیگر نمی گردد.

### گفتار سوم: رجوع از خلع

خلع یک معامله حقوقی دو جانبه است. خلع وقتی بوجود می آید که دو اراده موافق ابراز گردد. ماده ۱۶۱ قانون مدنی به هر یک از زوجین حق میدهد که قبل از قبول طرف مقابل از ایجاب خود رجوع نماید. پس هر گاه زوجی که ایجاب خلع از جانب او بوده قبل از قبول طرف مقابل از ایجاب خود رجوع نماید، رابطه زوجیت باقی میماند.

### گفتار چهارم: اثر خلع

ماده ۱۶۰ قانون مدنی حکم میکند که خلع یک طلاق باین می باشد. بنابراین احکام در رابطه با آثار طلاق باین صغرا که فوقاً بررسی شد، در مورد طلاق خلع نیز اجرا میشوند. مطابق حکم ماده ۱۶۸ و همچنین بند ۲ ماده ۲۱۲ قانون مدنی در خلع نفقه ساقط نمیگردد، مگر اینکه زوجین در هنگام خلع صراحتاً به اسقاط آن موافقه کرده باشند.

### گفتار پنجم: خلع در سایر کشور های اسلامی

در این گفتار تغییرات و نوآوری هایی را که قانونگذاران مصر و اردن در مورد طلاق خلع بوجود آورده اند، قابل ذکر میباشند. بعد از اصلاحات سال ۲۰۰۰ در مصر و سال ۲۰۰۱ در اردن زن نیز امکان آنرا دارد که بوسیله قاضی طلاق خلع گردد، هرگاه شوهر موافق نباشد که پیشنهاد زن خود را بپذیرد.<sup>۲۱۶</sup>

بعد از اصلاح قانون مصر توافق هر دو طرف شرط صحت خلع نمیشد.<sup>۲۱۷</sup> علاوه بر این قابل تاکید است که انصراف از حضانت اطفال خورد سال، نفقه یا یک حق دیگرشان بدل خلع تعیین شده نمیتواند. فیصله نهائی میباشد و نمیتواند به هیچ صورت از طریق امکانات حقوقی در محکمه فوقانی مورد اعتراض و شکایت قرار گیرد. در غیر آن زن میتواند بوسیله یک دعوی محاکماتی طولانی در قید ازدواج باقی بماند، بدون اینکه شوهر در برابر وی کدام مکلفیت حقوقی مالی مثلاً نفقه داشته باشد.<sup>۲۱۸</sup> زن ضرورت ندارد که تقصیر شوهر را ثابت نماید.<sup>۲۱۹</sup> اما البته او باید صریحاً برای قاضی توضیح دهد که از زندگی با شوهرش آنقدر بیزار شده است که دوام حیات زناشویی بین ایشان محال خواهد بود و وی هراس دارد که بخاطر این انزجار فرایض خداوندی را ادا کرده نتواند (فقره دوم ماده ۲۰ قانون اجرای قضائی مصر). زن باید برای شوهر مهری را که از وی بدست آورده است، دوباره مسترد نموده و مطابق حکم فقره اول ماده ۲۰ قانون اجرای قضائی مصر از تمام حقوق مالی قانونی خویش مانند نفقه ایام عدت، متعه یا مهر مؤجل منصرف گردد. محکمه نمیتواند بدون تلاش های آشتی جویانه الزامی مندرج فقره دوم ماده ۱۸ و

<sup>۲۱۶</sup> این قاعده در قانون مصر در ماده ۲۰ قانون اجرای قضائی و در اردن در ماده ۶ قانون شماره ۸۳ سال ۲۰۰۱ تثبیت شده است.

<sup>۲۱۷</sup> راجع به این نوآوری مراجعه شود به:

O. Arabi, The Dawning of the third Millenium on Sharf'a: Egypt's Law No. 1 of 2000, or Women may divorce at will in: Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence (2001), insb. 171 ff.

<sup>۲۱۸</sup> توضیحات راجع به اجرای محاکم، سامح سید محمد: الخلع بین المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصری: دراسة تحليلية لأحكام المحاکم المصرية، ۲۰۰۲، القاهرة.

<sup>۲۱۹</sup> سامح سید محمد: الخلع صفحه ۲۶۳ و صفحات مابعد.

فقرات اول و دوم ماده ۱۹ قانون اجرای احکام قضائی حکم خلع را صادر نماید.<sup>۲۲۰</sup> هرگاه تمام شرایط متذکره تحقق یابند، محکمه حکم طلاق را صادر میکند. این طلاق، طلاق باین میباشد.

#### مبحث چهارم: تفریق قضائی

مطابق حقوق افغانستان زن همواره میتواند از طریق فیصله محکمه در حال موجودیت دلایل موجه یک طلاق را موجب گردد که این طلاق تفریق نامیده میشود. البته او باید موجودیت یک دلیل پیشبینی شده قانونی مبنی بر تفریق را ثابت سازد. تفریق قضائی به حکم قاضی به نمایندگی از شوهر جبراً در صورتی که شوهر زوجه اش را طلاق ندهد و زوجه نیز وسایل ضروری خلع را در اختیار نداشته باشد، صورت میپذیرد.<sup>۲۲۱</sup> قانون به اتکای فقه مالکی از چهار دلیل برای تفریق قضائی نام میبرد.<sup>۲۲۲</sup> تفریق در صورتی جواز دارد که زن ثابت کند که به دلیل یک عیب یا یک مرضی علاج ناپذیر شوهر، یک ضرری که از جانب شوهر به وی عاید گردیده است، عدم پرداخت نفقه از طرف شوهر یا غیابت شوهر، زندگی مشترک زناشویی را بیش از این پیش برده نمی تواند. تفریق قضائی گاه در حکم رجعی و گاه باین میباشد. تفریق به سبب عیب و تفریق به سبب ضرر در حکم طلاق باین محسوب میشوند و آثار طلاق باین را به بار میآورند. در صورتیکه تفریق به سبب عدم انفاق و تفریق به سبب غیاب در حکم طلاق رجعی پنداشته میشوند و با از بین رفتن دلیل تفریق و رجوع شوهر قبل از تکمیل عدت به زوجه اش رابطه زوجیت دوباره برقرار میگردد.

#### گفتار اول: دلایل تفریق قضائی

##### الف) تفریق به سبب عیب

زن مطابق حکم ماده ۱۷۶ قانون مدنی وقتی میتواند مطالبه تفریق نماید که شوهر مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحوی که معاشرت با شوهر بدون ضرر کلی ناممکن باشد.

هرگاه زن در هنگام عقد ازدواج یا قبل از آن به عیوب متذکره در ماده ۱۷۶ قانون مدنی واقف بوده، یا در صورت وقوع عیب بعد از عقد طور صریح یا ضمنی به آن رضایت نشان داده باشد، طبق حکم ماده ۱۷۷ قانون مدنی نمی تواند تفریق را مطالبه کند.

در تثبیت عیوب متذکره ماده ۱۷۶ قانون مدنی بر حسب حکم ماده ۱۷۸ قانون مدنی از نظریات اهل خبره استفاده بعمل می آید. هرگاه عیب از نوعی تثبیت گردد که معالجه آن ناممکن باشد، محکمه مطابق حکم ماده ۱۷۹ قانون مدنی فوراً به تفریق حکم مینماید. در صورتیکه عیب قابل علاج بوده و مدت طولانی برای معالجه لازم باشد، محکمه مطالبه تفریق را تا مدتی که از یکسال متجاوز نباشد به تعویق می اندازد. هرگاه عیب زوج در خلال مدت

<sup>۲۲۰</sup> روش های الزامی آشتی جویانه در حقوق مصر در پایین ملاحظه شود.

<sup>۲۲۱</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۵۵.

<sup>۲۲۲</sup> مذهب فقه حنفی تفریق را صرف در حالات عقیم بودن یا خصای شوهر اجازه میدهد. حقوق افغانستان در این مورد از مذهب فقه مالکی که این مذهب از یک دیدگاه آزادتری نمایندگی کرده و تفریق را در صورت موجودیت دلایل دیگری نیز اجازه میدهد، پیروی مینماید.

یکسال مرفوع نگردد، محکمه بنابر ماده ۱۱۴ قانون اصول محاکمات مدنی و بنا بر حکم ماده ۱۷۹ قانون مدنی به تفریق بین زوجین حکم مینماید.

تفریق به سبب عیب طبق حکم ماده ۱۸۱ قانون مدنی موجب یک حرمت دایمی ازدواج نمی شود. زوجین میتوانند بعد از تفریق دوباره با هم ازدواج نمایند، خواه در جریان عدت باشد یا بعد از آن. هرگاه زوجین بخواهند بعد از ایام عدت دوباره با هم دیگر ازدواج نمایند، نکاح آنها به یک عقد جدید و مهر جدید ضرورت دارد. در صورتیکه یکی از زوجین که به سبب عیب بین آنها تفریق واقع شده، در جریان عدت وفات نماید، طرف دیگر طبق حکم ماده ۱۸۲ قانون مدنی مستحق ارث از وی نميگردد. تفریق به سبب عیب مطابق حکم ماده ۱۸۰ قانون مدنی، طلاق باین است که با آن تمام آثار ازدواج به استثنای عدت ساقط میگردند (ماده ۱۵۲ قانون مدنی ملاحظه شود).

#### (ب) تفریق به سبب ضرر

زن میتواند به سبب ضرر عایده ناشی از معاشرت با شوهر که دوام معاشرت را میان زوجین ناممکن گرداند، مطابق حکم ماده ۱۸۳ قانون مدنی از محکمه تفریق را مطالبه کند.

ضرر عبارت از آزار و اذیت زوجه بوسیله گفتار و اعمال زوج مانند فحش و بد و بی راه گفتن، لت و کوب، اجبار بر انجام دادن کارهای خلاف قانون و قهر و دوری از وی بدون دلیل است.<sup>۲۳۳</sup>

هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت گردیده و اصلاح بین زوجین صورت گرفته نتواند، محکمه به اساس حکم فقره اول ماده ۱۸۴ قانون مدنی به تفریق آنها حکم میکند.

در صورتیکه ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده و زن به ادعای خود اصرار داشته باشد، محکمه مطابق حکم فقره اول ماده ۱۸۵ قانون مدنی دو شخص را بحیث حکم جهت اصلاح بین زوجین تعیین مینماید. حکمان باید بر اساس فقره اول ماده ۱۸۶ قانون مدنی اشخاص عادل بوده، یکی از اقارب شوهر و دیگری از اقارب زن باشد. اگر اقارب زوجین موجود نباشد، حکمان از میان اشخاصی تعیین میشود که از احوال زوجین معلومات کافی داشته و به اصلاح بین زوجین قادر باشند.

تعیین حکم در یک دعوی تفریق به سبب ضرر که در آن ضرر مورد ادعا ثابت شده نتواند، در ماده ۱۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی نیز تکرار گردیده است. طبق این ماده هرگاه در دعوی تفریق به سبب ضرر، ضرر مورد ادعا موجه نباشد و نزد محکمه خوف شقاق و اختلاف بین زوجین متصور گردد، محکمه دو نفر شخص عادل را یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجه جهت اصلاح آنها بحیث حکم تعیین مینماید.

حکم باید به اساس حکم فقره دوم ماده ۱۸۶ قانون مدنی در محکمه سوگند یاد نماید که وظیفه خود را به عدل و امانت داری ایفا میکند. اشخاصی که به حیث حکم تعیین میشوند، باید مطابق حکم ماده ۱۸۷ قانون مدنی علل اختلاف و طرق اصلاح بین زوجین را تشخیص نموده و در تأمین اصلاح کوشش کنند.

هرگاه حکمان به اصلاح بین زوجین موفق نشوند و منشاء اختلاف زوج یا زوجین بوده و یا اصلاً معلوم نباشد، محکمه بر حسب حکم فقره اول ماده ۱۸۸ قانون مدنی به تفریق میان آنها حکم مینماید. در صورتیکه زن منشاء اختلاف باشد، طبق فقره دوم ماده ۱۸۸ قانون مدنی حکم به تفریق در بدل کل مهر یا قسمتی از آن تصمیم میگیرد.

<sup>۲۳۳</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶)، کابل، صفحه ۴۶۶.

در صورتیکه در نظریات اشخاصی که به حیث حکم تعیین شده اند، اختلاف موجود گردد، به اساس حکم بند اول ماده ۱۸۹ قانون مدنی از طرف محکمه مکلف به تجدید نظر میگردند. در حالت دوام اختلاف نظریات محکمه بر حسب حکم بند دوم ماده ۱۸۹ قانون مدنی اشخاص دیگری را مطابق حکم مندرج ماده ۱۸۶ قانون مدنی بحیث حکم تعیین مینماید. البته در این مورد ماده ۱۱۱ قانون اصول محاکمات مدنی قابل رعایت است که طبق آن در یک دعوی تفریق به سبب ضرر بیش از دو بار حکم تعیین شده نمیتواند. مطابق حکم ماده ۱۹۰ قانون مدنی و ماده ۱۱۲ قانون اصول محاکمات مدنی حکم دلایل و تصامیم خود را به محکمه تقدیم کرده و محکمه مطابق به آن حکم صادر میکند. هرگاه حکم تفریق به سبب ضرر از طرف محکمه صادر گردد، طبق حکم بند دوم ماده ۱۸۴ قانون مدنی، تفریق آثار طلاق باین را بار می آورد.

#### پ) تفریق به سبب عدم انفاق

هرگاه شوهر از ادای نفقه زن امتناع ورزیده و ظاهراً مالک دارایی نبوده و عجز وی از ادای نفقه نیز ثابت شده نتواند، زن میتواند طبق حکم ماده ۱۹۱ قانون مدنی مطالبه تفریق نماید. در صورتیکه شوهر عجز خود را از ادای نفقه ثابت نماید، محکمه مطابق حکم ماده ۱۹۲ قانون مدنی مدت مناسبی را که از سه ماه تجاوز نکند، به وی مهلت میدهد. هرگاه باز هم به ادای نفقه قادر نشود، محکمه به تفریق بین زوجین حکم مینماید. تفریق بین زوجین که به سبب عدم ادای نفقه به حکم محکمه صورت میگیرد، مطابق حکم ماده ۱۹۳ قانون مدنی در حکم طلاق رجعی بوده و شوهر میتواند در جریان مدت عدت به زنش رجوع نماید، مشروط بر اینکه توان مالی و آمادگی خود را برای ادای نفقه ثابت سازد.

#### ت) تفریق به سبب غیاب

هرگاه شوهر مدت سه سال یا زیاده از آن بدون عذر معقول غایب گردد، در صورتیکه زن از غیاب وی متضرر شود، طبق حکم ماده ۱۹۴ قانون مدنی میتواند از محکمه مطالبه تفریق نماید. گرچه شوهر مالک دارایی بوده و زن از آن نفقه خود را تأمین کرده بتواند.

در صورت غیاب شوهر محکمه بعد از استماع مطالبه تفریق از جانب زن بر حسب حکم ماده ۱۹۵ قانون مدنی موضوع را به شوهر غایب کتباً اعلام کرده و مدتی را تعیین مینماید تا در خلال آن شوهر مذکور به مسکن فامیل عودت نموده یا زن خود را به اقامتگاه خویش طلب کند. در باره تفریق به سبب غیاب، قانون اصول محاکمات مدنی در کنار قانون مدنی شامل قواعد اجراءات حقوقی دیگری نیز میباشد که از جانب محکمه باید رعایت گردند. به اساس حکم ماده ۱۱۵ قانون اصول محاکمات مدنی در دعوی تفریق به سبب غیابت در صورتیکه زوج مسکن معلوم و معین داشته باشد، محکمه موضوع را به زوج غایب کتباً اعلام نموده، مدتی را جهت عودت به مسکن زوجه و یا خواستن وی به اقامتگاه خودش برای زوج تعیین مینماید.

در صورتیکه شوهر غایب با وجود اعلام محکمه بدون عذر معقول به غیابت خود ادامه بدهد، یا اصلاً وصول اعلام به زوج ناممکن باشد، در چنین احوال محکمه به اساس حکم فقره دوم ماده ۱۹۵ قانون مدنی به تفریق بین زوجین حکم مینماید. حالت مندرج فقره دوم ماده ۱۹۵ قانون مدنی در قانون اصول محاکمات مدنی مفصل تر تنظیم گردیده

است. هرگاه شوهر با وجود دریافت اعلام محکمه و انقضای مدت معینه باز هم غایب بماند، مطابق حکم ماده ۱۱۶ قانون اصول محاکمات مدنی، محکمه با تعیین وکیل برای شوهر غایب به موضوع رسیدگی مینماید. در صورتیکه شوهر غایب مسکن معلوم و معین نداشته و یا وصول اعلام تحریری به زوج غایب ممکن نباشد، طبق حکم ماده ۱۱۷ قانون اصول محاکمات مدنی موضوع به تعیین مدت احضار ذریعه رادیو اعلان میگردد. مدت به این منظور از تاریخ اعلان کمتر از یک ماه بوده نمیتواند.

هرگاه زوج غایب با وجود اعلان رادیو بدون ارائه عذر قانونی در مدت معین حاضر نگردد، محکمه طبق حکم ماده ۱۱۸ قانون اصول محاکمات مدنی بعد از تعیین وکیل مسخر در موضوع رسیدگی و به تفریق بین زوجین حکم مینماید.

در یک تقاضای انحلال ازدواج علیه شوهر مفقود که حیات و ممات وی معلوم نباشد، بر حسب حکم ماده ۱۱۹ قانون اصول محاکمات مدنی، تفریق قضائی بر طبق حکم ماده ۳۲۶ قانون مدنی قبل از انقضای چهار سال مجاز نمیشود.

همچنان در حالیکه شوهر به حکم قطعی محکمه به حبس ده سال یا بیشتر از آن محکوم گردیده باشد، زن میتواند طبق حکم ماده ۱۹۶ قانون مدنی پس از مدت پنج سال مطالبه تفریق نماید. گرچه شوهر محبوس توان ادای نفقه را داشته باشد.

فقره اول ماده ۱۹۷ قانون مدنی متذکر شده است که تفریق به سبب غیاب در حکم طلاق رجعی میباشد. هرگاه شوهر غایب حاضر گردد، یا شوهر محبوس از حبس رها شود، وی میتواند طبق حکم فقره دوم ماده ۱۹۷ قانون مدنی قبل از تکمیل عدت به زن خود رجوع نماید.

### گفتار دوم: تفریق قضائی بوسیله زوجه در سایر کشور های اسلامی

به اساس قواعد سایر کشور های اسلامی نیز زن میتواند صرف از محکمه به سبب موجودیت یک دلیل مطالبه تفریق نماید. تفریق در بعضی از کشور های اسلامی به نام تطلیق یاد میشود. هرگاه زن بدون آنکه صلاحیت طلاق از طرف شوهرش برایش تفویض شده باشد، تفریق قضائی را مطالبه نماید، باید مطابق اکثر کشور های اسلامی دلیل تفریق به اثبات برسد.

در اینجا میتوان از تونس به حیث یگانه استثناء متذکر شد. در تونس در قانون احوال شخصیه به هر یک از زوجین حق مساوی تقاضای طلاق از محکمه اعطا گردیده است (مواد ۲۹-۳۱ قانون احوال شخصیه تونس)<sup>۲۲۴</sup>. مطابق حکم ماده ۳۱ قانون احوال شخصیه تونس طلاق در سه حالت تقاضا شده میتواند:

۱- حین توافق دوجانبه زوجین.

۲- به اثر تقاضای یکی از زوجین به سبب ضرر.

۳- به اساس درخواست زوج یا زوجه.

<sup>۲۲۴</sup> راجع به مهمترین نکات رویه قضائی در تونس مالک غزوانی: بعض الانطباعات حول فقه القضاء فی مادة فی الاحوال الشخصية، فی: مجلة القضاء والتشريع [۲۰۰۶/۶]، صفحه ۹۵ و صفحات مابعد.

بر حسب حکم بند سوم ماده ۳۱ قانون احوال شخصیه تونس مرد و زن ضرورت ندارند تا برای طلاق دلیل ارائه نمایند. البته همین ماده امکان جبران ضرری را که همسر (زوج یا زوجه) بوسیله طلاق متحمل میشود، پیشبینی نموده است. طلاق در تونس تنها طلاق نامیده میشود.

در سوریه، مراکش، عراق، اردن، الجزایر، کویت، سودان و عمان دلایل طلاق که از جانب زن در محکمه بیان میگردد، با دلایل حقوق افغانستان مطابقت مینمایند. یک تقاضا مبنی بر تفریق آنگاه نتیجه بار می آورد که تفریق به سبب یک ضرر وارده، یک عیب از جانب شوهر، امتناع از پرداخت نفقه یا غیاب ناحق شوهر مطالبه شده و دلیل طلاق به اثبات برسد.<sup>۲۲۵</sup>

حقوق ایران تنها از طلاق متذکر میشود، هرگاه طلاق از طرف زن درخواست شده باشد. زن میتواند یا به دلایل قانونی طلاق مندرج در قانون مدنی ایران، یا به دلایل قراردادی طلاق که در قرارداد ازدواج با آنها توافق صورت گرفته است، استناد نماید. در صورتیکه یک دلیل برای طلاق وجود داشته باشد، شوهر توسط محکمه به اجرای صیغه طلاق مجبور گردانیده میشود و یا محکمه به عوض او حکم طلاق را صادر میکند. سه نوع دلایل قانونی برای طلاق وجود دارد که زن آنها را مطالبه نموده میتواند:

۱- مفقودالاثربودن شوهر (ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی ایران).

۲- استنکاف شوهر از دادن نفقه (ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی ایران).

۳- عسر و حرج زوجه (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ایران).<sup>۲۲۶</sup>

عسر و حرج زوجه وقتی بوجود می آید که ادامه زندگی زناشوه‌ری برای زن غیر قابل تحمل بوده و یک مشقت عظیم تلقی گردد.<sup>۲۲۷</sup> قضاوت در این مورد که آیا عسر و حرج وجود دارد، به صوابدید محکمه ارتباط میگیرد.

<sup>225</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 119.

<sup>۲۲۶</sup> در مورد درخواست طلاق زن در حالت موجودیت دلایل قانونی طلاق طبق حقوق ایران: صفایی/امامی، مختصر حقوق خانواده، صفحه ۲۰۲ و صفحات بعدی.

<sup>۲۲۷</sup> در این باره حالات قانونی عسر و حرج مندرج تبصره اول ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ایران ملاحظه شود. طبق آن عسر و حرج عبارت است از وضعیتی که ادامه زندگی زناشوه‌ری را برای زن با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد. موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب میگردد:

- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر مؤجه.
- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است.
- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

- ضرب و شتم و یا هر گونه سوء رفتار زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

- ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

البته لست مندرج تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ایران قطعی نبوده و قانون به علاوه هدایت میدهد که دلایل متذکره در ماده فوق‌الذکر مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در محکمه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید.

## مبحث پنجم: حکمیت مقدماتی در جریان دعوی طلاق گفتار اول: حکمیت در جریان دعوی طلاق در افغانستان

در حقوق افغانستان تنها در حالت تفریق به سبب ضرر بنابر در خواست زن، تعیین حکمین از طرف محکمه جهت اصلاح زوجین در صورتی که ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده و زوجه به ادعای خود اصرار داشته باشد، قانوناً دستور داده شده است. در سایر موارد تقاضای زن به تفریق قضائی بنابر دلایل دیگر حکمیت قانوناً در نظر گرفته نشده است. همچنان برای طلاق و خلع حکمیت پیشبینی نگردیده است، زیرا در این حالات حتی همکاری محکمه قانوناً ضروری نمیباشد. آسیب های اجتماعی ناشی از این خلای قانونی در بالا در مبحث طلاق بررسی شد.

## گفتار دوم: حکمیت در جریان دعوی طلاق در سایر کشور های اسلامی

برخی کشور های اسلامی حکمیت را در سایر انواع انحلال ازدواج نیز در نظر میگیرند. مثلاً در مصر ماده ۲۱ قانون اجراءات قضائی حکم میکند که تصدیق کننده طلاق مکلف است هر یک از زوجین را از خطرات طلاق آگاه ساخته و از آن ها مطالبه نماید که هر کدام شان یک میانجی یا حکم از فامیل خویش برای حکمیت معرفی کنند. بر علاوه فقره دوم ماده ۱۸ قانون اجراءات قضائی مصر متذکر میشود که محکمه در دعاوی تطلیق صرف آن وقت تصمیم اتخاذ مینماید که حکمیت قضائی بدون نتیجه باقی بماند. هرگاه زوجین طفل صغیر داشته باشند، محکمه باید حد اقل دو بار حکمیت را در فاصله ۳۰ الی ۶۰ روز پیشنهاد نماید. ماده ۱۹ همین قانون طریقه حکمیت الزامی را بطور ذیل تشریح میدهد:

«در دعاوی تطلیق که قانون معرفی دو حکم را دستور داده است، باید محکمه هر یک از زوجین را مکلف بسازد که در صورت امکان، الی جلسه بعد یک حکم از فامیل خویش معرفی بدارد. هر گاه یکی از زوجین در معرفی حکم بی اعتنائی کند و یا حکم در جلسه حاضر نگردد، محکمه یک حکم برای او تعیین مینماید. محکمه میتواند آنطور تصمیم بگیرد که هر دو حکم توافق نموده اند، یا هر یک از ایشان میگویند و یا در غیر این صورت آنچه را که از دوسیه برداشت مینماید.»

در اردن حکمیت در دو حالت انحلال ازدواج الزامی میباشد: حین دعوی خلع که به وسیله تعدیل قانون در سال ۲۰۰۱ بوجود آمده است (ماده ۶ قانون شماره ۲۰۰۱/۸۲) و در حالت تفریق به سبب مناقشات. درخواست تفریق به موجب مناقشات هم توسط شوهر و هم بوسیله زن با این ادعا تقدیم شده میتواند که طرف دیگر به وی به لفظ یا عمل آنچنان یک ضرری رسانیده است که ادامه زندگی زناشوهری بیشتر از این ممکن نمیشد (ماده ۱۳۳ قانون احوال شخصیه اردن). در این حالت قاضی سعی مینماید که زوجین را آشتی دهد. هر گاه وی موفق به آشتی نشود، دعوی را حد اقل برای یکماه به تعویق می اندازد.

هرگاه بعد از انقضای مهلت معینه نیز آشتی صورت نگیرد، قاضی موضوع را به حکم احاله مینماید. به اساس امکانات قاضی یک حکم از جمله اقارب زن و یک حکم از خویشاوندان شوهر تعیین مینماید. حکم باید سعی نماید تا آشتی صورت گیرد. هر گاه آنها موفق نشوند و تثبیت نمایند که کدام یک از زوجین مسئول مناقشات میباشد، به انحلال ازدواج در بدل جبرانی که آن را مناسب میپندارند، تصمیم اتخاذ میکنند. در صورتیکه ایشان به این نتیجه برسند که تقصیر کاملاً متوجه زن است، آنها به انحلال ازدواج در بدل جبرانی که آن را مناسب تلقی میکنند، تصمیم میگیرند. این عبارت از یکنوع تلافی میباشد. جبران نمی تواند از مقدار مهر پایین تر باشد. هر گاه تقصیر کاملاً

بدوش شوهر باشد، حکم تصمیم اتخاذ میکند که ازدواج با طلاق باین منحل گردد. در این حالت زن حق دارد تمام حقوق زناشوهری را به طریقی مطالبه نماید که گویا طلاق توسط خود شوهر صورت گرفته باشد. هر دو حکم گزارش در مورد نتایج مساعی خود را به قاضی تقدیم میکنند. قاضی باید مطابق آن یک فیصله صادر نماید (ماده ۱۳۲ قانون احوال شخصیه اردن). انحلال ازدواج بوسیله فیصله صادره یک طلاق باین پنداشته میشود (ماده ۱۳۳ قانون احوال شخصیه اردن). در خلع استرداد مهر زن به شوهر به حیث جبران قبول میگردد. در سوریه محکمه میتواند مطابق حکم ماده ۸۸ قانون احوال شخصیه در قضایای طلاق یک جانبه و خلع حکمیت را به راه اندازد. یک حکمیت طولانی و پیچیده در تفریق به سبب ضرر صورت میگیرد که در این حالت دو حکم از طرف قاضی تعیین میشود (فقره سوم ماده ۱۱۲ و مواد ۱۱۳ و ۱۱۴ قانون احوال شخصیه سوریه). تصمیم حکم برای قاضی تصمیم قاطع نمیشد. او میتواند آن را اساس قضاوت خود قرار بدهد و یا نپذیرد. در صورت تردید آن، قاضی برای بار آخر دو حکم دیگر تعیین مینماید (ماده ۱۱۵ قانون احوال شخصیه سوریه). در ایران هم تقاضای شوهر وهم درخواست زن مبنی بر طلاق یک حکمیت یا به اصطلاح دیگر داوری اجباری را به دنبال خود دارد. در این حکمیت یا داوری اشخاص منتخب از فامیل های زوجین سعی میورزند تا طرفین را آشتی دهند (جمله دوم تبصره دوم ماده ۳ قانون در باره دادگاه خاص مدنی ۱۹۷۹). هرگاه حکمیت نتیجه ندهد<sup>۲۲۸</sup>، محکمه یک گواهی عدم امکان سازش صادر مینماید. گواهی عدم امکان سازش از طرف زوجین جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن به دفتر رسمی ثبت ازدواج و طلاق تسلیم شده و صیغه طلاق در حضور دو شاهد مذکر جاری و طلاق به و سیله سر دفتر ثبت میشود.<sup>۲۲۹</sup> در صورت امتناع زوج از حضور و اجرای طلاق (در حالت مطالبه طلاق از طرف زن)، دادگاه به درخواست زوجه صیغه طلاق را جاری و دستور ثبت و اعلام آن را به دفتر ثبت طلاق صادر میکند (جزوه (ب) ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش، مصوب ۱۳۷۶/۱۱/۸).<sup>۲۳۰</sup>

### فصل ششم: آثار انحلال ازدواج

آثار انحلال ازدواج در قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۹۸ و مواد مابعد آن تحت عنوان «آثار انحلال نکاح» تنظیم شده است. قانوناً عدت و نفقه عدت آثار انحلال ازدواج میباشد.

#### مبحث اول: عدت

##### گفتار اول: تعریف عدت:

اصطلاح عدت از کلمه عربی عده منشعب گردیده و شمردن معنی میدهد.<sup>۲۳۱</sup> قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۹۸ حکم میکند که عدت عبارت است از مدت معینی که با انقضای آن تمام آثار مرتبه ازدواج از بین میرود. طبق حکم ماده ۲۱۱ قانون مدنی عدت به مجرد وقوع طلاق، وفات، فسخ، تفریق و یا متارکه در نکاح فاسد آغاز میگردد. متارکه در نکاح فاسد فسخ نکاح فاسدی میباشد که در صورت موجودیت یک خلل قانونی بعد از عقد نکاح (فقره دوم ماده

<sup>۲۲۸</sup> لایحه قانونی تشکیل دادگاه های مدنی خاص، روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۸۸ بتاریخ ۱۹/۷/۱۳۵۸ (۱۹۷۹/۱۱/۱۰).

<sup>۲۲۹</sup> در مورد شکلیات طلاق براساس حقوق ایران: صفایی/امامی، مختصر حقوق خانواده، صفحه ۲۲۰ و صفحات مابعد آن.

<sup>۲۳۰</sup> نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۵۳۸۴ بتاریخ ۲۶/۹/۱۳۷۶.

<sup>۲۳۱</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۵۲۶.

۱۳۳ قانون مدنی) و توافق زوجین به فسخ نکاح به حکم محکمه ضرورت ندارد و در فقره دوم ماده ۱۳۴ قانون مدنی درج شده است.

### گفتار دوم: هدف عدت

هدف سپری نمودن زمان عدت برای تثبیت حاملگی از اهمیت ویژه برخوردار بوده و بدین طریق تعیین نسب را آسان میسازد. به علاوه شوهر میتواند در ایام عدت یک طلاق رجعی هر وقت که خواسته باشد، به زوجه رجوع نموده و روابط زناشوهری را دوباره برقرار سازد.<sup>۲۳۲</sup>

### گفتار سوم: آثار عدت

فقره اول ماده ۱۹۹ قانون مدنی متذکر میشود که قبل از تکمیل عدت هیچ کس بدون از زوج نمیتواند با معتده ازدواج نماید. فقره دوم ماده ۱۹۹ و ماده ۲۰۰ قانون مدنی از حالاتی نام می برد که در آنها بر زن عدت لازم میگردد. علاوه بر این قانون مدنی برای انحلال ازدواج کلمه تفریق را که در این ماده از لحاظ حقوقی اصطلاح دقیق نمیشد، بکار میبرد. طوریکه در بالا تذکر یافت، تفریق در متون حقوقی عبارت است از انحلال نکاحی که زن بنابر موجودیت دلایل قانونی از محکمه مطالبه مینماید. در ذیل مطابق قانون مدنی افغانستان اصطلاح تفریق مفهوم عمومی انحلال ازدواج را افاده مینماید. بر حسب آن عدت طبق فقره دوم ماده ۱۹۹ و ماده ۲۰۰ قانون مدنی در حالات آتی بوجود می آید:

- در صورتیکه تفریق بین زوجین در نکاح صحیح یا فاسد، بعد از دخول و یا بعد از خلوت صحیح یا خلوت فاسد در نکاح صحیح صورت گرفته باشد. خواه این تفریق به اساس طلاق رجعی، باین صغرا یا باین کبری صورت گرفته باشد (بند ۱ فقره اول ماده ۱۹۹ قانون مدنی).
- در حالیکه تفریق به سبب لعان، عیب نقصان مهر، خیار بلوغ و افاقه، فسخ، متارکه در نکاح فاسد یا وطی به شبهه<sup>۲۳۳</sup> صورت گرفته باشد (بند ۲ فقره اول ماده ۱۹۹ قانون مدنی).
- هرگاه زوج در نکاح صحیح قبل از دخول و یا بعد از آن وفات نماید، عدت بر زوجه قبل از اینکه مجدداً ازدواج نماید، لازم میگردد (ماده ۲۰۰ قانون مدنی).

### گفتار چهارم: دوام عدت

دوام عدت معتدات یا زنانی که مکلف به رعایت عدت هستند بنابر حالاتی که در مواد ۲۰۱ الی ۲۱۰ قانون مدنی درج شده اند، میتوانند با هم اختلاف داشته باشند. برای تعیین مدت زمان عدت باید طبق قانون مدنی بین زن

<sup>232</sup> Nasir, The Islamic Law of Personal Status, 146.

<sup>233</sup> وطی به شبهه وقتی بوجود می آید که یک زن و یک مرد برعکس وضعیت حقوقی موجوده میپندارند که گویا آنها با هم ازدواج نموده و در نتیجه این گمان سهوی با هم رابطه جنسی برقرار نموده اند. مثلاً هرگاه دو شخص بدون اینکه بفهمند که میان آنها یک حرمت دایمی ازدواج وجود دارد، با هم ازدواج کرده و بعد از ازدواج دخول صورت گیرد با وجودیکه این ازدواج یک ازدواج باطل است، میتوان از وطی به شبهه صحبت نمود. در این مورد نیز نظام الدین عبدالله، حقوق فامیل، جلد اول، صفحه ۵۳۱ ملاحظه شود.

حایض، زن آیسسه یا منکوحه ای که به سن بلوغ رسیده و حایض نگردیده، زن عادی به طهر متداوم، زن عادی به خونریزی متداوم، زن حامله و زوجه متوفی فرق گذاشته شود. در رابطه با سپری نمودن عدت حکم ماده ۲۱۰ قانون مدنی نیز قابل توجه میباشد. بنابراین هرگاه شوهر با معتده طلاق باین صغرای خود در خلال مدت عدت ازدواج نموده و مجدداً او را طلاق دهد، در این صورت زوجه مستحق مهر کامل گردیده و مدت عدت جدید را تکمیل مینماید. گرچه این طلاق قبل از دخول صورت گرفته باشد. با آنکه احکام قانون مدنی در مورد عدت صرف طلاق و تمام انواع فسخ را نام میبرند، قابل ملاحظه میباشد که این مواد تفریق را نیز دربر میگیرند، زیرا تفریق در حکم یا طلاق باین و یا طلاق رجعی میباشد و بنابراین آثار طلاق شامل تفریق نیز میشود.

#### الف) زوجه حایض

بر حسب حکم فقره اول ماده ۲۰۱ قانون مدنی عدت در طلاق (و همچنین تفریق) و تمام انواع فسخ بعد از نکاح صحیح برای زن مدخول بهای حقیقی یا حکمی که حامله نبوده و حایض گردد، سه حیض کامل میباشد. فقره دوم ماده ۲۰۱ قانون مدنی حکم مینماید که حیضی که در آن طلاق یا تفریق صورت گرفته در عدت محسوب نمیگردد پس عدت زنانی که نکاح شان صحیح بوده و همبستری با آنها صورت گرفته، با سپری نمودن سه حیض تکمیل میشود.

#### ب) زوجه آیسسه و زوجه غیر حایض

عدت در طلاق (و همچنین تفریق) یا فسخ برای منکوحه آیسسه یا منکوحه ایکه به سن بلوغ رسیده و حایض نگردیده است، طبق حکم ماده ۲۰۲ قانون مدنی سه ماه کامل میباشد. هرگاه مراهمه و آیسسه عدت شان را به حساب ماه آغاز کرده و قبل از تکمیل سه ماه حایض شوند، برحسب حکم ماده ۲۰۳ قانون مدنی عدت شان سه حیض کامل میباشد.

#### پ) زوجه عادی به طهر متداوم

عدت زوجه عادی به طهر متداوم طبق حکم فقره اول ماده ۲۰۴ قانون مدنی یک سال کامل است، مشروط بر اینکه معتده در خلال این مدت حایض نشود. در صورت حایض شدن در سال اول، عدت با ختم سال دوم که معتده در آن حایض نشده باشد، تکمیل میگردد. فقره دوم ماده ۲۰۴ قانون مدنی حکم میکند که اگر در سال دوم نیز حایض گردد، عدت به مجرد مشاهده خون در سال سوم و یا به ختم آن، بدون مشاهده خون تکمیل میشود.

#### ت) زوجه عادی به خونریزی متداوم

عدت زوجه عادی به خونریزی متداوم که ترتیب عادت ماهوار خود را فراموش کرده باشد، به اساس حکم ماده ۲۰۵ قانون مدنی بعد از وقوع طلاق (و همچنین تفریق) یا فسخ، هفت ماه کامل میباشد.

### ث) زوجه حامله

عدت زن حامله بر حسب حکم ماده ۲۰۶ قانون مدنی با وضع کامل حمل تکمیل می‌گردد، مشروط بر اینکه تشکل اعضای حمل تماماً و یا قسملاً ظاهر باشد.

### ج) زوجه متوفی

مطابق حکم ماده ۲۰۷ قانون مدنی مدت عدت بعد از وفات شوهر چهار ماه و ده روز است، مگر اینکه زوجه حامله باشد. در این صورت حکم مندرج ماده ۲۰۶ قانون مدنی تطبیق می‌گردد که مطابق آن ایام عدت با تولد نوزاد اکمال می‌یابد.

هرگاه شوهر قبل از تکمیل عدت طلاق زن خود وفات نماید، بر حسب حکم ماده ۲۰۸ قانون مدنی عدت طلاق تماماً ملغی و عدت وفات مطابق به حکم ماده ۲۰۷ قانون مدنی لازم می‌گردد خواه این طلاق در حال صحت و یا مرض موت صورت گرفته باشد. بنابراین در چنین حالتی مدت عدت چهار ماه و ده روز می‌باشد. هرگاه زوجه که در حال مرض موت، زوجه اش را بدون رضای وی طلاق باین نموده و در خلال عدت وی وفات کند، زوجه به اساس حکم ماده ۲۰۹ قانون مدنی مستحق میراث گردیده هر یک از عدت طلاق یا وفات را که مدت آن بیشتر باشد، تکمیل مینماید.

### مبحث دوم: نفقه عدت

نفقه عدت نفقه ای است که شوهر الی اتمام زمان عدت مکلف به پرداخت آن به زوجه می‌باشد. مطابق حکم ماده ۲۱۲ قانون مدنی هر نوع تفریقی که از جانب شوهر واقع می‌گردد، خواه طلاق باشد و یا فسخ موجب اسقاط نفقه عدت زن نمی‌گردد، گرچه شوهر قصوری در آن نداشته باشد. قانون مدنی در ماده ۲۱۲ مجدداً از اصطلاح تفریق استفاده نموده در حالیکه همانطور که فوقاً نیز ذکر گردید، مفهوم تفریق در برخی از احکام قانون و نیز در این ماده انحلال ازدواج می‌باشد.

### گفتار اول: وجیه شوهر مبنی بر پرداخت نفقه عدت

بر اساس ماده ۲۱۲ قانون مدنی نفقه معتدات آتی الذکر به شوهر لازم می‌باشد:

- ۱- معتده طلاق رجعی، باین صغرا و باین کبرا، خواه زن حامله باشد یا نه. همچنان ماده ۱۲۶ قانون مدنی در این مورد متذکر میشود که مطلقه از تاریخ طلاق تا ختم مدت عدت مستحق نفقه می‌باشد.
- ۲- معتده لعان، ایلاء<sup>۲۳۴</sup> و خلع، مگر اینکه از نفقه خود ابراء داده باشد.
- ۳- معتده ایکه تفریق وی به اثر امتناع زوج از قبول اسلام صورت گرفته باشد.
- ۴- معتده ایکه شوهر عقد نکاح را به سبب خیار بلوغ و افاقه فسخ نموده باشد.

<sup>۲۳۴</sup> در قانون مدنی ایلاء نه تعریف و نه تنظیم شده است. به اساس حقوق اسلامی ایلاء وقتی مطرح می‌گردد که شوهر در برابر زن خود یک سوگند امتناع برای مدت چهار ماه یا بیشتر از آن یاد نماید. مطابق مذهب حنفی با انقضای چهار ماهی که شوهر در آن با زوجه اش از ارتباط جنسی امتناع ورزیده است، یک طلاق باین بوجود می‌آید. مراجعه شود به تشریحات در مورد ایلاء: نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۴۸۴ و صفحات بعدی.

۵- معتده ایکه تفریق وی به سبب مرتد شدن شوهر یا به اثر ارتکاب فعلی که موجب حرمت مصاهره می‌گردد، صورت گرفته باشد.

#### گفتار دوم: اسقاط نفقه عدت

ماده ۲۱۴ قانون مدنی مشعر است که هر نوع تفریقی که به سبب قصور زن و مطالبه وی واقع شده باشد، موجب اسقاط نفقه عدت می‌گردد. در صورت فوق گرچه سبب تفریق قبل از تکمیل عدت از بین رفته باشد، معتده دوباره مستحق نفقه نمی‌گردد. البته برحسب حکم ماده ۲۱۳ قانون مدنی نفقه معتده ایکه عقد نکاح را به سبب خیار بلوغ، نقصان مهر یا معیوب بودن شوهر فسخ نموده باشد، ساقط نمی‌گردد، مشروط بر اینکه معتده در موارد فوق قصور نداشته باشد.

در صورت وفات شوهر، زن طبق حکم ماده ۲۱۵ قانون مدنی مستحق نفقه نمی‌گردد، خواه زن حامله باشد یا نه. هر گاه نفقه معتده از طرف شوهر تعیین نگردید و معتده نیز آن را تا ختم مدت عدت مطالبه نکرده باشد، طبق حکم ماده ۲۱۶ قانون مدنی نفقه عدت ساقط می‌گردد. بر علاوه ماده ۱۲۷ قانون مدنی مشعر است که ادعای مطلقه در مورد نفقه ایام عدت اگر بیش از یک سال از تاریخ طلاق باشد، قابل سمع نیست. بنابراین زوجه یک سال بیش مهلت ندارد تا ادعای خویش را در مورد نفقه ایام عدت به نزد محکمه بیاورد.

#### مبحث سوم: متعه

وجوب شوهر مبنی بر پرداخت متعه طبق حقوق افغانستان در حالت انحلال یک ازدواج صحیح قبل از دخول که در آن مهر تعیین نشده باشد، فوقاً در ضمن تشریحات در باره مهر توضیح گردید. در جوار آن حقوق افغانستان از پرداخت متعه بعد از طلاق نیز ذکر مینماید. البته شوهر به پرداخت متعه مکلف نمی‌باشد. بلکه در این حالت بر حسب مذهب فقه حنفی پرداخت از طرف شوهر صرف توصیه می‌شود یا به اصطلاح دیگر مستحب می‌باشد.<sup>۲۳۵</sup> فقره دوم ماده ۱۰۸ قانون مدنی در این مورد چنین مشعر است: «در صورتیکه طلاق بعد از دخول واقع گردد، خواه مهر مسمی باشد یا نه، ادای متعه برای زوجه جواز دارد.»

#### مبحث چهارم: آثار انحلال ازدواج در سایر کشورهای اسلامی

عدت و مکلفیت شوهر بر پرداخت نفقه در مدت عدت در سایر کشورهای اسلامی نیز به حیث آثار انحلال ازدواج پیشبینی شده اند. در کنار آن برخی کشورهای اسلامی پرداخت متعه را به زن در یک طلاق غیر عادلانه توسط شوهر نیز در نظر گرفته اند.

در مصر مطابق فرمان تقنینی شماره ۲۵ شوهر در کنار پرداخت نفقه عدت به پرداخت متعه به اندازه پرداخت نفقه برای حد اقل دو سال مکلف می‌باشد، هرگاه ازدواج صحیح بوده و در آن دخول صورت گرفته باشد و زوجه بدون

<sup>۲۳۵</sup> نظام الدین عبدالله، بررسی مسائل خانواده، جلد اول (۱۳۸۶) کابل، صفحه ۲۷۳.

رضایت و بدون دلیل از جانب شوهر طلاق شده باشد. در این مورد توان مالی شوهر و دوام ازدواج قابل رعایت است. پرداخت آن مبلغ پول از طرف شوهر به اقساط نیز صورت گرفته می‌تواند.

در کویت جزء الف) ماده ۱۶۵ قانون احوال شخصیه حکم مینماید که زن در کنار نفقه ایام عدت مستحق متعه می‌باشد، هرگاه یک ازدواج صحیح بعد از دخول منحل گردد. مقدار متعه به اساس وضع اقتصادی شوهر تعیین می‌شود. البته اندازه آن از مبلغ نفقه یک ساله تجاوز کرده نمی‌تواند. پرداخت متعه بعد از انقضای مدت عدت شروع می‌شود.

در صورتیکه زوجین به پرداخت متعه به کدام طریق دیگر توافق نکرده باشند، پرداخت آن بصورت قسط ماهوار صورت می‌گیرد. بر خلاف این قاعده، جزء ب) ماده ۱۶۵ قانون احوال شخصیه کویت پنج حالتی را تذکر می‌دهد که در آن‌ها شوهر مکلف نیست تا به زوجه متعه بپردازد:

۱- در تفریق قضائی به سبب عدم توانایی شوهر به پرداخت.

۲- در حالت تفریق قضائی به سبب عدم اطاعت زن به امور زوجیت.

۳- در طلاق خارج از محکمه به موافقه زن.

۴- در صورت فسخ ازدواج بنابر درخواست زن.

۵- در حالت فوت یکی از زوجین.

قانونگذار سوریه اصطلاح متعه را بکار نبرده، بلکه کلمه تعویض را استعمال مینماید که معنی جبران و تلافی را می‌دهد. مطابق حکم ماده ۱۱۷ قانون احوال شخصیه سوریه قاضی می‌تواند شوهر را وقتی مکلف به پرداخت تعویض گرداند که زوجه اش را ظلماً (در عربی: تعسفاً) یعنی بدون یک سبب معقول طلاق داده و به اثر آن زوجه به فقر و غربت دچار شود. مقدار تعویض به اساس توان مالی شوهر و حدود رضایت وی تعیین می‌شود. تعویض نمی‌تواند از مبلغ نفقه سه ساله یک زنی که در موقف اجتماعی هم مانند قرارداد، تجاوز نماید. همچنان مکلفیت پرداخت تعویض از طرف شوهر در کنار مکلفیت پرداخت نفقه ایام عدت قرار دارد. قاضی می‌تواند به اساس هر قضیه جداگانه تعیین نماید که تعویض یک بار یا به اقساط ماهوار قابل تأدیه می‌باشد.

همچنان قانونگذار اردن مانند قانونگذار سوریه اصطلاح تعویض را بکار برده و در ماده ۱۳۴ قانون احوال شخصیه شوهر را مکلف می‌سازد که برای مطلقه ای که وی را ظلماً (در عربی: تعسفاً) طلاق نموده است، یک تعویض بپردازد. یک سوء استفاده از حق طلاق توسط شوهر وقتی بوجود می‌آید که شوهر بدون یک سبب معقول زوجه اش را طلاق دهد. طلاق به سبب عقیم بودن و نقصان در بینایی و شنوایی زن به اساس توضیحات محکمه استیناف اردن طلاقی پنداشته می‌شود که ظلماً (در عربی: تعسفاً) صورت گرفته است. در این حالات مطلقه مستحق تعویض می‌باشد.<sup>۲۳۶</sup> تعویض با رعایت وضع مالی شوهر یک بار و یا به اقساط پرداخته می‌شود. در کنار آن مطلقه مستحق حقوق دیگر که قانوناً به او تعلق می‌گیرد، مانند نفقه عدت می‌باشد.

یک نوع دیگر جبران در حقوق ایران برای خدماتی که زن در جریان زندگی زناشویی مکلف به اجرای آن نبوده است، پیشبینی شده است (اجرت المثل). اجرت المثل تحت شرطی صورت می‌گیرد که شوهر زن را در صورتی طلاق داده باشد که زن از ادای وجایب خویش دریغ نکرده و ادامه زندگی زناشویی را قبول داشته باشد (تبصره ۶

<sup>۲۳۶</sup> قرار محکمت الاستیناف رقم ۲۲۲۹۹ در کتاب احمد سالم ملحم: الشرح التطبیقی لقانون الاحوال الشخصیه الاردنی ۱۹۹۸

ماده ۱ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق).<sup>۲۳۷</sup> بنابراین شوهر مطابق حقوق ایران بالای زن خود حق ندارد که وی اطفال مشترک شان را شیر دهد (ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی ایران)، آن ها را بعد از رسیدن به سن قانونی حفاظت نماید و یا حتی کار منزل را انجام دهد. در عوض انجام این نوع خدمات، زن بنابر شرایطی که ذکر شد مستحق اجرت المثل می‌گردد.

---

<sup>۲۳۷</sup> روزنامه رسمی شماره ۱۳۹۱۴ بتاریخ ۱۹/۹/۱۳۷۱ (۱۰/۱۲/۱۹۹۲).

بخش چهارم: حقوق اولاد، ولایت، وصایت و قیمومت

## فصل اول: حقوق اولاد

### مبحث اول: مقدمه

حقوق اولاد عبارت از قواعدی حقوقی است که مربوط به طفل و روابط فامیلی او می‌باشد. این حقوق اصلاً روابط والدین و طفل را تنظیم مینماید. در حقوق افغانستان حقوق اولاد به حیث قسمتی از حقوق فامیل در مبحث دهم، فصل دوم جلد اول قانون مدنی ۱۹۷۷ تنظیم گردیده است، ثبوت نسب طفل، وجیه شیردادن طفل، حق نفقه والدین و طفل، حضانت، ولایت بر نفس و ولایت بر اموال یک طفل صغیر نتایج حقوقی مهمی اند که بوسیله ولادت یک طفل بوجود می‌آیند. همچنان حق طفل به آن حالات حقوقی تعلق می‌گیرد که از والدین میراث ببرد و آنها از او میراث برده بتوانند.

در ذیل نتایج حقوقی ای که از طریق روابط والدین و طفل طبق حقوق افغانستان بوجود می‌آیند، با تفصیل تشریح می‌گردند.

### مبحث دوم: نسب

نسب در حقوق افغانستان در مواد ۲۱۷ الی ۲۲۸ قانون مدنی تنظیم گردیده است. قانون میان نسب از یک نکاح صحیح (مواد ۲۱۷-۲۱۹ قانون مدنی)، نسب بعد از انحلال ازدواج یا بعد از وفات شوهر (مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مدنی)، نسب از یک نکاح فاسد (مواد ۲۲۲ و ۲۲۳ قانون مدنی) و بالاخره نسب به وسیله اقرار (مواد ۲۲۲ الی ۲۲۵ قانون مدنی) فرق قایل می‌شود.

یکی از نتایج مهم حقوقی ازدواج، تثبیت نسب یک طفل یعنی تعیین مادر و پدر اولاد می‌باشد. این رابطه حقوقی میان اولاد و والدین حقوق و وجایب مختلف به میان می‌آورد. نسب برای طفل مشروعیت اعطاء مینماید. به عبارت دیگر تثبیت می‌گردد که طفل از یک رابطه مجاز قانونی به بار آمده است.<sup>۲۳۸</sup> مادر بودن به وسیله ولادت یک طفل بوجود می‌آید و از آن انکار صورت گرفته نمی‌تواند، چه ناشی از یک ازدواج صحیح یا فاسد بوده و یا حتی ازدواجی موجود نبوده باشد.<sup>۲۳۹</sup>

پدر بودن (ابویت) نمی‌تواند برای اولاد نامشروع (از طریق زنا) بوجود آید. گذشته از این نسب به وسیله اقرار، ابوت نوزاد را از یک ازدواج صحیح یا ازدواج فاسد یا وطی به شبهه بوجود می‌آورد.

### گفتار اول: اثبات نسب از یک نکاح صحیح

یک نکاح صحیح، اساس اثبات نسب یک طفل از شوهر در جریان موجودیت یک ازدواج می‌باشد. مطابق حکم ماده ۲۱۸ قانون مدنی طفل هر زوجه در ازدواج صحیح منسوب به زوج می‌گردد، مشروط بر اینکه کمترین مدت حمل سپری شده، مقاربت و خلوت صحیح بین زوجین ثابت باشد.

<sup>238</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 145.

<sup>239</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 146.

کمترین و زیاد ترین مدت حمل در حقوق افغانستان در ماده ۲۱۷ قانون مدنی طوری تثبیت گردیده که عدم اتحاد فقهای اسلامی در رابطه به زیاد ترین مدت حمل بی اهمیت باقی میماند. طبق حکم ماده ۲۱۷ قانون مدنی کمترین مدت حمل شش ماه و اکثر آن یکسال است. زمان عقد نکاح برای محاسبه مدت حمل تعیین کننده میباشد. این امر از جمله اول ماده ۲۱۹ قانون مدنی برمی آید که نتایج حقوقی یک ولادت کمتر از شش ماه بعد از عقد نکاح را تعیین مینماید. در مورد حد اکثر مدت حمل حقوق افغانستان از فقه حنفی که تولد طفل یک زن بیوه یا مطلقه را در سال دیگر بعد از انحلال ازدواج نیز متعلق به زندگی زناشویی تلقی مینماید، پیروی نکرده، بلکه در این مورد از فقه مالکی پیروی میکند.

برای اثبات رابطه جنسی و خلوت صحیحه یک عنصر مادی و یک عنصر معنوی مطالبه میگردد. عنصر مادی این است که شوهر باید بالغ بوده و از لحاظ روحی در حالتی باشد که رابطه جنسی را برقرار کرده بتواند. عنصر معنوی این میباشد که باید حد اقل امکان داشتن رابطه جنسی موجود بوده باشد.<sup>۲۴۰</sup>

هرگاه زوجه در مدت کمتر از شش ماه از عقد ازدواج وضع حمل نماید، این طفل مطلقاً نا مشروع پنداشته نمیشود، بلکه در مورد چنین اطفال آنگاه حالت یک طفل مشروع صدق مینماید که شوهر یا شوهر سابق و در صورت فوت شوهر وارث وی در برابر مادر طفل اظهار کند که طفل از شوهر یا شوهر سابق بوسیله یک رابطه مشروع با مادر طفل تولد شده است. یعنی به اثر زنا بوجود نیامده باشد. این امر صریحاً در جمله دوم ماده ۲۱۹ قانون مدنی تثبیت گردیده است. طبق این جمله چنین طفلی منسوب به شوهر نمی گردد، مگر اینکه شوهر نسبت طفل را به غیر از طریق زنا به خود ادعا نماید. لهذا در چنین یک حالت، نسب طفل به وسیله اقرار به نسب، شرایط و نتایج آن که ذیلاً در مبحث اثبات نسب به سبب اقرار مفصلاً ذکر خواهد گردید، ثابت شده میتواند.

### گفتار دوم: ثبوت نسب بعد از انحلال ازدواج یا پس از فوت شوهر

قواعد در باره اثبات نسب بعد از انحلال ازدواج یا پس از وفات شوهر در مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مدنی به ملاحظه میرسند. قانون در عنوان، اصطلاح تفریق و در متن، کلمه طلاق را بکار می برد. البته منظور مقنن تمام حالات انحلال ازدواج است که در آنها عدت بوجود می آید.

هرگاه معتد طلاق یا وفات در مدت بیشتر از یک سال از طلاق یا وفات زوج وضع حمل نماید، مطابق حکم ماده ۲۲۰ قانون مدنی دعوی نسب چنین معتد قابل سمع نمیشود، مگر اینکه در صورت طلاق، شوهر و در حالت وفات شوهر، ورثه او نسبت طفل را به خود ادعا نماید. بنابراین در همچنین حالتی ثبوت نسب صرف توسط اقرار صورت گرفته میتواند.

در صورتیکه مطلقه یا زوجه بعد از وفات شوهر به تکمیل عدت خود اقرار نماید، بر حسب حکم ماده ۲۲۱ قانون مدنی نسبت طفل او به شوهر وقتی ثابت میگردد که وضع حمل در مدت کمتر از شش ماه از اقرار و یا کمتر از یک سال از طلاق یا وفات شوهر صورت گرفته باشد.

<sup>۲۴۰</sup> گلوبل رایترز، کتاب سوم، صفحه ۲.

### گفتار سوم: ثبوت نسب در نکاح فاسد و دخول به شبهه

احکام در باره ثبوت نسب در نکاح فاسد و دخول به شبهه<sup>۲۴۱</sup> در مواد ۲۲۲ و ۲۲۳ قانون مدنی تثبیت گردیده است. طبق حکم فقره اول ماده ۲۲۲ قانون مدنی طفل زوجه در نکاح فاسد وقتی به شوهر منسوب میگردد که طفل اقلاً بعد از شش ماه بعد از دخول تولد شده باشد. بر عکس ازدواج صحیح که در آن زمان عقد نکاح قابل محاسبه میباشد، در ازدواج فاسد زمان همبستر شدن (دخول) برای محاسبه شش ماه تعیین کننده است. سایر شرایط ضروری مشابه شرایط ثبوت نسب در نکاح صحیح میباشد. یعنی شوهر باید بالغ بوده و از لحاظ جسمی (فیزیکی) در حالتی باشد که رابطه جنسی را برقرار کرده بتواند و باید حد اقل امکان دخول وجود داشته باشد.<sup>۲۴۲</sup>

در صورت متارکه یا تفریق که در پی ازدواج های فاسد صورت میگیرند، مطابق حکم فقره دوم ماده ۲۲۲ قانون مدنی طفل وقتی به شوهر منسوب میشود که حد اکثر در خلال مدت یک سال بعد از متارکه تولد شده باشد. گر چه قانون اصطلاحات متارکه و تفریق را به حیث امکانات جدایی در یک ازدواج فاسد بکارمیرد، اما این اصطلاحات از لحاظ حقوقی درست نمی باشند. زیرا قانوناً در یک ازدواج فاسد تنها امکان فسخ ازدواج موجود است.<sup>۲۴۳</sup>

قانون صریحاً تذکر نمیدهد که آیا ماده ۲۲۲ قانون مدنی در حالات وطی به شبهه تطبیق میگردد و یا خیر. البته از عنوان قانون در این مورد نتیجه بدست می آید که ماده ۲۲۲ هم ازدواج فاسد و هم وطی به شبهه را احتواء مینماید. بنابراین هرگاه رابطه جنسی اشتباهاً صورت گرفته باشد، مثلاً در حالیکه شوهر تصور نماید که با زنی که رابطه جنسی برقرار نموده است، قانوناً زنش می باشد<sup>۲۴۴</sup>، یا در صورتیکه حرمتی در ازدواج موجود بوده باشد، ولی با وجود آن مرد تصور کند که ازدواج قانوناً مجاز است<sup>۲۴۵</sup>، در این حالات طفل تولد شده از این زن، به مرد منسوب میشود، هر گاه طفل اقلاً شش ماه بعد از دخول تولد گردیده باشد.

همچنان از ماده ۲۲۳ قانون مدنی بر می آید که حالات وطی به شبهه نیز شامل ماده ۲۲۲ قانون مدنی میباشد. طبق آن در صورت ثبوت نسب گر چه در نکاح فاسد یا دخول به شبهه باشد، تمام آثار مرتبه قرابت از قبیل نفقه، ارث، حرمت و امثال آن بوجود می آیند.

### گفتار چهارم: اقرار به نسب

هرگاه شرایط ثبوت نسب از یک نکاح صحیح یا فاسد، بعد از انحلال ازدواج یا بعد از مرگ شوهر و در وطی به شبهه تحقق نیابند، ثبوت نسب توسط اقرار نیز صورت گرفته میتواند.<sup>۲۴۶</sup> اقرار به نسب آنگاه مهم میباشد که

<sup>۲۴۱</sup> در رابطه با دخول به شبهه مراجع به پاورقی شماره ۲۴۶ ملاحظه گردد.

<sup>۲۴۲</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۳.

<sup>۲۴۳</sup> در رابطه با فسخ نکاح مراجعه شود به فصل پنجم، مبحث اول.

<sup>۲۴۴</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۴.

<sup>245</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 149.

<sup>246</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 150.

موجودیت یک نکاح (صحیح یا فاسد) میان مادر طفل و پدر احتمالی وی در زمان تولید مثل ثابت نگردد، اما تکذیب هم شده نتواند.

اقرار به نسب هم به وسیله پدر و مادر و هم توسط طفل صورت گرفته میتواند. حقوق افغانستان در مواد ۲۲۴ الی ۲۲۸ قانون مدنی در این مورد احکامی را دارا میباشد.

اقرار به نسب در خارج از بنوت، ابوت و امومت طبق حکم ماده ۲۲۷ قانون مدنی بر غیر تأثیری ندارد، مگر اینکه غیر آن را تصدیق نموده باشد. بطور مثال این حالت وقتی حادث میگردد که کسی ادعا نماید که یک شخص برادر، کاکا یا نواسه او میباشد.

این چنین اقرار صرف وقتی اعتبار حاصل مینماید که مقررله اقرار را تصدیق نموده و سایر شرایط قانونی اقرار را به نسب تحقق یابند.<sup>۲۴۷</sup>

### الف) اقرار به وسیله پدر

ماده ۲۲۴ قانون مدنی قبل از همه مربوط به ثبوت نسب به سبب اقرار پدر میباشد. طبق آن ثبوت نسب به بنوت گر چه در حال مرض موت باشد، وقتی صورت میگیرد که شرایط آتی تحقق یابند:

۱- مقرر در سنی باشد که مقررله فرزند وی شده بتواند.

۲- مقررله نسب معلوم نداشته باشد.

۳- مقررله ممیز ادعای مقرر را تصدیق نماید.

شرایط دیگری برای ثبوت نسب به سبب اقرار عبارت از این است که طفل باید از یک رابطه مشروع بوجود آمده و از طریق یک رابطه نا مشروع یعنی زنا تولد نشده باشد.<sup>۲۴۸</sup>

### ب) اقرار به وسیله مادر

ثبوت نسب بوسیله اقرار مادر در ماده ۲۲۵ قانون مدنی تنظیم گردیده است. طبق آن نسب توسط اقرار زوجه یا معتده وقتی ثابت میگردد که شوهر اقرار زوجه را تصدیق کند و یا از طرف زوجه ادله مثبت ارائه گردیده باشد.

### پ) اقرار به وسیله طفل

شخصی که نسب وی معلوم نباشد و به ابوت یا امومت شخصی اقرار نماید، بر حسب حکم ماده ۲۲۶ قانون مدنی نسب وی وقتی ثابت میگردد که:

۱- مقرر در سنی باشد که فرزند مقررله شده بتواند.

۲- مقررله ادعای مقرر را تصدیق نماید.

در این صورت حقوق ابوت و بنوت در برابر یکدیگر ثابت میگردند.

<sup>۲۴۷</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۵.

<sup>۲۴۸</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 151.

تصدیق ادعای نسب مقرر توسط مقرر له، از طریق بینۀ مثبتۀ جانشین شده میتواند که بینۀ مثبتۀ در قدم اول شهادت دو مرد بالغ، عاقل و مسلمان یا یک مرد و دو زن میباشد.<sup>۲۴۹</sup>

### مبحث سوم: جایگاه حقوقی اطفال به طور عام

ایجاد یک رابطه میان والدین و طفل توسط ثبوت نسب هم از جانب طفل و هم از طرف والدین حقوق و وجایی را بار می آورد. در ذیل نخست جایگاه حقوقی طفل به طور عام و متعاقباً وجایب والدین در مقابل طفل مفصلاً بیان میگردد.

### گفتار اول: تابعیت طفل

تابعیت عبارت است از رابطه حقوقی یک شخص به یک دولت که از آن حقوق و وجایب بوجود می آیند. برای کسب تابعیت پرنسب خون و پرنسب خاک مدار اعتبار میباشد.<sup>۲۵۰</sup> نخستین قانون تابعیت افغانستان بتاریخ ۱۹۳۶/۱۱/۸ (۱۳۱۵/۷/۱۶) نافذ گردید. البته در سال ۱۹۸۶ یک قانون جدید تابعیت اعلام گردید که در سال ۲۰۰۰ اصلاحاتی در آن وارد شد. به اساس توضیحات دفتر پناهندگی سازمان ملل متحد (UNHCR)<sup>۲۵۱</sup> با تعدیل قانون در سال ۲۰۰۰ صرف نام جمهوری دموکراتیک افغانستان به امارات اسلامی تعدیل نموده و محتویات دیگر قانون بدون تغییر باقی ماند.

قانون تابعیت ۲۰۰۰ از پرنسب خون پیروی مینماید. ماده ۹ قانون تابعیت سال ۲۰۰۰ حکم مینماید که تمام اشخاصی که در قلمرو افغانستان یا در خارج از والدین افغان تولد گردند، اتباع افغانستان میباشند. اختلاف میان قوانین در تعیین تابعیت اطفالی میباشد که هر گاه حداقل یکی از والدین شان اتباع خارجی باشند. مطابق حکم ماده ۱۰ قانون تابعیت سال ۲۰۰۰ اطفالی که در نتیجه یک ازدواج میان یک افغان و یک خارجی متولد میگردند، آنگاه به حیث اتباع افغانستان محسوب میگردند که:

- ۱- طفل در قلمرو افغانستان تولد شده باشد.
  - ۲- طفل خارج از قلمرو افغانستان متولد گردیده ولی یک تن از والدین در هنگام تولد طفل مسکن ثابت در قلمرو افغانستان داشته باشد.
  - ۳- طفل در خارج از قلمرو افغانستان تولد شده، والدینش در عین زمان در خارج از سرحدات افغانستان اقامت دائمی داشته، ولی برای طفل تابعیت افغانستان را انتخاب نموده باشند.
- اما اگر اطفال بعد از اكمال سن رشد در مدت شش ماه یک تقاضای تحریری مبنی بر قبولی تابعیت سابقۀ والدین خود تقدیم نمایند، تابعیت افغانی آن ها از تاریخ قبول این تقاضای تحریری سلب میگردد.
- زن خارجی که شوهرش تابعیت افغانستان را داشته باشد، بصورت اتوماتیک تابعیت افغانستان را حاصل نمیکند، بلکه او باید بر حسب حکم ماده ۱۹ قانون تابعیت سال ۲۰۰۰ برای کسب تابعیت تقاضای تحریری تقدیم نماید. در

<sup>۲۴۹</sup> گلوبل رایتر، کتاب سوم، صفحه ۵.

<sup>۲۵۰</sup> محمود سلجوقی، حقوق بین الملل خصوصی، جلد اول، صفحه ۱۲۷ و ما بعد.

<sup>۲۵۱</sup> United Nations High Commissioner for Refugees.

بارهٔ اطفالی که از همچو یک ازدواج بوجود آمده باشند، در حالت کسب تابعیت افغانستان توسط زن برای اطفال ناشی از همچو یک ازدواج ماده ۹ قانون تابعیت سال ۲۰۰۰ قابل تطبیق میباشد. این امر در یک ازدواج میان یک تبعهٔ افغانی و یک تبعهٔ خارجی نیز مدار اعتبار است.

سر انجام ماده ۱۳ قانون تابعیت سال ۲۰۰۰ حکم میکند که اطفالی که از والدین خارجی در قلمرو افغانستان متولد شده و اقامت دایمی در افغانستان داشته باشند، بعد از تکمیل ۱۸ سالگی بحیث اتباع افغانستان شناخته میشوند، مشروط بر اینکه آنها تا یک سال بعد از اكمال ۱۸ سالگی کسب یک تابعیت خارجی را تقاضا نکرده باشند. اطفال رؤسا و اعضای دیپلوماتیک و نمایندگان قونسل‌های خارجی و سازمان‌های بین‌المللی مستثنی از این امر میباشند.

## گفتار دوم: اهلیت حقوقی طفل

### الف) اهلیت وجوب و اهلیت ادا

در کشور های اسلامی دونوع مختلف اهلیت وجود دارد. از یک طرف از واژهٔ اهلیت مفهوم وجود و دارا بودن اهلیت حقوقی درک میگردد که اهلیت وجوب نامیده میشود. از طرف دیگر اصطلاح اهلیت به اهلیت اعمال و اجرای حق معاملاتی یک شخص دلالت مینماید که بنام اهلیت ادا یاد میشود.

بدیترتیب اهلیت وجوب راجع به وجود حق اهلیت حقوقی و عبارت از قابلیت حمل حقوق و وجایب میباشد. هر انسان، حتی قبل از تولد در حالت جنین و تا زمان مرگ الی تقسیم میراث و تسویه قروضش واجد این اهلیت میباشد. بنابراین به یک سن معین یا یک شعور معین ضرورت ندارد. البته اهلیت حقوقی وجوب به اساس اکثر قوانین مدنی مدرن کشور های اسلامی یک فاصلهٔ زمانی بیشتر را نسبت به شخصیت انسان که محض با اكمال تولد یک طفل زنده آغاز یافته و با مرگ خاتمه مینماید، در بر میگیرد.<sup>۲۵۲</sup> شخصیت انسان در حقوق افغانستان در فقره اول ماده ۳۶ قانون مدنی تثبیت گردیده که چنین مشعر است:

«شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز و با وفات انجام می یابد.»

همین ماده قانون در فقرهٔ دوم خود حکم میکند که جنین دارای حقوقی میباشد که قانون بر آن تصریح نموده است. اهلیت معاملات یا اهلیت ادا قابلیت را بوجود می آورد که بر اساس آن معاملات حقوقی انجام داده شده میتواند. برخلاف اهلیت وجوب، اهلیت ادا برای هر شخص موجود نمیشود. اهلیت ادا یک حق غیر قابل انتقال بوده که با رسیدن به سن رشد، هر انسان آن را کسب مینماید. البته آن وقت یک شخص رشید میتواند قادر به اجرای معاملات باشد که دارای صحتمندی روحی بوده و بنا بر یک دلیل حقوقی از آن منع نشده باشد. ماده ۳۹ قانون مدنی افغانستان تعیین مینماید که چه وقت یک انسان به سن رشد میرسد. این ماده مشعر است:

«سن رشد ۱۸ سال مکمل شمسی میباشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات

دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته میشود.»

<sup>252</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 190.

بنا براین یک طفل مطابق حقوق افغانستان آنگاه اهلیت حقوقی کامل را حاصل میکند که سن ۱۸ را تکمیل نموده باشد.<sup>۲۵۳</sup>

### ب) اهلیت حقوقی کامل، نقصان و فقدان اهلیت

در رابطه با اهلیت ادا (اهلیت برای انجام معاملات حقوقی) باید بین اهلیت حقوقی کامل، اهلیت ناقص و فقدان اهلیت فرق قایل شد. در این مورد فوقاً در فصل سوم، مبحث دوم در رابطه با سن ازدواج، مفصلاً تذکر بعمل آمده است. طفلی که به سن هفت سالگی نرسیده باشد، بر حسب حکم ماده ۴۰ قانون مدنی فاقد اهلیت ادا (غیر ممیز) پنداشته میشود. شخصیکه از نگاه معنوه بودن یا جنون نمیتواند معاملات حقوقی را انجام دهد و صرف نظر از سن و سالش طبق حکم ماده ۴۰ قانون مدنی فاقد اهلیت میباشد.

طفلی که بین سنین ۷ الی ۱۸ قرار دارد، ناقص اهلیت بوده و قسمناً حق دارد تا معاملات حقوقی را انجام دهد. برای صحت معاملات حقوقی تشخیص میگردد که آیا معامله حقوقی مورد نظر برای طفل ناقص اهلیت مفاد یا ضرر بار میآورد.

تصرفات یک صغیر ممیز که کاملاً به منفعت وی باشد، بدون ابراز موافقه ولی قانونی وی جواز دارد (جمله اول فقره اول ماده ۵۴۱ قانون مدنی). در صورتیکه تصرف مذکور کاملاً به ضرر وی باشد، باطل پنداشته میشود، حتی اگر ولی وی اجازه داده باشد (جمله دوم فقره اول ماده ۵۴۴ قانون مدنی). صحت تصرفاتی که برای صغیر نفع و ضرر بار می آورد، طبق حکم فقره دوم ماده ۵۴۴ قانون مدنی به اجازه ولی قانونی موقوف می باشد.

شخص ناقص اهلیت و فاقد آن بر حسب حکم ماده ۴۲ قانون مدنی تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرایط و قواعد پیشبینی شده قانون مدنی که مفصلاً در بخش ولایت و قوامت ذکر گردیده اند، میباشد. قانون مدنی افغانستان بعضاً سن بلوغ را نیز ذکر مینماید. اما یک قاعده قانونی که چه وقت طفل به سن بلوغ میرسد، در حقوق افغانستان وجود ندارد. البته از فحوای احکام قانونی بر می آید که منظور از استعمال اصطلاح سن بلوغ در قانون مدنی اکثراً سن رشد و یا سن قانونی میباشد.

<sup>۲۵۳</sup> سن رشد در برخی از کشورهای اسلامی دیگر نیز با اكمال سن ۱۸ بوجود می آید. در لبنان بر حسب حکم ماده ۲۱۵ قانون در باره تعهدات و حقوق سال ۱۹۳۲، در سوریه مطابق به حکم فقره دوم ماده ۴۶ قانون مدنی ۱۹۴۹، در عراق به اساس فقره اول ماده ۳ قانون در مورد حمایت صغار ۱۹۸۰، در اردن طبق حکم فقره دوم ماده ۴۳ قانون مدنی ۱۹۷۶ و در مراکش بنابر حکم ماده ۲۰۹ مدونه با اكمال ۱۸ سالگی، سن رشد قانونی به میان می آید. در مصر بر حسب حکم فقره دوم ماده ۴۴ قانون مدنی سال ۱۹۴۸ سن رشد اكمال ۲۱ سالگی میباشد. همچنان در لیبیا طبق حکم فقره دوم ماده ۴۴ قانون مدنی سال ۱۹۵۳ و در کویت به اساس حکم فقره دوم ماده ۹۶ قانون مدنی ۱۹۸۰ اكمال سن ۲۱ برای رسیدن به سن رشد تعیین شده است. مطابق حکم ماده ۱۵۳ قانون احوال شخصیه تونس یک شخص در تونس با اكمال ۲۰ سالگی به رشد میرسد. به اساس ماده ۴۰ قانون مدنی الجزایر سن رشد با اكمال ۱۹ سالگی مطابقت مینماید.

### گفتار سوم: اقامتگاه طفل

طبق حکم فقره اول ماده ۵۱ قانون مدنی اقامتگاه جایی است که شخص عادتاً در آن سکونت دارد، خواه این سکونت دائم یا مؤقت باشد. به علاوه، فقره دوم همین ماده حکم مینماید که یک شخص میتواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد. بر حسب حکم ماده ۵۲ قانون مدنی اقامتگاه ناقص اهلیت، محجور، ومفقود و غایب عبارت از اقامتگاه قایم مقام قانونی شان میباشد. بنابراین اقامتگاه یک طفل ناقص اهلیت با اقامتگاه ولی قانونی و یا اشخاص مستحق حضانت او مشابه میباشد. این امر در مورد طفل فاقد اهلیت نیز صدق مینماید.

یک شخص ناقص اهلیت که مأذون به تجارت باشد، میتواند برای اجرای معاملات و تصرفات مجوزه صاحب اقامتگاه خاص شناخته شود. این امر در فقره دوم ماده ۵۲ قانون مدنی اجازه داده شده است. جواز اجرای معاملات تجارتي شخص ناقص اهلیت با رسیدن به سن ۱۶ از طرف محکمه اعطا شده میتواند که فقط از این تاریخ به بعد میتواند یک اقامتگاه خاص داشته باشد.<sup>۲۵۴</sup>

### گفتار چهارم: پرداخت نفقه توسط طفل

فرزندی که صاحب سرمایه و توانایی باشد، صرف نظر از جنسیت و سن و سال، طبق حکم ماده ۲۶۴ قانون مدنی مکلف به تأمین نفقه والدین و اجداد فقیر خویش میباشد، خواه آنها توان کسب و کار را داشته باشند یا نه. تعلق به یک دین کتابی دیگر نیز بالای این مکلفیت تأثیر نمیکند.<sup>۲۵۵</sup>

در قانون قواعدی هم وجود دارد که مکلفیت سایر خویشاوندان را مبنی بر ادای نفقه در مقابل همدیگر تنظیم مینماید. نفقه شخص فقیر که به علت مریضی جسمی یا عقلی و عصبی توان کسب و کار را نداشته باشد، طبق حکم ماده ۲۶۵ قانون مدنی به تناسب سهم ارث بدوش اقارب موسر میباشد. به استثنای نفقه اصول و فروع، بر حسب حکم ماده ۲۶۶ قانون مدنی نفقه با اختلاف دین ساقط میگردد.<sup>۲۵۶</sup> قابل توجه است که نفقه اقارب از تاریخ مطالبه آن لازم میگردد (ماده ۲۶۷ قانون مدنی).

### گفتار پنجم: حق ارث

#### الف) عمومیات

به وسیله ثبوت نسب حالات مهم حقوقی ارث بوجود می آید. هم طفل و هم والدینش میتوانند از یکدیگر میراث ببرند. در این مورد تفاوت جنسی وجود دارد که به اساس آن سهم میراث یک طفل مذکر و طفل مؤنث از همدیگر اختلاف دارند. در مورد والدین همچنان میان پدر و مادر اختلاف وجود دارد.

طوریکه در بالا تحت عنوان حقوق میراث زوجین تذکر رفت، حقوق افغانستان میراث را به میراث به طریق فرض و میراث به طریق عصوبت تقسیم مینماید. میراث به طریق فرض سهم معین وارث میباشد (ماده ۲۰۰۴ قانون مدنی).

<sup>۲۵۴</sup> مراجعه شود به تصمیم محکمه در باره فعالیت های تجارتي توسط صغار در این کتاب.

<sup>۲۵۵</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 182.

<sup>۲۵۶</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 182.

صاحبان فرض بنابر درجه قرابت خود با یک عقد ازدواج از متروکه یک سهم معین به ارث میبرند. صاحبان فرض حق دارند، سهم ارثیه خود را قبل از سایر وارثین و بعد از پرداخت مصارف تدفین و دیون و ادای وصایای مورث بدست آورند. وارثین باقیمانده بنام عصبه نسبی یاد میشوند. پس از پرداخت ارث صاحبان فرض یا در صورت نبودن آنها عصبه نسبی ارث باقیمانده را حاصل مینمایند (ماده ۲۰۱۳ قانون مدنی). بنابراین صاحبان فرض گروپ اول و مهم وارثین میباشند.<sup>۲۵۷</sup>

اینکه برخی از وارثین به حیث صاحبان فرض یا عصبه نسبی تلقی گردند، مربوط به موجودیت وارثین معین دیگر میباشد. این ها میتوانند به اساس حالات فامیلی یا صاحبان فرض و یا عصبه نسبی باشند. مادر، پدر و دختر طبق حکم ماده ۲۰۰۴ قانون مدنی صاحبان فرض میباشند، در حالیکه پدر و دختر در حالات دیگری عصبه نسبی نیز بوده میتوانند. بر عکس پسر میتواند همیشه به حیث عصبه نسبی میراث ببرد.

عصبه نسبی به سه بخش تقسیم میشوند:

۱- عصبه به سبب یک حق (عصبه بنفسه).

۲- عصبه به دلیل یک شخص دیگر (عصبه به سبب غیر).

۳- عصبه همراه با دیگران (عصبه مع غیر).

### ب) حق ارث اولاد و والدین از یکدیگر

عصبه بنفسه عبارت اند از اقارب مذکر وارث که رابطه قرابت آنها از طریق یک شخص مؤنث ایجاد نشده باشد (ماده ۲۰۱۵ قانون مدنی). ماده ۲۰۱۶ قانون مدنی تنظیم مینماید که کدام اشخاص به این گروپ تعلق میگیرند. البته این گروپ دارای چهار جهت است. در حالیکه همیشه وارثین جهت قبلی حق میراث وارثین جهت بعدی را سلب مینمایند. در داخل جهات درجه نزدیکی قرابت فیصله کننده میباشد (ماده ۲۰۱۷ قانون مدنی). در گروپ اول پسران و پسران پسر گرچه درجه آن ها تنزیل یابد و در گروپ دوم پدر و جد صحیح گرچه درجه آنها بالا رود، شامل میباشند. بنابر آن پدر هم وارث فرض و هم عصبه نسبی بوده میتواند. پدر صرف وقتی میتواند عصبه نسبی باشد که از وارث کدام فرع مذکر وجود نداشته باشد.

عصبه به سبب غیر طبق حکم ماده ۲۰۱۸ قانون مدنی به مؤنثی اطلاق میشود که در عصوبت به میت محتاج به غیر بوده و یا با غیر در عصوبت شریک باشد. در گروپ دوم پسران و دخترانی وجود دارند که مشترکاً میراث میبرند (بند اول فقره اول ماده ۲۰۱۹ قانون مدنی). در این صورت پسر دو چند دختر از ارث حصه میگیرد (فقره دوم ماده ۲۰۱۹ قانون مدنی).

عصبه مع الغیر بر حسب حکم ماده ۲۰۲۰ قانون مدنی به مؤنثی اطلاق میشود که در ایجاد رابطه قرابت میان او و مورث به مؤنث دیگری محتاج بوده و مؤنث دیگر در عصوبت با او شرکت نداشته باشد. در این گروپ خواهران عینی یا پدری و دختران یا دختران پسر شامل اند (ماده ۲۰۲۱ قانون مدنی).

مادر طبق حکم ماده ۲۰۱۰ قانون مدنی همیشه فقط به حیث صاحب فرض ششم حصه میراث را به ارث میگیرد، هرگاه اولاد یا اولاد مذکر پسر گرچه مراتب آن تنزیل نماید، از وارث باقی مانده باشد. همچنان او با موجودیت دو

<sup>257</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 208.

یا بیشتر از دو برادران و خواهران عینی یا پدری یا مادری و یا مختلط، ششم حصه میراث را و در غیر از این احوال ثلث میراث کل ترکه را مستحق میشود. به استثنای حالتی که تنها با یکی از زوجین و پدر یکجا شود، در این حالت ثلث باقی مانده ترکه را بعد از حصه زوج یا زوجه مستحق میگردد.

پدر به حیث صاحب فرض ششم حصه میراث را دریافت میدارد، هرگاه یک یا بیش از یک پسر یا اولاد مذکر پسر از وارث باقی مانده باشد.

در صورتیکه از مورث تنها یک دختر باقی مانده و پسری وجود نداشته باشد، این دختر مستحق نصف متروکه میشود (بند اول ماده ۲۰۰۸ قانون مدنی). هرگاه بیش از یک دختر موجود بوده و پسری وجود نداشته باشد، دختران مشترکاً ثلثان میراث را مستحق میشوند. در حالیکه از مورث هم پسر یا پسران و هم دختر یا دختران باقی مانده باشد، آن ها بحیث عصبه به سبب غیر میراث میبرند، طوریکه پسر یا پسران دو چند دختر یا دختران مستحق ارث میشوند (فقره دوم ماده ۲۰۱۹ قانون مدنی).

پدر، مادر، پسر، دختر، زوج و زوجه همیشه در میراث سهمیه بوده و کاملاً از آن محروم شده نمی توانند، گرچه در سهم آن ها نظر به موجودیت وارثین معین دیگر تغییرات آمده میتواند.

#### مبحث چهارم: وجایب والدین در برابر طفل

به وسیله نسب برای والدین وجایی بوجود می آیند که باید آن ها را در برابر طفل ایفا نمایند. در زمره این وجایب شیر دادن طفل (رضاع)، نفقه، حضانت، ولایت بر نفس و ولایت بر مال را شامل اند که ذیلاً به تفصیل بیان میگردند.

#### گفتار اول: رضاع

##### الف) رضاع به حیث وجیبه مادر

در مرحله اول زندگی یک طفل به شیر مادر که محتوی بخش تغذی ضروری زندگی میباشد، احتیاج دارد. سؤال قابل مناقشه در این مورد این است که آیا یک مادری که از شیر دادن به طفل خود امتناع ورزد، مجبور به شیر دادن طفل شده میتواند و یا خیر.<sup>۲۵۸</sup> مذاهب فقهی اسلامی در پاسخ به این سوال متفق نیستند. فقهای حنفی براین عقیده اند که مادر در سه حالت به شیر دادن طفل مجبور ساخته شده میتواند:<sup>۲۵۹</sup>

- ۱- هرگاه کدام زن دیگر (دایه) غیر از مادر طفل وجود نداشته باشد که طفل را شیر داده بتواند.
  - ۲- در صورتیکه نه پدر طفل و نه خود طفل دارای سرماییه باشند که بتوانند برای یک دایه بپردازند.
  - ۳- در حالتی که طفل امتناع ورزد تا توسط یک زن دیگر شیر داده شود.
- هرگاه هیچ یک از حالات فوق الذکر صدق نکند، مادر طفل را نمیتوان مکلف ساخت تا شخصاً طفل را شیر بدهد و اگر او مطابق این امر امتناع ورزد تا شخصاً طفل را شیر بدهد یا مادر طفل فوت نموده باشد، وجیبه فوری پدر طفل

<sup>۲۵۸</sup> در رابطه با این مناقشه رجوع شود به گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۷.

<sup>۲۵۹</sup> Mohammed Kadri Pasha, Code of Mohammedan Personal Law according to the Hanafite School (1914), 94.

است تا یک دایه مناسب پیدا نماید تا طفل را شیر دهد.<sup>۲۶۰</sup> هر گاه مادر شخصاً طفل را شیر بدهد، حق اجرت وی وابسته به وضعیت و احوال زندگی زنانشوهری او میباشد که آن را در قسمت بعد مورد بررسی قرار خواهیم داد. زنی که طفلی را قبل از تکمیل مدت دو سال از تولد وی شیر بدهد، طبق حکم ماده ۲۳۵ قانون مدنی، مادر رضاعی طفل و شخصی که به سبب مقاربت او شیر بوجود آمده باشد، پدر رضاعی وی محسوب شده و احکام مندرج ماده ۸۴ قانون مدنی که به اساس آن یک حرمت رضاعی بوجود می آید، بر آن تطبیق میگردد.<sup>۲۶۱</sup>

### ب) اجرت شیر دادن طفل توسط پدر

اجرت شیر دادن طفل طبق حکم ماده ۲۲۹ قانون مدنی به ذمه شخصی است که به ادای نفقه وی مکلف است. این اجرت به مقابل تغذیه طفل پرداخته میشود. در قدم اول پدر به ادای نفقه طفل مکلف میباشد.<sup>۲۶۲</sup> بنابراین وی مکلف به پرداخت مخارج شیر دادن طفل نیز است. هر گاه پدر فقیر بوده یا وفات نموده باشد، اجرت شیر دادن طفل به عهده شخصی است که مکلف به ادای نفقه وی میباشد. اما اگر طفل شخصاً صاحب سرمایه باشد، اجرت شیر دادن طفل در هر حالتی از سرمایه شخصی وی پرداخته میشود.<sup>۲۶۳</sup> هر گاه مادر شخصاً طفل خود را شیر دهد، تا وقتی که در قید نکاح شوهر خود بوده یا در عدت طلاق رجعی باشد، مستحق اجرت شیر دادن طفل نمی گردد (ماده ۲۳۰ قانون مدنی). برعکس در صورتیکه مادر طفل خویش را در خلال عدت طلاق باین یا بعد از تکمیل عدت طلاق رجعی شیر بدهد، طبق حکم ماده ۲۳۱ قانون مدنی مستحق اجرت میگردد. قابل توجه است که مطابق حکم ماده ۲۳۳ قانون مدنی در چنین حالات اگر زنی بدون اجرت یا به اجرت کمتر از آنچه مادر مطالبه مینماید، به شیر دادن طفل حاضر شود، مادر مستحق اجرت شیر دادن طفل نميگردد. بعلاوه ماده ۲۳۲ قانون مدنی حکم میکند که مادر بیش از دو سال مستحق اجرت شیر دادن طفل نمی گردد. این امر از آن منتج میگردد که مطابق تمام مذاهب فقهی اسلامی باید الی تکمیل دو سالگی به طفل شیر داده شود، هر گاه مادر خواسته باشد که دوره شیر دادن را اکمال نماید.<sup>۲۶۴</sup> مقدار اجرت شیر دادن مطابق حقوق عرفی تعیین میگردد. معیار آن اجرتی است که درحال حاضر به دایه ها پرداخته میشود.<sup>۲۶۵</sup> اجرتی که نسبت شیر دادن برای مادر تعیین گردیده است، به علت وفات پدر طفل ساقط نشده بلکه طبق حکم ماده ۲۳۴ قانون مدنی از ترکه متوفی مثل سایر دیون پرداخته میشود.

<sup>260</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 157.

<sup>۲۶۱</sup> در مورد شرایط قرابت رضاعی و حرمت رضاعی فوقاً در فصل سوم محرمات نکاح ملاحظه شوند.

<sup>۲۶۲</sup> در مورد نفقه طفل مطالب بعدی ملاحظه شوند.

<sup>۲۶۳</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۷.

<sup>264</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 158.

<sup>۲۶۵</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۸.

## گفتار دوم: وجیهه نفقه اولاد

### الف) وجیهه پدر طفل مبنی بر ادای نفقه

نفقه اولاد در ماده ۲۵۶ قانون مدنی افغانستان تثبیت گردیده است. طبق آن نفقه با تمام انواع آن در قسمت پسر صغیر تا وقت توان کسب و کار و در مورد دختر صغیره الی هنگام ازدواج به دوش پدر می باشد. اما عدم توانایی کسب و کار اولاد با وجودیکه به سن رشد رسیده باشد، میتواند به سبب حالات فزیکه یا روانی نیز بوجود آید.<sup>۲۶۶</sup> بنابراین پدر تنها به تأمین نفقه اطفال صغیر مکلف نمی باشد، بلکه طبق حکم ماده ۲۵۷ قانون مدنی نفقه پسر کبیر که توان کسب و کار را نداشته باشد و نفقه دختر کبیره فقیره در هر حالت تا وقت ازدواج بدوش پدر وی میباشد. مصارف نفقه یک پسر (صغیر) یا یک دختر (صغیره) صاحب کسب و کار در صورت کفایت از عواید شان تأمین گردیده و در حالت عدم کفایت بر حسب حکم فقره اول ماده ۲۵۸ قانون مدنی بقیه نفقه از طرف پدر تکمیل میگردد. هر گاه عواید کسب و کار اولاد بیشتر از مصارف نفقه شان باشد، مطابق حکم فقره دوم ماده ۲۵۸ قانون مدنی مقدار اضافی از طرف پدر ذخیره شده و بعد از رسیدن به سن بلوغ به آن ها مسترد میگردد.

### ب) وجیهه سایر خویشاوندان در قسمت ادای نفقه

هر گاه پدر توان پرداخت نفقه اولاد خود را نداشته و از کسب و کار نیز عاجز باشد، مکلفیت نفقه اولاد طبق حکم ماده ۲۵۹ قانون مدنی به ولی بعد از پدر انتقال مینماید. بعد از پدر طبق حکم ماده ۲۶۸ قانون مدنی جد صحیح به حیث ولی پنداشته میشود. هر گاه پدر معسر بوده و از کسب و کار عاجز نباشد، بر حسب حکم ماده ۲۶۰ قانون مدنی پرداخت نفقه اولاد از ذمه وی ساقط نمی گردد. در این صورت ولی ایکه بعد از پدر قراردارد، مکلف به پرداخت نفقه اولاد بوده، حین یسار پدر نفقه را از وی مطالبه مینماید. ماده ۲۶۱ قانون مدنی حکم مینماید که طفلی که پدرش وجود نداشته و مالک دارایی شخصی نباشد، در حالیکه اقارب طفل مرکب از اصول و حواشی باشد، نفقه وی به ترتیب آتی پرداخته میشود:

۱- در صورتیکه تنها اصول و یا حواشی وارث طفل باشند، اصول خواه وارث طفل گردد یا نه، مکلف به پرداخت نفقه میباشد.

۲- در حالیکه اصول و حواشی مشترکاً وارث طفل باشند، نفقه به تناسب سهم میراث هر کدام پرداخته میشود.

### پ) وسعت وجیهه نفقه

نفقه شامل مخارج سرپناه، لباس، غذا، مواظبت صحی و تمام مصارف ضروری دیگری میباشد که برای نیازمندی جسمانی و رشد و نموی طفل لازم است.<sup>۲۶۷</sup> طبق حکم ماده ۲۶۲ قانون مدنی پدر مکلف به پرداخت نفقه زوجه پسر خود نمی باشد، مگر اینکه قبلاً به آن تعهد نموده باشد. در این صورت پدر حین یسار پسرش مصارف نفقه را از وی مطالبه مینماید.

<sup>266</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 176.

<sup>267</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۱۸.

زوجین میتوانند بر حسب حکم ماده ۲۶۳ قانون مدنی در مورد نفقهٔ اولاد شان صلح نمایند. هر گاه صلح به کمتر از نفقهٔ لازمه صورت گرفته باشد، پدر مکلف به تکمیل نفقه بوده و در صورت صلح به مقدار بیشتر از نفقهٔ لازمه و وجود تفاوت فاحش، پدر به پرداخت مقدار اضافی مکلف گردانیده نمی شود.

### گفتار سوم: سرپرستی و نگاهداری طفل صغیر توسط والدین

سرپرستی و نگاهداری طفل صغیر توسط والدین عبارت است از رابطهٔ حفاظتی که مصلحت طفل را در نظر دارد و وجایب متفاوتی را برای والدین به بار آورده و این وجایب برای والدین حق حفاظت طفل را در برابر هر شخص دیگر بوجود می آورند. مسئولیت والدین و خصوصیات وجبوی در صدر این موضوع قرار دارند. سرپرستی و نگاهداری طفل توسط والدین در حقوق اسلام به سه بخش تقسیم شده است:<sup>۲۶۸</sup>

- ۱- حضانت عبارت است از مواظبت یک طفل در سال های اول زندگی که طفل به حفاظت یک زن ضرورت دارد. این حفاظت توسط مادر یا یک زنی دیگر که برای این منظور مؤظف شده است، صورت میگیرد.
  - ۲- ولایت در تربیت یا ولایت بر نفس در حقوق اسلام عبارت است از وجبیهٔ ولی قانونی در مورد تربیه، پرورش، رشد، سلامتی و امنیت طفل. ولی تربیت یا ولی نفس طفل در قدم اول پدرش بحیث ولی قانونی اش می باشد.
  - ۳- ولایت اموال عبارت از وجبیهٔ قانونی ولی است که دارایی طفل را اداره نماید. در این مورد نیز پدر به حیث ولی قانونی طفل برای سرپرستی دارایی طفل خود مکلف میباشد.
- ذیلاً وجایب حضانت و قواعد قانون مدنی افغانستان در این مورد مفصلاً بیان میگردد.

## الف) حضانت

### ۱) تعریف

اصطلاح حضانت در فقره اول ماده ۲۳۶ قانون مدنی تعریف گردیده که طبق آن حضانت عبارت از حفاظت و پرورش طفل است در مدتی که طفل به حفاظت و پرورش زن محتاج باشد. مدت ضروری حفاظت و پرورش بوسیلهٔ یک زن توسط قانون مفصلاً تنظیم گردیده است. مدت حضانت پسر مطابق حکم ماده ۲۴۹ قانون مدنی با سن هفت و از دختر با سن نه سالگی تمام خاتمه پیدا میکند. محکمه میتواند طبق حکم ماده ۲۵۰ قانون مدنی مدت حضانت مندرج ماده ۲۴۹ قانون مدنی را تمدید نماید، مشروط بر اینکه مدت تمدید شده از دو سال تجاوز نکند. حضانت در حالتی که والدین از هم جدا شده اند، اهمیت حاصل مینماید.<sup>۲۶۹</sup>

### ۲) اشخاص مستحق

حضانت به اساس حکم فقره دوم ماده ۲۳۶ قانون مدنی حق اشخاصی است که به اساس احکام قانون مدنی گماشته میشوند. تمام مذاهب فقهی اسلامی از این عقیده پیروی مینمایند که باید مادر قبل از همه برای حضانت در نظر

<sup>268</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 158.

<sup>۲۶۹</sup> گلوبل رایترز، کتاب سوم، صفحه ۹.

گرفته شود، خواه از شوهر خود جدا شده باشد، یا با وی یکجا زندگی نماید.<sup>۲۷۰</sup> این اصل در حقوق افغانستان در ماده ۲۳۷ قانون مدنی تثبیت گردیده است. طبق آن مادر نسبی در خلال زوجیت و بعد از تفریق به حفاظت و پرورش طفل حق اولیت دارد، مشروط بر اینکه واجد شرایط اهلیت حضانت باشد.

شرایط اهلیت حضانت یک زن در ماده ۲۳۸ قانون مدنی به تفصیل تنظیم گردیده است. 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.

بنابر حق تقدم مادر مبنی بر حضانت، در صورت وفات یا عدم توانایی اش، اقارب وی نسبت به اقارب پدری طفل در به عهده گرفتن حضانت حق اولویت دارند. زنانیکه حق حضانت طفل را دارا می باشند، برحسب حکم ماده ۲۳۹ قانون مدنی به ترتیب درجه استحقاق عبارتند از:

۱- مادر، مادر مادر یا بالاتر از آن.

۲- مادر پدر.

۳- خواهر اعیانی.

۴- خواهر اخیافی.

۵- خواهر علاتی.

۶- دختر خواهر اعیانی.

۷- دختر خواهر اخیافی.

۸- دختر خواهر علاتی.

۹- خاله اعیانی.

۱۰- خاله اخیافی.

۱۱- خاله علاتی.

۱۲- خاله اعیانی پدر.

۱۳- خاله اخیافی پدر.

۱۴- خاله علاتی پدر.

۱۵- عمه مادر.

۱۶- عمه پدر. هر گاه برای حضانت طفل نه از جانب مادر و نه از طرف پدر کدام زنی پیدا شده نتواند، حکم ماده ۲۴۰ قانون مدنی قابل رعایت میباشد. ماده ۲۴۰ قانون مدنی حکم مینماید که هر گاه اشخاص مندرج ماده ۲۳۹ قانون مدنی وجود نداشته و یا فاقد شرایط اهلیت حضانت باشند، حق حضانت به عصبای طفل به ترتیب میراث انتقال مینماید. این اشخاص بالترتیب عبارتند از:

۱- پدر.

۲- جد پدری و بالاتر از آن.

۳- برادر اعیانی.

۴- برادر علاتی.

<sup>270</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 159.

۵- برادر زاده های اعیانی.

۶- برادر زاده های علای.

۷- اخلاف اعیانی و علای برادر.

۸- کاکای علای.

۹- پسر کاکای علای.

باید افزود که قبل از عمه مادر و عمه پدر، عمه طفل نسبت به حضانت طفل مستحق تر است. زیرا، طبق فرمان شماره ۲۰۰۷ مؤرخ ۲۹ جدی، ۱۳۵۸ مقام ریاست جمهوری<sup>۲۷۱</sup> در این ماده چنین زیادت به عمل آمده است: «کلمه عمه در ماده ۲۳۹ بعد از شماره ۱۴ گرفته شود».

هر گاه اشخاص فوق الذکر وجود نداشته یا فاقد شرایط اهلیت حضانت باشند، بر حسب حکم ماده ۲۴۱ قانون مدنی طفل جهت حفاظت و پرورش به نزدیک ترین محرم از ذوی الارحام وی به ترتیب درجه استحقاق، به اشخاص ذیل سپرده میشود:

۱- پدر مادر.

۲- برادر اخیافی.

۳- پسر برادر اخیافی.

۴- کاکای اخیافی.

۵- مامای اعیانی.

۶- مامای علای.

۷- مامای اخیافی.

هر گاه میان طفل و شخصی که حضانت طفل را به عهده میگیرد، یک حرمت ازدواج وجود داشته باشد، بر اساس حکم ماده ۲۴۱ قانون مدنی دختر کاکا، دختر عمه، دختر ماما و دختر خاله در صورتیکه طفل پسر باشد، حق حضانت ندارند. همچنان پسر کاکا، پسر عمه، پسر ماما، پسر خاله در حالتی که طفل دختر باشد، نمی توانند حق حضانت وی را داشته باشند.

هر گاه مادر حضانت طفل را به عهده داشته باشد، تا وقتی که در قید نکاح یا عدت قرار دارد، نمی تواند بدون اجازه پدر، طفل را با خود به سفر ببرد (ماده ۲۵۲ قانون مدنی). این امر در مورد پدر نیز صدق میکند که وی بر حسب حکم ماده ۲۵۴ قانون مدنی نمی تواند در خلال مدت حضانت بدون اجازه حاضنه طفل را با خود به سفر ببرد. همچنان حاضنه طبق حکم ماده ۲۵۳ قانون مدنی نمیتواند بدون اجازه ولی، طفل را با خود به سفر ببرد. در صورتیکه بیش از یک نفر حق حضانت طفل را داشته باشند، به اساس حکم ماده ۲۴۲ قانون مدنی، محکمه میتواند هر کدام را که بیشتر به مصلحت طفل باشد، انتخاب نماید.

### ۳) از دست دادن حق حضانت

حق مواظبت از طفل در حالاتی میتواند از بین برود. این امر در حالتی میتواند واقع گردد که شخص مستحق حضانت برای اجرای حضانت مناسب نباشد. مطالبات مندرج ماده ۲۳۸ قانون مدنی در مورد اهلیت زن درباره سایر

<sup>۲۷۱</sup> . منتشره جریده رسمی شماره ۳۹۱، مؤرخ ۳۰ / ۱۱ / ۱۳۵۶.

اشخاصیکه مستحق حضانت اند، نیز قابل رعایت می باشند. طبق این ماده 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.

قانون در ماده ۲۵۱ خود حاوی یک اصل کلی میباشد که به اساس آن محکمه میتواند طفل را جهت حفاظت و پرورش به شخصی که به درجه دوم مستحق حضانت است تسلیم نماید. البته باید ثابت گردد که شخصی که حضانت طفل را به عهده دارد، به مصلحت طفل رفتار نمی نماید، گر چه حتی وی پدر طفل باشد. طوریکه فوقاً تذکر یافت، باید میان طفل و شخص مستحق حضانت یک حرمت ازدواج موجود باشد. علاوه بر این یک زنی که طفل را مواظبت مینماید، خواه مادر طفل باشد و یا یک زن دیگر، طبق فقه حنفی حق حضانت را از دست میدهد، هرگاه با مردی ازدواج نماید یا در قید ازدواج مردی باشد که حرمت ازدواج میان این مرد و طفل (دختر) موجود نباشد.<sup>۲۷۲</sup> همچنان هرگاه شخص مستحق حضانت یک مرد بوده و با زنی ازدواج نموده باشد که میان این زن و طفل (پسر) حرمت ازدواج موجود نباشد، این شخص حق حضانت را از دست میدهد. در مورد حضانت یک طفل توسط یک مرد توافق نظر وجود دارد که بر علاوه یک زن مثلاً خانم، مادر یا مادرکلان او موجود باشد تا از موضوع مواظبت طفل را مراقبت نماید.

مردیکه حضانت طفل را بعهدہ دارد، باید پیرو مذهبی باشد که طفل متعلق به آن است. هرگاه به طور مثال یک طفل غیر مسلمان دارای دو برادر اعیانی بوده که یکی از آنها مسلمان و دیگری غیر مسلمان باشند، به اساس این اصل حضانت وی به برادر غیر مسلمانش واگذار میشود.<sup>۲۷۳</sup> هرگاه حق حضانت به سبب از اسباب قانونی ساقط گردد، با از بین رفتن سبب مذکور طبق حکم ماده ۲۴۳ قانون مدنی این حق دوباره اعاده میگردد.

#### ۴) وجیه پرداخت اجرت حضانت

وجیه پدر مبنی بر پرداخت مخارج اجرت حضانت بر حسب حکم ماده ۲۴۴ قانون مدنی در پهلوی وجیه پرداخت مصارف اجرت رضاع طفل و نفقه وجود دارد. در صورتیکه طفل مالک دارایی شخصی باشد، این اجرت از دارایی وی پرداخته میشود، مگر اینکه پدر تبرعاً آن را بپردازد. بنابراین پدر در مقابل شخصی که حضانت را بعهدہ میگیرد، مکلف است تا تمام مخارجی را که به نسبت حضانت بوجود می آیند، تادیه نماید. اجرت شخصی که حضانت طفل را بعهدہ دارد، شامل این مخارج میباشد.<sup>۲۷۴</sup>

توجه باید نمود که مطابق فقه حنفی مادر تا هنگامیکه در قید نکاح پدر طفل یا در عدت طلاق رجعی وی قرار دارد، حق مطالبه جبران مخارج حضانت را ندارد. دلیل این امر این است که مادر در هر دو حالت از پدر طفل مستحق نفقه میباشد.<sup>۲۷۵</sup> در این مورد در حقوق افغانستان در فقره اول ماده ۲۴۵ قانون مدنی حکمی وجود دارد. در صورتیکه

<sup>۲۷۲</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۱۱.

<sup>۲۷۳</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 165.

<sup>۲۷۴</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۱۱.

<sup>۲۷۵</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 166.

مادر طفل در عدت طلاق باین بوده یا با شخصی که محرم طفل است، ازدواج کرده و یا معتدّه او باشد، طبق حکم فقره دوم ماده ۲۴۵ قانون مدنی مستحق حضانت می‌گردد.

هرگاه شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت معسر بوده و یکی از محارم، حضانت طفل را تبرعاً بعهده گیرد، حاضنه بر حسب حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی مخیر است که حضانت را بدون اجرت بعهده گرفته و یا او را به متبرع واگذار شود.

در صورتیکه شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت، موسر بوده و طفل نیز مالک دارایی باشد، به اساس حکم ماده ۲۴۷ قانون مدنی طفل در مقابل اجرت مثل به مادر تسلیم می‌گردد، گرچه این اجرت از دارایی صغیر پرداخته شود.

## ب) ولایت بر نفس

### ۱) تعریف

ولایت نفس طوریکه در بخش ولایت ازدواج<sup>۲۷۶</sup> از آن تذکر بعمل آمد، بطور خاص در قانون مدنی افغانستان تنظیم نشده است. تمام مذاهب فقهی اسلامی در این باره توافق دارند که ولی قانونی طفل صغیر باید از تربیت، پرورش، رشد، سلامتی و امنیت او مواظبت نماید. این مواظبت، ولایت نفس یا ولایت تربیت نامیده میشود. با اختتام حضانت مادر، مرحله ولایت بر نفس ولی قانونی شروع میشود.<sup>۲۷۷</sup> در این مورد سؤالی بوجود می‌آید که کدام شخص مکلفیت سرپرستی طفل را بعهده می‌گیرد، وقتی که طفلی که در حضانت مادر قرار دارد، به سن معینه (دختر ۹ سال و پسر ۷ سال، هر گاه از طرف محکمه تمدید نشده باشد) رسیده باشد.

### ۲) اشخاص مستحق

حق پدر مبنی بر ولایت نفس در حقوق افغانستان قانوناً تثبیت نشده است. حق تقدم پدر مبنی بر ولایت بر نفس در حقوق افغانستان از فحواي حکم فقره اول ماده ۷۱ قانون مدنی در مورد ولایت در عقد ازدواج یک دختری بین سنین ۱۵ و ۱۶ استنباط شده میتواند.

به علاوه در بخش احکام اداره اموال یک طفل ناقص اهلیت از اشخاصی نام برده شده است که برای ولایت اموال وی گماشته میشوند. سؤال این است که آیا این احکام در مورد ولایت بر نفس نیز تطبیق شده میتوانند و آیا سلسله مراتب اشخاصی که اموال یک طفل ناقص اهلیت را اداره مینمایند، در ولایت بر نفس یک طفل نیز به کار برده شده میتواند؟ البته چون قانون صریحاً ولایت اموال یک طفل ناقص اهلیت را تنظیم نموده و در مورد ولایت بر نفس سکوت اختیار کرده است، میتوان از موجودیت یک خلای قانونی صحبت نمود. به اساس حکم فقره دوم ماده ۱ قانون مدنی در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، به اساسات کلی فقه حنفی مراجعه صورت گرفته میتواند. در مذهب حنفی نیز در باره ترتیب اولیاء بر نفس دو نظریه وجود دارد: امام ابو یوسف (رح) و امام محمد (رح) شاگردان

<sup>۲۷۶</sup> به ولایت ازدواج در فصل سوم این کتاب مراجعه شود.

<sup>۲۷۷</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 172.

امام ابو حنیفه بر این نظر اندک: ولایت اجبار برای عصبات به ترتیب ارث (بنوت، ابوت، اخوت وعمومت) است که ترتیب آنها قرار آتی است:

- ۱) پسر و پسر پسر هر قدر که درجه آنها پایین تر برود؛
  - ۲) پدر و پدر کلان عصبی هر قدر که درجه آنها بالا برود؛
  - ۳) برادر پدری و مادری و برادر پدری و اولاد آنها هر قدر که درجه آنها پایین برود؛ و
  - ۴) کاکا و کاکای پدر و اولاد آنها هر قدر که درجه آنها پایین برود.
- وبعد از اشخاص مذکور، ولایت اجبار به موجب حدیث: «الْأُسْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ»<sup>۲۷۸</sup> (سلطان ولی کسی است که ولی نداشته باشد) به سلطان یا نایب او؛ یعنی: انتقال می نماید. ولی، امام ابو حنیفه (رح) بر این نظر است که ولایت اجبار در صورت عدم موجودیت عصبات به ذوی الارحام ثابت می گردد. پس، در صورت عدم موجودیت عصبات ولایت تزویج برای مادر و بعد از مادر به مادر پدر و بعد از مادر پدر به مادر مادر، و در صورت عدم موجودیت اصول ولایت اجبار در ازدواج به فروع انتقال می آید طوری که، دختر بر دختر پسر و دختر پسر، بر دختر دختر به سبب قوت قرابت حق تقدم می داشته باشد، و در صورت عدم موجودیت فروع، ولایت اجبار در ازدواج به جد غیر صحیح؛ یعنی: پدر مادر و در صورت عدم موجودیت جد غیر صحیح به خاله و عمه و اولاد آنها انتقال می آید. در صورت عدم موجودیت ذوی الارحام ولایت تزویج به حاکم یا نائب او؛ یعنی: قاضی انتقال می نماید.

### ۳. دوام ولایت بر نفس

در صورتیکه سن طفل تحت حضانت مادر از اندازه معینه (دختر ۹ سال و پسر ۷ سال، هرگاه از طریق محکمه تمديد نشده باشد) تجاوز نماید، پدر طفل و در صورت نبودن پدر، جد صحیح و بعداً اشخاصیکه در بالا از آن ها تذکر بعمل آمد، حق دارند که طفل را از نزد شخصی که او را تحت حضانت دارد، نزد خود بیاورند.<sup>۲۷۹</sup>

در مورد اتمام ولایت نفس احکام مواد ۳۹ الی ۴۲ قانون مدنی قابل رعایت میباشند. ولایت نفس طبق حکم ماده ۴۲ قانون مدنی که تطبیق احکام ولایت را در مورد اشخاص فاقد اهلیت و ناقص آن پیشبینی نموده است، با رسیدن به سن رشد خاتمه می یابد. اهلیت حقوقی کامل بر حسب حکم ماده ۳۹ قانون مدنی با اكمال سن ۱۸ در حالت صحت عقل بوجود می آید.

### پ) ولایت بر اموال

ولایت بر اموال عبارت از اداره اموال یک طفل بوده و به وجایب ولی ارتباط میگیرد که در برابر طفل ایفا میگردند. اشخاصیکه بالترتیب برای اداره اموال یک طفل گماشته میشوند، طبق حقوق افغانستان عبارتند از:

- ۱- پدر بحیث ولی.
- ۲- وصی اختیاری که از طرف پدر تعیین شده باشد.
- ۳- پدر کلان بحیث ولی، هرگاه از طرف پدر وصی تعیین نشده باشد.

<sup>۲۷۸</sup> . رواه احمد والاربع الی النسائی.

<sup>۲۷۹</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 189.

۴- وصی قضائی.

ذیلاً دربارهٔ ولایت اموال فوق الذکر به تفصیل توضیحات داده شده، شرایط هر کدام آنها، شروع ولایت، وسعت اختیارات اولیا و اختتام ولایت تشریح میگردند.

## (۱) ولی قانونی

### (۱.۱) شرایط و شروع ولایت

ولایت بر اموال اولاد ناقص اهلیت طبق حکم فقره اول ماده ۲۶۸ قانون مدنی به درجهٔ اول به پدر و ثانیاً به جد صحیح تعلق میگیرد، مشروط بر اینکه از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد. با وجودیکه قانون صرف از اولاد ناقص اهلیت ذکر بعمل می آورد، اما باید این قاعده بالای اولاد فاقد اهلیت نیز تطبیق گردد.<sup>۲۸۰</sup> این امر از ماده ۴۲ قانون مدنی منتج میگردد که به اساس آن هم اشخاص ناقص اهلیت و هم فاقد آن تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت میباشند.

بنابراین پدر و جد صحیح به حیث اولیای قانونی اولاد صغیر فاقد اهلیت و ناقص آن در نظر گرفته میشوند. البته جد صحیح آنگاه ولی قانونی پنداشته میشود که پدر کدام وصی تعیین نکرده باشد. طبق حکم فقره دوم ماده ۲۶۸ قانون مدنی ولی قانونی نمی تواند، بدون اجازه محکمه با صلاحیت از سرپرستی اموال طفل کناره گیری کند.

برای آنکه ولی قانونی از حقوق ولایت برخوردار گردد، باید واجد برخی شرایط باشد. ماده ۲۶۹ قانون مدنی حکم مینماید که ولی وقتی میتواند از حقوق متعلق به ولایت استفاده نماید که واجد اهلیت کامل در مورد استفاده از عین حقوق متعلق به اموال خود باشد. بنابراین ولی قانونی باید بالغ، عاقل و امین باشد.<sup>۲۸۱</sup>

هرگاه پدر به حیث یک شخص مطمئن مشهور و از درک خوب معاملاتی برخوردار بوده یا هیچ عیبی در مورد او وجود نداشته باشد، میتواند ادارهٔ کامل اموال مولی علیه خود را طوری بعهده گیرد که گویا این اموال، اموال خودش میباشند.<sup>۲۸۲</sup> هرگاه پدر مطمئن بوده و ولخرج نباشد، اما درک معاملاتی نداشته باشد، صرف آنگاه در اموال طفل تصرف نموده میتواند که برای طفل مفید باشد. برعکس اگر پدر به حیث یک شخص نامطمئن و مسرف مشهور بوده و علاوه بر درک معاملاتی نداشته باشد، باید به او اختیار داده نشود که ادارهٔ اموال طفل را به عهده گیرد.<sup>۲۸۳</sup>

### (۲.۱) اداره و سرپرستی اموال توسط ولی

ولی مطابق حکم ماده ۲۸۱ قانون مدنی مکلف است فهرست مکمل اموال متعلق به مولی علیه خود را در ظرف دو ماه از آغاز ولایت یا از تاریخی که مولی علیه مالک دارایی گردیده است، ترتیب نموده و به ادارهٔ مربوطه محکمهٔ با صلاحیت تسلیم دهد.

<sup>۲۸۰</sup> در مورد تفاوت بین اشخاص فاقد و ناقص اهلیت مراجعه شود به بالا فصل اول، مبحث سوم گفتار دوم.

<sup>۲۸۱</sup> گلوبل رایتز، کتاب سوم، صفحه ۱۶.

<sup>282</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 193.

<sup>283</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 194.

ولی قانونی میتواند به اساس ماده ۲۷۰ قانون مدنی بمنظور اداره و سرپرستی اموال شخص تحت ولایت خود مطابق به احکام مندرج قانون مدنی تصرف نماید. اجازه اداره و سرپرستی اموال طفل صلاحیت ولی را نامحدود نمی سازد. تصرفات ولی قانونی باید همواره به منفعت طفل صورت گیرد. البته هر گاه به اشخاص ناقص اهلیت مالی تبرع گردیده و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود، استثناء چنین مالی طبق حکم ماده ۲۷۱ قانون مدنی از تحت ولایت ولی خارج ساخته میشود.

مطابق حکم ماده ۲۸۲ قانون مدنی ولی میتواند از مال مولی علیه خویش نفقه خود و یا شخص دیگری را تأمین نماید، مشروط بر اینکه قانوناً نفقه شان در مال مشخص مذکور لازم دانسته شود.

این قاعده کلی در مذاهب فقهی اسلامی مدار اعتبار است که هیچ کس نمی تواند، بنام مؤکل خود قراردادی را با شخص خویش به اسم خود و یا بحیث وکیل یک شخص سوم منعقد نماید. در این مورد استثنای در فقه حنفی وجود دارد که طبق آن پدر حق دارد که اموال طفل را بخرد و یا مال خود را بالای او به فروش برساند، مشروط بر اینکه پدر مطمئن و با شعور بوده و صرف منافع و آسایش اولاد خود را در نظر داشته باشد.<sup>۲۸۴</sup> این قاعده استثنایی در ماده ۲۷۹ قانون مدنی تثبیت گردیده که طبق آن پدر میتواند عقدی را به اسم مولی علیه خویش به حساب خود یا شخص دیگری انجام دهد، مگر اینکه قانون خلاف آن را حکم کرده باشد.

### ۳.۱) حدود تصرفات پدر به حیث ولی

ولی قانونی در برخی حالاتی که در قانون پیشبینی شده اند، به اجازه محکمه با صلاحیت ضرورت دارد تا در اموال مولی علیه خویش تصرف نموده بتواند. این حالات در مواد ۲۷۲ الی ۲۷۶ قانون مدنی به تفصیل تنظیم گردیده اند.

ولی قانونی مطابق حکم ماده ۲۷۲ قانون نمی تواند اموال مولی علیه خود را بدون اجازه محکمه با صلاحیت به احدی تبرع نماید. همچنان او نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال غیر منقول مولی علیه خود چنان تصرفات کند که در آن نفع خودش یا زوجه اش و یا اقاربش تا درجه چهارم مضمّن باشد (فقره اول ماده ۲۷۳ قانون مدنی). بعلاوه طبق حکم فقره دوم ماده ۲۷۳ قانون مدنی افغانستان ولی نمی تواند اموال غیر منقول مولی علیه خویش را در عوض دینی که بر ذمه ولی باشد، به رهن بگذارد.

مطابق حکم ماده ۲۷۴ قانون مدنی پدر نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال غیر منقول، تجارت خانه، اوراق و اسناد مالی و بهادار مولی علیه خود که بیش از بیست هزار افغانی قیمت داشته باشد، تصرف نماید. در همچو موارد محکمه از اصدار حکم مبنی بر جواز تصرف وقتی امتناع میورزد که تصرف پدر در اموال مولی علیه سبب اتلاف و یا غبن بیش از خمس (پنجم) قیمت مال مذکور گردد.

هرگاه مورث یک شخص ناقص اهلیت به عدم تصرف ولی در اموال موروثه وصیت نموده باشد، طبق حکم ماده ۲۷۵ قانون مدنی، ولی قانونی نمیتواند بدون اجازه و نظارت محکمه با صلاحیت در آن تصرف نماید.

سرانجام ماده ۲۷۶ قانون مدنی حالات دیگری را بیان می نماید که در این حالات ولی نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال مولی علیه خویش تصرفات ذیل را بعمل آورد:

۱- قرض دادن یا قرض گرفتن.

<sup>284</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 194.

۲- اجازه دادن به مدتی که بعد از رسیدن به سن رشد دوام نماید.

۳- دوام دادن به تجارتی که به شخص ناقص اهلیت تعلق بگیرد.

۴- قبول نمودن هبه یا وصیتی که توأم با تعهدات معین باشد.

#### ۴.۱) حدود تصرفات جد صحیح به حیث ولی

در حقوق افغانستان قدرت تصرف پدر کلان بحیث ولی نسبت به پدر محدود تر است. فقه حنفی قدرت تصرف پدر کلان را مشابه به قدرت تصرف وصی تلقی مینماید.<sup>۲۸۵</sup> این امر در سلسله مراتب اشخاصی نیز مطابقت میکند که برای اداره دارایی طفل گماشته میشوند. پدر کلان آنگاه به حیث اداره کننده دارایی طفل در نظر گرفته میشود که پدر کدام وصی تعیین نکرده باشد. ماده ۲۸۰ قانون مدنی حدود قدرت تصرف پدر کلان را بیان میدارد. پدر کلان نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در مورد اموال شخص تحت ولایت خود تصرف یا صلح مبنی بر ضرر نموده یا از تأمینات آن انصراف و یا در تأمینات تقلیل بعمل آرد.

#### ۵.۱) جبران خساره توسط ولی

ماده ۲۸۷ قانون مدنی عواقب حقوقی خسارات وارده در اموال طفل را تنظیم مینماید. طبق این ماده پدر از خسارات ناشی از خطای فاحش خود بر اموال مولی علیه مسئولیت دارد. مسئولیت پدرکلان در این مورد عین مسئولیت وصی میباشد.<sup>۲۸۶</sup>

#### ۶.۱) اجازه فعالیت تجارتی مولی علیه

صغیر اجازه دارد تحت شرایطی شخصاً فعالیت تجارتی را انجام دهد. در این مورد باید برخی شرایط قانونی فراهم گردد. صغیر باید سن ۱۶ را تکمیل نموده باشد. در این حالت ولی قانونی میتواند طبق حکم فقره اول ماده ۲۷۷ قانون مدنی به اجازه محکمه با صلاحیت مبلغی را برای تجارت بدسترس وی بگذارد. اجازه فعالیت تجارتی خواه مطلق باشد یا مقید مطابق حکم فقره دوم ماده ۲۷۷ قانون مدنی با وفات یا عزل وی از بین نمی رود. تصرفات صغیر مأذون در حدودی که محکمه با صلاحیت در اموال وی مجاز قرار داده است، بر حسب حکم ماده ۲۷۸ قانون مدنی به منزله تصرف شخصی است که به سن رشد رسیده باشد.

#### ۷.۱) اختتام ولایت

هرگاه سن شخص تحت ولایت به ۱۸ سال تمام برسد، مطابق حکم ماده ۲۸۳ قانون مدنی ولایت ولی به انجام میرسد، مگر اینکه به سبب از اسباب حجر محکمه با صلاحیت به دوام آن حکم نموده باشد.<sup>۲۸۷</sup> ولی یا ورثه او به اساس حکم ماده ۲۸۸ قانون مدنی مکلف اند، اموال شخص تحت ولایت را حین رسیدن او به سن رشد، به وی تسلیم نمایند. در صورت تصرف، قیمت مال را طبق نرخ روز به وی بپردازند. البته ولایت قبل از این

<sup>285</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 194.

<sup>۲۸۶</sup> در باره وصی اختیاری تشریحات پایین ملاحظه شوند.

<sup>۲۸۷</sup> در مورد شرایط حجر به فصل دوم این بخش مراجعه شود.

زمان سلب، محدود یا تعطیل شده می‌تواند. هرگاه نسبت سوء تصرف ولی ضرری به اموال مولی علیه متوجه باشد، طبق حکم ماده ۲۸۴ قانون مدنی محکمه می‌تواند ولایت ولی را سلب و یا صلاحیت او را محدود سازد. هرگاه ولی غایب شناخته شده یا به مدت بیش از یک سال حبس محکوم گردد، محکمه با صلاحیت به اساس حکم ماده ۲۸۵ قانون مدنی به تعطیل ولایت وی حکم صادر نموده می‌تواند. حق ولایت مجدد طبق حکم ماده ۲۸۶ قانون مدنی بوسیله قرار محکمه با صلاحیت اعاده شده می‌تواند، در صورتیکه اسباب موجه سلب، محدودیت یا تعطیل ولایت رفع شده باشند.

## ۲) وصی اختیاری

### ۲.۱) عمومیات

پدر می‌تواند بر حسب حکم فقره اول ماده ۲۹۱ قانون مدنی برای اولاد ناقص اهلیت خود یا حمل ثابت در بطن مادر، وصی تعیین نماید. در همین حکم همچنان تثبیت گردیده که در حالت مندرج ماده ۲۷۱ قانون مدنی متبرع که به طفل ناقص اهلیت مالی را تحت این شرایط که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود، تبرع مینماید، می‌تواند برای اداره مال مذکور وصی اختیار کند.

به اساس حکم فقره دوم ماده ۲۹۱ قانون مدنی اختیار وصی در چنین موارد توسط وصایت خط رسمی یا عرفی صورت می‌گیرد که به خط و امضای پدر یا متبرع باشد و یا از امضا و یا نشان شصت شان در چنین اسناد تصدیق بعمل آمده باشد. البته اختیار وصی وقتی نافذ شمرده می‌شود که از طرف محکمه باصلاحیت تایید شده باشد (ماده ۲۹۶ قانون مدنی). اختیار وصی هر وقت از طرف پدر یا متبرع لغو شده می‌تواند (ماده ۲۹۲ قانون مدنی).

بعلاوه قانون مدنی افغانستان در فقره دوم ماده ۲۶۸ صریحاً حکم میکند که وصی نمی‌تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت از سرپرستی اموال طفل کناره‌گیری نماید. در صورتیکه وصی وصایت را در حین حیات موصی قبول کرده باشد، برحسب حکم ماده ۲۹۳ قانون مدنی نمی‌تواند از آن منصرف گردد، مگر اینکه انصراف از وصایت را قبلاً به اراده خود منوط ساخته باشد. رد وصایت باید طبق حکم ماده ۲۹۴ قانون مدنی حین حیات موصی صورت گرفته و به اطلاع وی رسانیده شود. شخصیکه وصایت را به اساس حکم ماده ۲۹۴ قانون مدنی رد نموده است، مطابق حکم ماده ۲۹۵ قانون مدنی قبولی وی بعد از وفات موصی اعتبار ندارد.

### ۲.۲) شرایط وصی اختیاری

بر حسب حکم ماده ۲۸۹ قانون مدنی وصی باید شخص عادل، با کفایت و واجد اهلیت کامل بوده و با شخصی که تحت وصایت او قرار می‌گیرد، دین مشترک داشته باشد. اشخاص آتی به اساس حکم ماده ۲۹۰ قانون مدنی نمی‌توانند وصی اختیاری یا قضائی<sup>۲۸۸</sup> تعیین شوند:

- ۱- شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت محکوم به جزاء شده باشد.
- ۲- شخصی که شهرت بد داشته یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد.
- ۳- شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد.

<sup>۲۸۸</sup> در مورد وصی قضائی به پایین مراجعه شود.

- ۴- شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخص دیگری به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد.
- ۵- شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد.
- ۶- شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت منازعه قضائی داشته یا چنان اختلاف فامیلی موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد.

### ۲.۳) حقوق و وجایب وصی اختیاری

- وصی اختیاری بطور کلی نسبت به ولی دارای صلاحیت های کمتر است.<sup>۲۸۹</sup> ماده ۳۰۴ قانون مدنی حکم میکند که وصی نمیتواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال شخص تحت وصایت تصرفات ذیل را بعمل آورد:
- ۱- خرید و فروش، مقایضه، شراکت، رهن، قرض دادن و هر نوع تصرف دیگری که موجب انتقال ملکیت یا اثبات حق عینی گردد.
  - ۲- حواله دادن دینی که شخص ناقص اهلیت به ذمه شخص دیگری دارد و یا قبول حواله دین علیه او.
  - ۳- گذاشتن اموال بمنظور بهره برداری و تصفیه حسابات مربوط به آن یا قرض گرفتن به حساب شخص ناقص اهلیت.
  - ۴- اجاره دادن اموال غیر منقول شخص ناقص اهلیت برای مدت بیش از سه سال، در صورتیکه اموال غیر منقول زمین زراعتی و مدت بیش از یک سال در صورتیکه اموال غیر منقول عمارت باشد.
  - ۵- اجاره دادن اموال غیر منقول شخص ناقص اهلیت برای مدتیکه بعد از رسیدن به سن رشد تا یک سال دوام نماید.
  - ۶- قبول یا رد تبرعاتی که مشروط به شرط باشد.
  - ۷- پرداخت نفقه اشخاصیکه نفقه آنها بر ذمه شخص ناقص اهلیت لازم است، مگر اینکه نفقه لازم به حکم قطعی محکمه ثابت گردیده باشد.
  - ۸- صلح و حکمیت.
  - ۹- ایفای تعهدات که بر متروکه و یا بر ذمه شخص ناقص اهلیت ثابت باشد، مگر اینکه حکم قطعی محکمه در مورد صادر گردیده باشد.
  - ۱۰- اقامه دعوی، مگر اینکه در تأخیر آن ضرر و یا ضیاع حقوق شخص ناقص اهلیت متصور باشد.
  - ۱۱- انصراف از حقوق دعاوی و یا قناعت به چنان احکام محکمه که قابل اعتراضات عادی باشد، یا انصراف از چنین اعتراضات بعد اقامه آن و اقامه اعتراضات غیر عادی در برابر احکام محکمه.
  - ۱۲- انصراف از تأمینات یا تقلیل آن که به ضرر ناقص اهلیت تمام شود.
  - ۱۳- اجاره اموال شخص ناقص اهلیت برای خود، زوج یا یکی از اقارب شان تا درجه چهارم و یا برای کسی که وصی نائب وی باشد.
  - ۱۴- پرداخت مصارف ازدواج شخص ناقص اهلیت.

<sup>289</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 195.

۱۵- پرداخت مصارف تعلیمی و یا پرداخت چنان مصارفی که شخص ناقص اهلیت در اجرای شغل معین به آن ضرورت دارد.

طبق حکم فقره اول ماده ۳۰۵ قانون مدنی وصی مکلف است که تمام عایدات نقدی شخص تحت وصایت خود را بعد از وضع مصارف نفقه و مخارج متفرقه ای که از طرف محکمه تعیین گردیده است، به حساب امانت محکمه یا بانکی که از طرف محکمه معرفی شده است، بنام وی به ودیعت بگذارد. همچنان وصی باید بر حسب حکم فقره دوم ماده ۳۰۵ قانون مدنی تمام اشیا از قبیل اوراق بها دار، زیورات، جواهرات و امثال آن را حسب لزوم دید محکمه به ودیعت بگذارد. این اجراءات وصی باید در مدت ۱۵ روز از تسلیمی عواید و اشیای متذکره صورت گیرد. به علاوه فقره سوم ماده ۳۰۵ قانون مدنی حکم میکند که وصی نمیتواند آنچه را که در بانک به ودیعت گذاشته است، بدون اجازه محکمه اخذ نماید. همچنان وصی مکلف است طبق حکم ماده ۳۰۷ قانون مدنی صورت حساب سالانه را با اسناد متعلق به آن، قبل از آغاز سال جدید به محکمه مربوط تقدیم نماید. البته محکمه میتواند وصی را از ترتیب و تنظیم صورت حساب لازمه معاف نماید، هرگاه دارایی شخص تحت وصایت بیش از ده هزار افغانی نباشد (ماده ۳۰۸ قانون مدنی).

به اساس حکم ماده ۳۰۶ قانون مدنی وصی مکلف است، دعاوی را که علیه شخص ناقص اهلیت اقامه میگردد، توأم با اجراءات مربوط به آن، به اطلاع محکمه رسانیده و از اوامر محکمه در این باره پیروی نماید.

#### ۲.۴) اجرت

به اساس حکم ماده ۳۱۰ قانون مدنی اجرای وصایت بدون اجرت میباشد. محکمه بالاستثناء میتواند پرداخت اجرت یا مکافات را در برابر عمل معین بنابر مطالبه وصی امر نماید. پرداخت اجرت صرف برای اعمال آینده امر شده میتواند. جمله دوم ماده ۳۱۰ قانون مدنی در این مورد حکم میکند که پرداخت اجرت برای مدت قبل از مطالبه به هیچ صورت جواز ندارد.

#### ۲.۵) اجازه اداره اموال توسط موصی علیه

به اساس حقوق افغانستان امکان آن وجود دارد که محکمه به موصی علیه ناقص اهلیت اجازه دهد که تمام یا قسمت از دارایی اش را خود اداره نماید. بر حسب حکم ماده ۳۱۵ قانون مدنی محکمه میتواند به اثر مطالبه وصی تسلیمی تمام و یا قسمتی از اموال تحت وصایت را غرض اداره به خود شخص ناقص اهلیت که به سن ۱۶ رسیده باشد، اجازه دهد. در صورت رد مطالبه، وصی نمیتواند قبل از گذشتن یکسال از قرار نهایی محکمه مطالبه خود را مجدداً به محکمه تقدیم نماید.

شخص ناقص اهلیت که مأذون به اداره اموال باشد، طبق حکم فقره اول ماده ۳۱۷ قانون مدنی مکلف است که صورت حساب سالانه اموال را به محکمه مربوط تقدیم نماید. محکمه نظر وصی را حین رسیدگی حساب اخذ میکند. همچنان محکمه میتواند مطابق حکم فقره دوم ماده ۳۱۷ قانون مدنی امر دهد تا عواید خالص سالانه شخص مأذون به حساب امانت محکمه یا یکی از بانک ها طور پس انداز به ودیعت گذاشته شود. در این صورت مأذون نمی تواند بدون اجازه محکمه از آن استفاده نماید. هرگاه شخص مأذون به اداره اموال مخالف احکام مندرج ماده

۳۱۷ قانون مدنی اجراءات نموده یا در اداره خود سوء تصرف نماید و یا اسبابی موجود گردد که از رهگذر دوام تصرف شخص مأذون اموال تحت اداره وی مواجه به ضرری باشد، محکمه میتواند طبق حکم ماده ۳۱۸ قانون مدنی برحسب صوابدید خود یا به اثر مطالبه خائنوال یا یکی از اشخاص ذیعلاقه پس از استماع دلایل شخص مأذون، اجازه داده شده را محدود و یا سلب کند.

## ۲.۶) ختم وصایت

به اساس حکم ماده ۳۱۱ قانون مدنی وظیفه وصی در حالات ذیل ختم میگردد:

- ۱- وفات شخص ناقص اهلیت.
  - ۲- رسیدن شخص ناقص اهلیت به سن ۱۸، مگر اینکه محکمه دوام وصایت را بعد از ۱۸ سالگی امر نموده یا اینکه شخص ناقص اهلیت معتوه یا مجنون باشد.
  - ۳- اعاده مجدد ولایت ولی.
  - ۴- ختم عملی که وصی خاص غرض اجرای آن تعیین گردیده است.
  - ۵- عزل وصی یا قبول استعفای وی.
  - ۶- فقدان اهلیت قانونی وصی یا غیاب یا وفات وی.
- عزل طبق حکم ماده ۳۱۲ قانون مدنی در حالتی صورت گرفته میتواند که سببی از اسباب حرمان وصایت مندرج مواد ۲۸۹ و ۲۹۰ قانون مدنی که قبلاً در بخش شرایط شخصی وصی اختیاری مفصلاً بیان گردید، موجود گردد. به علاوه عزل وصی هنگامی صورت گرفته میتواند که وصی در اداره اموال شخص ناقص اهلیت اهمال یا سوء تصرف نماید، یا اینکه در عدم عزل وصی مصلحت شخص تحت وصایت به خطر مواجه شود. مطابق حکم ماده ۳۱۳ قانون مدنی وصی مکلف است که در خلال سی روز از ختم وصایت اموال تحت اداره خود را با صورت حساب و اسناد متعلق به آن به قائم مقام یا شخص ناقص اهلیت که به سن رشد رسیده باشد و یا در صورت وفات وی به ورثه شخص ناقص اهلیت تسلیم نماید و پس از تسلیمی، صورت حساب و تسلیمی اموال را به اداره محکمه مربوطه تقدیم کند.
- همچنان هرگاه شخص دیگری بعوض وصی تعیین گردد، وصی مکلف است، طبق حکم ماده ۳۰۹ قانون مدنی در ظرف سی روز از ختم وصایت خود صورت حساب متعلق به اموال موصی علیه خود را ترتیب و به محکمه تقدیم نماید. هرگاه وصی وفات نماید، یا محجور علیه واقع گردد و یا غایب شناخته شود، مطابق حکم ماده ۳۱۴ قانون مدنی ورثه یا شخص قائم مقام او به تسلیمی اموال و تقدیم صورت حساب آن مکلف میگردد.
- برحسب حکم ماده ۳۱۶ قانون مدنی تعهد یا ابرای شخص ناقص اهلیت که به سن رشد رسیده باشد، به منفعت وصی وقتی اعتبار دارد که وصی صورت حساب نهایی مربوط به وی را قبلاً ترتیب و تقدیم نموده باشد.

## ۳) وصی قضائی

### ۳.۱) عمومیات

هرگاه برای شخص ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن مادر کدام وصی اختیاری موجود نباشد، محکمه طبق حکم ماده ۲۹۷ قانون مدنی یک وصی تعیین مینماید. وصایت برای حمل ثابت در بطن مادر بعد از وضع حمل برای مولود نیز نافذ است، مگر اینکه محکمه وصی جدیدی به عوض وی تعیین کرده باشد.

البته در این مورد حکم فقره اول ماده ۲۶۸ قانون مدنی قابل رعایت است. هرگاه از جانب پدر وصی تعیین نشده باشد، نخست اسلاف مذکر پدری به حیث ولی اموال طفل ناقص اهلیت مکلف میگردند. در صورتیکه اسلاف مذکر پدری در قید حیات نباشند که ولایت را به عهده بگیرند، یک وصی قضائی تعیین شده میتواند.

مطابق حکم فقره اول ماده ۲۹۸ قانون مدنی محکمه میتواند حین ضرورت برای شخص ناقص اهلیت بیش از یک وصی تعیین نماید. در صورت تعدد وصی، اوصیا نمی توانند در اموال موصی علیه شان منفرداً تصرف نمایند، مگر اینکه همچو تصرف به مصلحت شخص ناقص اهلیت باشد. حین اختلاف نظر بین اوصیا طبق حکم فقره دوم ماده ۲۹۸ قانون مدنی تجویزی که از طرف محکمه اتخاذ میگردد، قابل تعمیل میباشد.

وصی میتواند به اساس حکم ماده ۳۰۲ قانون مدنی در تمام مواردی که صلاحیت اجرای وصایت را دارد، شخص دیگری را به حیث وکیل تعیین نماید. وکیل با وفات وصی یا شخص تحت وصایت معزول شناخته میشود.

### ۳.۲) وصی خاص و مؤقت و وصی خصومت

در حالات معین محکمه میتواند در پهلوی ولی قانونی یا وصی اختیاری یک وصی خاص یا مؤقت و یا وصی خصومت تعیین نماید. این حالات در مواد ۲۹۹، ۳۰۰ و ۳۰۱ قانون مدنی تنظیم شده اند. ماده ۲۹۹ قانون مدنی حکم مینماید که محکمه در حالات ذیل وصی خاص تعیین میکند:

- ۱- در صورتیکه مصلحت شخص ناقص اهلیت با مصلحت وصی، زوج وی یا یکی از اصول و فروع وصی و یا با مصلحت اشخاصیکه وصی نماینده قانونی شان میباشد، متصادم واقع گردد.
- ۲- در صورتیکه به شخص ناقص اهلیت مالی تبرع گردیده و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود.
- ۳- در صورتیکه اجرای وصایت اوصاف خاصی را که وصی دایمی فاقد آن است ایجاب نماید.

در حالات ذیل محکمه طبق حکم ماده ۳۰۰ قانون مدنی یک وصی مؤقت تعیین مینماید:

- ۱- در صورتیکه محکمه ولایت ولی را متوقف نموده و شخص ناقص اهلیت ولی دیگری نداشته باشد.
- ۲- در صورتیکه وصایت به تقاضای خود وصی متوقف شده باشد.
- ۳- در صورتیکه عوامل مؤقت مانع اجرای وصایت گردیده باشد.

به علاوه محکمه میتواند مطابق حکم ماده ۳۰۱ قانون مدنی برای حل و فصل دعاوی مربوط به شخص ناقص اهلیت وصی خصومت تعیین نماید، گرچه شخص ناقص اهلیت مالک دارایی نباشد.

ماده ۳۰۳ قانون مدنی حکم میکند که وظایف اشخاص مندرج مواد ۲۹۹، ۳۰۰ و ۳۰۱ قانون مدنی که به حیث وصی تعیین گردیده اند، وقتی خاتمه پیدا میکند که موضوع وصایت انجام یافته و یا مدت معینه وصایت منقضی گردیده باشد.

### ۳.۳ حقوق و وجایب وصی و اختتام وصایت

احکامیکه در مورد وصی اختیاری قابل تطبیق میباشند، در باره وجایب و اختتام وصایت وصی قضائی نیز تطبیق میگردند. این امر در مورد اجرت واجازه اداره اموال توسط موصی علیه نیز مدار اعتبار میباشند. این احکام در مواد ۳۰۴ الی ۳۱۸ قانون مدنی تثبیت گردیده و فوقاً در بخش وصی اختیاری مفصلاً در باره آن تشریحات داده شد.

### ت) نگاهداری و سرپرستی توسط والدین در سایر کشور های اسلامی

اساس اختلاف میان حضانت و ولایت در حقوق اسلام وجود دارد که بنابر آن سایر کشورهای اسلامی نیز میان این وظایف فرق قایل شده اند.<sup>۲۹۰</sup> البته تقسیم ولایت به ولایت بر نفس و ولایت بر اموال همیشه در قانون صریحاً در نظر گرفته نشده است. حضانت در قانون احوال شخصیه تونس به حیث مواظبت طفل بوسیله تأمین اقامتگاه، تغذیه و پرورش تعریف شده است. حضانت در جریان ازدواج حق هر یک از والدین میباشند (ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه تونس).

هرگاه ازدواج به سبب مرگ یکی از زوجین منحل گردد، حق حضانت طفل به آن یک از والدین که حیات دارد، تعلق میگیرد. در صورتیکه ازدواج در زمان حیات زوجین منحل شود، حق حضانت طفل به یکی از والدین یا به شخص سوم اعطا میگردد. در این مورد قاضی به اساس مصلحت طفل تصمیم میگیرد. قانون احوال شخصیه تونس میان ولایت بر اموال و ولایت بر نفس توسط ولی تفاوت قایل نشده است. پدر ولی اموال طفل میباشند، زیرا او ولی قانونی طفل صغیر خود هم در جریان ازدواج و هم بعد از انحلال آن در زمان حیات است. حقوق تونس تحت شرایط معین انتقال ولایت را به مادر قانوناً پیشبینی مینماید. در ماده ۶۷ قانون احوال شخصیه تونس تذکر رفته است که در حالتی که ولی قانونی وظیفه خود را اجرا نکرده، سوء استفاده نموده، یا در مکلفیت های خود اهمال ورزد، یا غایب بوده، یا اقامت وی نامعلوم باشد و یا یک دلیل دیگری موجود باشد که به طفل ضرر برسد، قاضی میتواند به مادر که حق حضانت را دارا است، صلاحیت حضانت بدهد.

بر حسب حکم ماده ۲۳۵ مدونه مراکش وجایب ولی قانونی در اداره امور شخصی صغیر مانند تربیت دینی و آمادگی وی برای زندگی میباشند. به علاوه وی مکلف است که تحت کنترل قضائی اموال صغیر را اداره کند. تحت شرایط معین که در ماده ۲۳۸ مدونه ذکر گردیده اند، مادر میتواند ولایت را بعهده گیرد. این شرایط عبارتند از:

- ۱- مادر باید به سن رشد رسیده باشد.
  - ۲- پدر فوت نموده یا غایب بوده و یا بنابر یک سبب دیگر اهلیت اجرای ولایت را نداشته باشد.
- این حکم اضافه مینماید که با تعیین یک وصی اختیاری توسط پدر، حقوق وصی اختیاری به آن محدود میگردد که اداره امور موصی علیه توسط مادر را کنترل کرده و در صورت امکان بر علیه وی اقدام قضائی نماید.
- در امارات متحده عربی محاکم تصمیم اتخاذ نموده اند که والدین یک طفل بعد از طلاق به یک توافق مبنی بر ولایت در مورد طفل ناشی از زناشوهری مشترک برسند که ولایت را به مادر تفویض نموده بتوانند، حتی هرگاه مادر بخواهد بعد از طلاق با مرد دیگر ازدواج نماید. در این مورد قواعد شکلی قابل رعایت اند. به اساس این حکم تنها

<sup>290</sup> Mallat, Introduction to Middle Eastern Law 2006, 357; Ben Achour, Enfance disputée, les problèmes juridiques relatifs aux droits de garde et de visite après divorce dans les relations franco-maghrébines 2004, 12.

مصلحت طفل تعیین کننده می باشد که در این صورت یک عضو مذکر فامیل به هیچ وجه ضرورت ندارد تا ولایت را بر عهده بگیرد.

در عراق طبق ماده ۲۷ قانون شماره ۷۸ سال ۱۹۸۰ در رابطه با حفاظت صغار ولی قانونی صغیر پدر و بعد از وی محکمه می باشد. حق حضانت طفل را قانون عراق به مادر طفل می دهد. فقره اول ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه عراق پیشینی مینماید که مادر در حالت حفظ روابط ازدواج و بعد از انحلال آن برای حضانت و پرورش طفل دارای امتیاز می باشد، مگر اینکه طفل از آن متضرر گردد. بعد از اصلاحات سال ۱۹۸۷ فقره دوم ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه عراق حکم میکند که حق مادر در مورد حضانت طفل با ازدواج مجدد او بصورت اتوماتیک ساقط نمی گردد. در این حالت محکمه فیصله مینماید که آیا حق حضانت طفل به مادر یا پدر اعطا گردد. در این تصمیم محکمه فقط مصلحت طفل را در نظر می گیرد. البته در خلال مدت حضانت الی اکمال ۱۰ سالگی طبق حقوق عراق، پدر حق نظارت معاملات تربیت و تعلیم طفل را دارا می باشد. محکمه میتواند حق حضانت مادر را الی اکمال ۱۵ سالگی طفل تمدید نماید. بعد از این طفل مختار است تا تصمیم گیرد که با کدام یک از والدین می خواهد زندگی کند (فقرات ۴ و ۵ قانون احوال شخصیه عراق).

برخلاف حقوق عراق ماده ۱۳۸ قانون احوال سوریه پیشینی مینماید که مادر مستحق حضانت که بعد از انحلال ازدواج با یک مرد دیگری ازدواج نماید و بین این مرد و طفل حرمت ازدواج موجود نباشد، حق حضانت خود را از دست می دهد.<sup>۲۹۱</sup> اما قابل تأکید است که حق مادر مبنی بر حضانت طفل بر اثر مشغولیت کاری او ساقط نمی گردد، مشروط بر اینکه موصوفه از طفل واری و نگهداری کافی نماید.

در سوریه بعد از اصلاحات در مورد قانون احوال شخصیه در سال ۲۰۰۳ مدت حضانت تمدید گردیده است. ماده ۱۴۶ قانون احوال شخصیه سوریه در تعدیل جدید خود پیشینی مینماید که حضانت به مجردی که پسر سن سیزده و دختر سن پانزده را تکمیل نمایند، خاتمه می یابد. همچنان بعد از ختم مدت قانونی حضانت، قاضی میتواند که طفل را به مادر بسپارد، در صورتیکه پدر ولی قانونی طفل نباشد. در حالت سپردن طفل به مادر، وی مکلف به تأمین نفقه طفل تا زمانی که در این مقام قرارداد، می باشد (فقرات اول و دوم ماده ۱۴۷ قانون احوال شخصیه سوریه). به همین منوال قاضی به طفل ۱۵ ساله خواه پسر باشد و یا دختر، حق انتخاب می دهد تا نزد مادر الی زمانی که پسر به سن رشد برسد و دختر ازدواج نماید، باقی بمانند. در این صورت حضانت بدون اجرت صورت می گیرد (ماده ۲۰ فرمان تقنینیه شماره ۲۰).

به علاوه مقنن سوریه صریحاً میان ولایت نفس و ولایت مال فرق قایل میشود. به اساس حکم ماده ۱۷۰ قانون احوال شخصیه سوریه پدر و بعد از وی جد صحیح برای ولایت نفس و مال صغیر مکلف اند. طبق آن ولایت نفس شامل اقتدار و تسلط ولی در اتخاذ تدابیر در مورد تربیت، سلامتی، امکانات تعلیم و فراگرفتن یک حرفه، ابراز توافق در مورد ازدواج و سایر تدابیر واری صغیر می گردد.

مطابق حکم فقره چهارم ماده ۱۷۰ قانون احوال شخصیه سوریه نارسایی در ایفای وجبیه تعلیم و تربیت طفل بوسیله ولی مستحق حضانت سبب سلب حق حضانت وی می گردد. این امر در حالتی نیز مدار اعتبار است که زن مستحق حضانت (حاضنه) در ایفای وجبیه تعلیم و تربیه طفل سهل انگاری نماید.

<sup>۲۹۱</sup> همچنین ماده ۱۵۵ قانون احوال شخصیه اردن چنین حکم میکند.

برحسب حکم ماده ۱۷۲ قانون احوال شخصیه سوریه پدر و در فقدان وی جد صحیح مقدم بر هر شخص دیگر حق ولایت اموال صغیر را دارا میباشند. تطبیق این حق بوسیله تدابیر حفاظتی، تصرفاتی و منفعتی تحقق مییابد.

### مبحث پنجم: فرزند خواندگی

فرزند خواندگی عبارت است از ایجاد یک رابطه حقوقی والدین و طفل میان پذیرنده و طفل بدون در نظر داشت نسب بیولوژیکی آن طفل.<sup>۲۹۲</sup> فرزند خوانده قانوناً مانند یک طفل نسبی ناشی از ازدواج در فامیل مدغم گردیده و تمام روابط خویشاوندی وی با فامیل اصلی اش بصورت قطعی منقطع میگردد. فرزند خواندگی از اقرار به نسب فرق دارد. در اقرار به نسب یک طفلی که مادر یا پدرش نا معلوم اند، بحیث طفل خود شخص شناخته میشود. بر عکس فرزند خواندگی عبارت است از پذیرش یک طفل با شناخت مطمئن از اینکه طفل از خودش نمی باشد. ایجاد رابطه حقوقی والدین و طفل از طریق فرزند خواندگی در حقوق اسلام به رسمیت شناخته نشده است.<sup>۲۹۳</sup> این اصل در حقوق افغانستان در ماده ۲۲۸ قانون مدنی بیان شده است. طبق آن شخصی که به صفت فرزند خوانده شود، آثار ثبوت نسب از قبیل نفقه، اجرت حضانت، میراث، حرمت مصاهره و حرمت ازدواج مطلقه بر آن مرتب نمیگردد.

### فصل دوم: حجر

حقوق افغانستان اداره اموال بوسیله یک قیم را در حالاتی که در آن یک شخص به سبب حکم محکمه محجورعلیه قرار میگیرد، به رسمیت میشناسد.

یک شخص بالغ طبق حکم فقره اول ماده ۳۱۹ قانون مدنی به سبب جنون، معتوهیت، سفاهت یا غفلت وی در اداره اموال محکوم به حجر گردیده و تا وقتی دوام مینماید که محکمه به رفع آن حکم ننموده باشد. محکمه مطابق حکم فقره دوم ماده ۳۱۹ قانون مدنی برای اداره اموال شخص محجور علیه قیم تعیین مینماید. در این ماده منظور قانون مدنی از شخص بالغ، شخص رشید میباشد. همانطور که فوقاً ذکر شد، مفهوم شخص بالغ در قانون مدنی شخصی میباشد که به سن رشد رسیده است.

مصارف مربوط به سرپرستی محجورعلیه بر حسب ماده ۳۲۰ قانون مدنی بر سایر مصارف مقدم میباشد. هرگاه محکمه شخصی را به سبب سفاهت یا غفلت در اداره اموال به حجر محکوم نموده باشد، میتواند به اساس حکم فقره اول ماده ۳۲۱ قانون مدنی اداره قسمتی از اموال را توسط محجور علیه مجاز قرارداد. در این حالت طبق حکم فقره دوم ماده ۳۲۱ قانون مدنی احکام مربوط به شخص ناقص اهلیت که ماذونمأذون به اداره اموال باشد، تطبیق میگردد.

طبق حکم ماده ۳۲۲ قانون مدنی شرایط مندرج مواد ۲۸۹ و ۲۹۰ قانون مدنی در مورد قیم مدار اعتبار میباشند. همچنان سایر احکام مربوط به وصی اختیاری و قضائی در باره قیم قابل تطبیق اند.

<sup>۲۹۲</sup> سید حسین صفایی، / اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (۱۳۸۲)، تهران، صفحه ۲۶۷.

<sup>۲۹۳</sup> Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status (2002), 145.

ضمایم

### ضمیمه (۱): کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان

قطعنامه شماره ۳۴/۱۸۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد

مصوبه ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ (۲۷ آذر ۱۳۵۸)

قدرت اجرایی بنابر ماده ۲۷ (سوم سپتامبر ۱۹۸۱ - ۱۲ شهریور ۱۳۶۰)

دولتهای عضو کنوانسیون حاضر:

\* با توجه به منشور سازمان ملل مبنی بر اعتقاد راسخ به اصول پایه ای حقوق بشر و احترام به ارزش ذاتی و برابری خدشه ناپذیر حقوق مردان و زنان؛

\* با توجه به اعلامیه جهانی حقوق بشر که اصل قابل قبول نبودن تبعیض را تأیید نموده است و اعلام داشته است که تمام افراد بشر آزاد و برابر بدنیا میآیند و همه از کلیه حقوق و آزادیهای که در آن بیان شده است بدون هیچگونه تمایزی از جمله تمایز در جنسیت برخوردار میباشند.

\* با توجه به اینکه دولتهای عضو میثاقهای بین المللی حقوق بشر، متعهد شده اند که حقوق برابر مردان و زنان را در بهره مندی از کلیه امور اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و سیاسی تضمین نمایند.

\* با در نظر گرفتن میثاقهای بین المللی تحت نظر سازمان ملل و نمایندگی های تخصصی جهت ترویج و پیشرفت حقوق برابر مردان و زنان؛

\* با توجه به قطعنامه ها، اعلامیه ها و توصیه هایی که بوسیله سازمان ملل و نمایندگی های تخصصی جهت ترویج و پیشرفت برابری حقوق مردان با زنان، تصویب شده است.

\* با نگرانی از اینکه علیرغم اسناد گوناگون و فراوان، هنوز ادامه تبعیض ها علیه زنان وجود دارد.

\* با تذکر و یادآوری به اینکه تبعیض علیه زنان، نقض اصول برابری حقوق و احترام به شخصیت انسانی میباشد و (این تبعیضها) مانعی است برای شرکت زنان در شرایط مساوی با مردان در زندگی سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی کشورهای آنان و نیز از رشد سعادت جامعه و خانواده جلوگیری میکند و باعث بوجود آوردن مشکلات بیشتر برای توسعه و قابلیت های زنان جهت خدمت به کشور خودشان و (جامعه) بشری میشود.

\* با در نظر گرفتن اینکه زنان در مواقع فقر حداقل دسترسی را به مواد غذایی، بهداشت، تحصیل، آموزش، فرصتهای اشتغال و دیگر نیازمندی ها دارند.

\* با اعتقاد به ایجاد نظم نوین اقتصاد بین المللی مبنی بر برابری و عدالت که کمک مهمی در جهت ترویج و پیشرفت برابری بین مردان و زنان است.

\* با تاکید به ریشه کن کردن آپارتاید در اشکال گوناگون آن مانند نژاد پرستی، تبعیض نژادی، بهره برداری (استعمار) و بهره برداری جدید (استعمار نو)، تجاوز، اشغال، سلطه خارجی و دخالت در امور داخلی کشورها که لازمه تحقق کامل حقوق مردان و زنان می باشد.

\* با تاکید بر تقویت صلح و امنیت بین المللی، تنش زدائی بین المللی، همکاری متقابل میان تمام دولتها، صرف نظر از نظامهای اجتماعی و اقتصادی آنها، خلع سلاح اتمی تحت نظارت مستقیم و موثر کنترل بین المللی، (همچنین) با تاکید بر اصول عدالت، برابری و منافع متقابل در روابط میان دولتها و درک حقوق مردم تحت سلطه استعمار و بیگانه و اشغال خارجی برای حق تعیین سرنوشت و استقلال و نیز احترام به حاکمیت ملی و تمامیت ارضی که باعث پیشبرد روند توسعه اجتماعی و در نتیجه کمک به دستیابی کامل برابری بین مردان و زنان خواهد بود.

\* با اعتقاد به اینکه پیشرفت و توسعه تمام و کمال یک کشور، رفاه جهانی و علت (برقراری صلح)، لازمه حداکثر شرکت زنان در تمام زمینه ها و در شرایط مساوی آنها با مردان است.

\* با یادآوری اینکه سهم عمده زنان در رفاه خانواده و پیشرفت جامعه تا به حال بطور کامل شناخته نشده است. اهمیت (نقش) اجتماعی مادر و نقش والدین در خانواده و تربیت و رشد اطفال و با توجه به اینکه نقش زنان در تولید مثل نباید بر اساس تبعیض قرار گیرد بلکه تربیت و رشد اطفال مستلزم یک توافق در مسئولیت بین مردان و زنان در (خانواده) و همین طور در جامعه است.

\* با توجه به تغییر نقش سنتی مردان و زنان در جامعه و خانواده، دستیابی به برابری کامل بین مردان و زنان ضروری و لازم است.

\* با تصمیم به اجرای اصولی که در اعلامیه رفع تبعیض علیه زنان آمده است و بخاطر آن اهداف و نیز جهت انجام اقدامات ضروری برای از میان برداشتن اینگونه تبعیضها در تمامی اشکال و مظاهر آن، دولتهای عضو مواد زیر را می پذیرند:

## قسمت اول

### ماده اول:

برای (درک) مفاهیم کنوانسیون حاضر، عبارت تبعیض علیه زنان، به معنی قائل شدن به هرگونه تمایز، استثناء یا محدودیت (محرومیت) بر اساس جنسیتی است که نتیجه یا بمنظور خدشه دار کردن و یا بی اثر نمودن رسمیت و شناسائی، بهره مندی یا اعمالی که بوسیله زنان انجام میگردد، صرف نظر از وضعیت تاهل آنها و بر مبنای برابری

حقوق انسانی مردان و زنان و آزادیهای اساسی در زمینه های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و یا هر زمینه دیگر اطلاق میگردد.

#### ماده دوم:

دولتهای عضو، تبعیض علیه زنان را در تمام اشکال آن، محکوم میکنند و بیدرنگ و با کلیه ابزارهای مناسب، با سیاست محو تبعیض علیه زنان موافقت میکنند و آنرا پی گیری مینمایند و بدین منظور امور زیر را تعهد میکنند:

الف- گنجانیدن اصل برابری مردان و زنان در قوانین اساسی شان یا دیگر قانونگزاریهای متناسب در این مورد. (دولتهای عضو) اگر تاکنون چنین قانونی را وضع نکرده اند از طریق وضع قانون (قوانین عادی لازم الاجرا) یا دیگر ابزارهای مناسب از تحقق عملی این اصل اطمینان حاصل خواهند کرد.

ب- اتخاذ قوانین مناسب و دیگر اقدامات لازم که شامل تصویب مجازاتهای مناسبی است، بمنظور جلوگیری از اعمال تبعیض علیه زنان.

ج- ایجاد حمایت قانونی از حقوق زنان بر مبنای برابری با مردان و اطمینان از طریق دادگاههای صالح ملی و دیگر نهادهای عمومی در جهت حمایت موثر از زنان در مقابل هر نوع اقدام تبعیض آمیز.

د- خودداری از انجام هرگونه اقدام و عمل تبعیض آمیز علیه زنان و تضمین اینکه مقامات و موسسات عمومی طبق این تعهد عمل نمایند.

ه - اتخاذ هرگونه اقدام مناسب در جهت حذف تبعیض علیه زنان بوسیله هر فرد، سازمان یا موسسه.

و- اتخاذ اقدامات مناسب که شامل (تدابیر) قانونگذاری برای تغییر، اصلاح یا فسخ قوانین موجود، مقررات، عادات (عرف) و عملکردهایی که باعث بوجود آمدن تبعیض علیه زنان میباشند.

ح- لغو کلیه مقررات کیفری داخلی (ملی) که باعث بوجود آمدن تبعیض علیه زنان میباشند.

#### ماده سوم:

دولتهای عضو کلیه اقدامات لازم و مناسب را در تمام زمینه ها بویژه سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و از جمله قانونگزاری، اعمال خواهندکرد تا بدینوسیله از توسعه و پیشرفت کامل (وضعیت) زنان اطمینان حاصل نمایند. (این اقدامات) به منظور تضمین حقوق زنان جهت اعمال و بهره مندی آنان از حقوق بشر و آزادیهای اساسی بر پایه برابری با مردان انجام خواهد گرفت.

#### ماده چهارم:

(۱) اتخاذ اقدامات موقت و ویژه که بوسیله دولتهای عضو و بمنظور سرعت بخشیدن بالفعل در برقراری برابری بین مردان و زنان انجام میگردد نباید بعنوان (رفع) تبعیض بگونه ای که در این کنوانسیون تعریف شده است، تلقی گردد. اما (برعکس) این اقدامات موجب اعتبار بخشیدن و حمایت از نابرابری و (بکار بردن) معیارهای مجزا خواهد شد، (زیرا) در زمان رسیدن به اهداف مورد نظر که فرصتها و رفتارهای برابر است، (این اقدامات موقت) متوقف خواهد شد.

(۲) اتخاذ تدابیر ویژه دولتهای عضو که شامل اقداماتی است که در کنوانسیون حاضر جهت حمایت حق مادری منظور شده است، به عنوان تبعیض در نظر گرفته نخواهد شد.

#### ماده پنجم:

دولتهای عضو اقدامات مقتضی زیر را به عمل خواهند آورد:

الف- اصلاح الگوهای رفتاری اجتماعی و فرهنگی مردان و زنان به منظور دستیابی به حذف تعصبات، عادات و دیگر عملکردها که بر پایه اعتقادی دون و زیر دست قرار دادن یا برتری (یک جنس نسبت به جنس دیگر) یا نقش های کلیشه ای برای مردان و زنان قرار دارد.

ب- مطمئن شدن از آموزش و پرورش خانواده که شامل درک مناسب و صحیح از (وضعیت) مادری بمثابة یک وظیفه اجتماعی و شناسائی مسئولیت مشترک مردان و زنان در رشد و تربیت اطفال میباشد. (همچنین) با درک این (موضوع) که منافع اطفال در همه موارد از اولویت برخوردار میباشند.

#### ماده ششم:

دولتهای عضو اقدامات مقتضی را که شامل وضع قانون بمنظور (جلوگیری از) تمام اشکال معامله بر روی زنان و بهره برداری از روسپیگری آنان است، بعمل خواهند آورد.

#### قسمت دوم

##### ماده هفتم:

دولتهای عضو اقدامات مقتضی برای حذف تبعیض علیه زنان در حیات سیاسی و اجتماعی کشور بعمل آورده و بویژه اطمینان حاصل نمایند که (در شرایط) مساوی با مردان، حقوق زیر برای آنها تامین گردد:

الف: (حق) رای در همه انتخابات و همه پرسی های عمومی و صلاحیت انتخاب شدن در تمام ارگانهای انتخاباتی عمومی

ب: (حق) شرکت در تعیین سیاست های حکومت (دولت) و اجرای آنها و به عهده داشتن پستهای دولتی و انجام وظائف عمومی در تمام سطوح حکومتی (دولتی)

ج: (حق) شرکت در سازمانها و انجمنهای غیر حکومتی (دولتی) که مربوط به حیات سیاسی و اجتماعی کشور است. ماده هشتم

دولتهای عضو اقدامات مقتضی را (برای زنان) بدون هیچگونه تبعیض و در شرایط مساوی با مردان بعمل خواهند آورد تا آنها از این فرصت (استفاده کرده) و به عنوان نماینده دولت خود در سطح بین المللی و در فعالیت سازمانهای بین المللی مشارکت کنند.

#### ماده نهم:

(۱) دولتهای عضو به زنان حقوق مساوی با مردان در زمینه کسب، تغییر و یا حفظ تابعیت اعطاء خواهند کرد. دولتها بویژه تضمین و اطمینان خواهند داد که ازدواج (زن با مرد خارجی) تغییر تابعیت شوهر در طی دوران ازدواج، خودبخود موجب تغییر تابعیت، عدم تابعیت یا تحمیل تابعیت شوهر به زن نخواهد شد.

(۲) دولتهای عضو به زنان و مردان در مورد تابعیت فرزندان شان حقوق مساوی اعطا خواهند نمود.

#### قسمت سوم

##### ماده دهم:

دولتهای عضو کلیه اقدامات مقتضی و لازم را برای حذف هرگونه تبعیض علیه زنان در جهت تضمین حقوق برابر آنان با مردان در زمینه آموزش بویژه در موارد زیر بعمل خواهند آورد:

الف- شرایط مساوی برای رهنمودهای شغلی و حرفه ای جهت راهیابی به تحصیل و دستیابی مدارک از موسسات آموزشی در تمام سطوح مختلف در مناطق شهری و روستایی. این برابری می بایست در دوره های پیش دبستانی، عمومی، فنی، حرفه ای و آموزش عالی فنی و نیز در تمام انواع دوره های کارآموزی حرفه ای تضمین گردد.

ب- (امکان) راهیابی به دوره های تحصیلی، امتحانات، کادر آموزش با کیفیتهای و معیارهای یکسان و تجهیزات آموزشی با کیفیت های مساوی با (مردان) تضمین گردد.

ج- حذف هر نوع مفهوم کلیشه ای از نقش زنان و مردان در تمام سطوح و تمام اشکال مختلف آموزشی بوسیله تشویق آموزش مختلط (پسران و دختران) و دیگر انواع آموزش که دستیابی به این اهداف را کمک خواهد نمود، بویژه در تجدید نظر متون کتابهای درسی و برنامه های مدارس و تعدیل روشهای آموزشی.

د- (ایجاد) فرصتهای یکسان جهت استفاده و بهره مند شدن از بورسها و دیگر مزایای تحصیلی.

ه - (ایجاد) فرصتهای یکسان برای راهیابی به برنامه های آموزشی مداوم (دراز مدت) که شامل برنامه های مواد آموزشی عملی بزرگسالان بویژه برنامه هایی که هدف آنها کاهش هر چه سریعتر فاصله آموزشی است که بین زنان و مردان وجود دارد.

و- کاهش (درصد) تعداد دانش آموز دختر که ترک تحصیل میکنند و سازماندهی و برنامه ریزی برای دختران و زنانی که قبلاً ترک تحصیل کرده اند.

ز- (ایجاد) فرصتهای یکسان جهت شرکت فعال (زنان) در ورزش و تربیت بدنی.

ح- (امکان) راهیابی به آموزشهای ویژه تربیتی (برای زنان) کمک و تضمین سلامت و تندرستی خانواده ها که شامل اطلاعات و مشورت های مربوط به تنظیم خانواده است.

#### ماده یازدهم:

(۱) دولتهای عضو اقدامات لازم و مقتضی را در جهت حذف تبعیض علیه زنان در زمینه اشتغال بعمل خواهند آورد و اطمینان می دهند که بر پایه برابری مردان و زنان و حقوق یکسان (آنها) بویژه در موارد زیر عمل نمایند:

الف- حق کار بمتابه حق جدا ناپذیری تمام افراد بشر

ب- حق (برخوردارى از) فرصت ها و امکانات شغلی یکسان که شامل درخواست ضوابط (معیار) یکسان در مورد انتخاب شغل است.

ج- حق انتخاب آزادانه حرفه و شغل، حق ارتقاء (مقام)، امنیت شغلی و تمام مزایا و شرایط خدمتی و حق استفاده از (دوره های) آموزشی حرفه ای و بازآموزی که شامل کارآموزی ها، دوره های آموزشی پیشرفته حرفه ای و آموزشی مجدد میباشد.

د- حق (دریافت) پاداش یکسان (دستمزد مساوی) از جمله مزایا و (برخوردارى از) رفتار برابر نسبت به ارزیابی کیفیت کار و کارهایی که ارزش یکسان دارند.

ه - حق (برخوردارى از) امنیت اجتماعی، بویژه در موارد بازنشستگی، بیکاری، بیماری، ناتوانی، دوران پیری و دیگر موارد از کارافتادگی و همچنین حق (برخوردارى از) مرخصی استحقاقی.

و- حق (برخوردارى از) حفاظت ها و مراقبتهای بهداشتی و امنیت در شرایط کاری از جمله حمایت و تامین دوران بارداری (زایمان)

(۲) دولتهای عضو اقدامات مقتضی و لازم زیر را به منظور جلوگیری از تبعیض علیه زنان به دلیل ازدواج یا مادری (بارداری) و تضمین حق موثر آنان جهت کار، بعمل خواهند آورد:

الف: ممنوعیت (اخراج) تحت وضعیت تخلف کاری که مجازات قانونی در پی دارد، (ممنوعیت) اخراج بخاطر حاملگی یا مرخصی زایمان و تبعیض در اخراج بر مبنای وضعیت زناشویی.

ب: دادن مرخصی دوران زایمان با پرداخت (حقوق) یا مزایای اجتماعی مشابه بدون از دست دادن شغل قبلی، رتبه یا مزایای اجتماعی.

ج: تشویق جهت ارائه خدمات اجتماعی و حمایت های لازم بنحوی که والدین را قادر سازد تا تعهدات خانوادگی را با مسئولیتهای شغلی و مشارکت در زندگی اجتماعی هماهنگ نمایند، بویژه از طریق تشویق به تاسیس و توسعه یک شبکه تسهیلاتی مراقبت از اطفال.

د: ارائه حمایت های ویژه از زنان در دوران بارداری در انواع مشاغلی که اثبات شده است برای آنها زیان آور است.

(۳) (وضع) قوانین حمایت کننده در رابطه با موضوعاتی که در این ماده مطرح شده است و متناوباً در پرتو پیشرفتهای علمی و تکنیکی مورد بازنگری قرار میگیرد و در صورت ضرورت، تجدید نظر (اصلاح) یا لغو و یا تمدید میگردد.

#### ماده دوازدهم:

(۱) دولتهای عضو کلیه اقدامات لازم و مقتضی را جهت حذف تبعیض علیه زنان در زمینه های مراقبتهای بهداشتی بعمل خواهند آورد. (این اقدامات) بر پایه تساوی (حقوق) مردان و زنان جهت دسترسی به خدمات بهداشتی و خدماتی که به تنظیم خانواده مربوط میشود، تضمین خواهد شد.

(۲) (دولتهای عضو) بنابر قوانین بند ۱ این ماده، خدمات مقتضی و لازم را در ارتباط با بارداری و زایمان و پس از زایمان و اعطاء خدمات رایگان در صورت لزوم و همچنین تغذیه کافی در دوران بارداری و شیردهی را تضمین خواهند کرد.

#### ماده سیزدهم:

دولتهای عضو اقدامات مقتضی و لازم را جهت حذف تبعیض علیه زنان در دیگر مراحل زندگی از نظر اقتصادی و اجتماعی بعمل خواهند آورد. همچنین بر مبنای تساوی (حقوق) مردان و زنان، حقوق یکسان را برای آنها (زنان) بویژه در موارد زیر تامین می نمایند:

الف- حق استفاده از مزایای خانوادگی

ب- حق استفاده از وامهای بانکی، رهن ها و دیگر اشکال اعتبارات مالی

ج- حق شرکت در فعالیتهای تفریحی، ورزشها و تمام زمینه های حیات فرهنگی

#### ماده چهاردهم:

(۱) دولتهای عضو، مشکلات ویژه ای که زنان روستائی با آن روبرو هستند را در نظر خواهند گرفت و به نقش مهمی که این زنان در حیات اقتصادی خانواده های خود که شامل کار در بخشهای اقتصادی غیر مالی است، توجه خواهند کرد و اقدامات لازم و مقتضی را جهت تضمین اجرای قوانین کنوانسیون حاضر در مورد زنان نواحی روستائی بعمل خواهند آورد.

(۲) دولتهای عضو، اقدامات لازم و مقتضی را جهت حذف تبعیض علیه زنان در مناطق روستائی بعمل خواهند آورد. (این اقدامات) به منظور و بر پایه تساوی (حقوق) مردان و زنان در شرکت و استفاده آنان از توسعه روستایی است. (همچنین دولتهای عضو) بویژه اطمینان حاصل خواهند کرد که زنان از حقوق زیر برخوردار باشند:

الف- شرکت در تدوین و اجرای برنامه های توسعه (عمرانی) در کلیه سطوح  
ب- راهیابی و دسترسی به امکانات مراقبتهای بهداشتی مناسب و کافی از جمله اطلاعات، مشاوره و خدمات تنظیم خانواده

ج- (حق) استفاده مستقیم از برنامه های تامین اجتماعی  
د- (حق) برخورداری از تمام دوره های کارآموزی و آموزشی، رسمی یا غیررسمی که شامل سوادآموزی عملی و موارد دیگر (مانند) استفاده از تمام خدمات محلی و جامع بمنظور بالا بردن (کارایی) فنی حرفه ای میباشد.  
ه- (حق) سازماندهی گروههای خودیاری و تعاونیها بمنظور دستیابی به حق مساوی از فرصتهای اقتصادی از طریق اشتغال یا خود اشتغالی

و- (حق) شرکت در تمامی فعالیتهای محلی  
ز- (حق) دستیابی به وامها و اعتبارات کشاورزی، تسهیلات بازاریابی، تکنولوژی مناسب و رفتار یکسان در (برخورداری) از زمین و اصلاحات ارضی همچنین حق (استفاده از) طرحهای مجدد استقرار در زمین  
ح- (حق) بهرمندی از شرائط زندگی مناسب بویژه در ارتباط با مسکن، بهداشت، امکانات آب و برق، حمل و نقل و ارتباطات.

#### قسمت چهارم

##### 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 بطور یکسان برای زنان خواهند پذیرفت، بویژه 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.  
(۳) دولتهای عضو خواهند پذیرفت که کلیه قراردادها و انواع اسناد خصوصی دیگر که به منظور محدود کردن اختیارات قانونی زنان تنظیم شده است را باطل و بلااثر تلقی نمایند.  
۴- دولتهای عضو، حقوق یکسان مردان و زنان را در برابر قانون و در مورد تردد (مسافرت) افراد، آزادی انتخاب مسکن و اقامتگاه خواهند پذیرفت.

##### 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، بعمل خواهند آورد و بویژه 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 مسئولیتهای یکسان در دوران ازدواج و هنگام انحلال آن (جدایی)

- د- داشتن حقوق و مسئولیتهای یکسان به عنوان والدین در موضوعات مربوط به فرزندان، صرفنظر از وضعیت ناشویی آنها. در کلیه موارد منافع اطفال از اولویت برخوردار است.
- ه- داشتن حقوق یکسان جهت تصمیم گیری آزادانه و مسئولانه در زمینه تعداد فرزندان و فاصله زمانی بارداری و دستیابی به اطلاعات، آموزش و وسائلی که آنها را برای اجرای این حقوق قادر میسازد.
- و- داشتن حقوق و مسئولیتهای یکسان در رابطه با حضانت (سرپرستی)، قیمومت اطفال و فرزند خواندگی یا رسم های مشابه با این مفاهیم که در قوانین داخلی وجود دارد. در کلیه موارد منافع اطفال از اولویت برخوردار است.
- ز- داشتن حقوق فردی یکسان به عنوان شوهر و زن از جمله حق انتخاب نام خانوادگی، حرفه و شغل.
- ح- داشتن حقوق یکسان برای هر یک از زوجها در رابطه با مالکیت، حق اکتساب، مدیریت، سرپرستی، بهره برداری و اختیار اموال خواه رایگان باشد و یا هزینه ای در برداشته باشد.
- (۲) نامزدی و ازدواج اطفال غیر قانونی است و کلیه اقدامات از جمله وضع قانون جهت تعیین حداقل سن ازدواج و ثبت اجباری ازدواج در یک دفتر رسمی باید ضروری است.

## قسمت پنجم

### ماده هفدهم:

- (۱) بمنظور بررسی پیشرفتهای حاصل از اجرای کنوانسیون حاضر کمیته رفع تبعیض علیه زنان (که از این به بعد کمیته خوانده میشود) تشکیل خواهد شد. این کمیته در هنگام لازم الاجرا شدن کنوانسیون از ۱۸ (نفر کار شناس) و پس از تصویب یا پیوستن سی ۱ مین دولت عضو، از ۲۳ نفر کارشناس که دارای شهرت اخلاقی و صلاحیت در زمینه مربوط به کنوانسیون هستند، تشکیل میگردد. کارشناسان بوسیله دولتهای عضو از میان اتباع کشورشان انتخاب خواهند شد. (انتخاب شدگان) با صلاحیت شخصی خود خدمت خواهند کرد (نه به عنوان نماینده دولت متبوعشان. مترجم). در انتخاب کارشناسان به توزیع عادلانه جغرافیائی و نمایندگی از شکلهای گوناگون تمدن و نظامهای عمده حقوقی، توجه میشود.
- (۲) اعضاء کمیته از طریق رای مخفی و از فهرست افرادی که بوسیله دولتهای عضو نامزد شده اند، انتخاب خواهند شد. هر دولت عضو میتواند یک فرد را از میان اتباع خود نامزد نماید.
- (۳) نخستین انتخابات ۶ ماه پس از تاریخی که کنوانسیون حاضر قدرت اجرایی پیدا کرد، برگزار خواهد شد. حداقل ۳ ماه قبل از تاریخ هر انتخاب، دبیر کل سازمان ملل متحد طی نامه ای به دولتهای عضو از آنها دعوت خواهد کرد که نامزدهای خودشانرا ظرف ۲ ماه معرفی کنند. دبیر کل فهرست اسامی نامزدها را به ترتیب حروف الفبا و با ذکر دولتهای عضو نامزدکننده تهیه میکند و (آنها) برای دولتهای عضو ارسال خواهد داشت.
- (۴) انتخاب اعضای کمیته در جلسه دولتهای عضو مربوطه و به ریاست دبیر کل سازمان ملل متحد و در مقر سازمان ملل برگزار خواهد شد. در این جلسه که حد نصاب تشکیل آن حضور (نمایندگان) دولتهای عضو میباشد، افراد انتخاب شده برای (عضویت) در کمیته آن دسته از نامزدهائی خواهند بود که بیشترین تعداد آراء و اکثریت مطلق آرای نمایندگان دولتهای عضو حاضر و رای دهنده در جلسه را بدست آورند.

(۵) اعضای کمیته برای یک دوره چهارساله انتخاب خواهند شد. لیکن، دوره عضویت ۹ نفر از اعضاء انتخاب شده در اولین انتخابات، در پایان دو سال به پایان می رسد. بیدرنگ پس از اولین انتخاب، نامهای این ۹ نفر با قید قرعه و بوسیله رئیس کمیته انتخاب خواهند شد.

(۶) انتخاب پنج عضو اضافی کمیته، بنابر مقررات بند ۲ و ۳ و ۴ این ماده و بدنبال سی و پنجمین تصویب یا الحاق صورت خواهد گرفت. دوره (عضویت) ۲ نفر از اعضای اضافی در پایان دو سال پایان خواهد پذیرفت و نامهای این دو نفر به قید قرعه بوسیله رئیس کمیته انتخاب خواهند شد.

(۷) برای پر نمودن شغلهای خالی، دولت عضوی که مدت دوره وظیفه کارشناسی آن بمثابه عضو کمیته متوقف شده است، کارشناس دیگری از میان اتباع خود (برای عضویت) با تأیید کمیته منصوب خواهد کرد.

(۸) اعضای کمیته با تأیید مجمع عمومی، حقوق (مقرری) از صندوق مالی سازمان ملل با در نظر گرفتن شرایطی که مجمع تصمیم میگیرد و اهمیت مسئولیت کمیته، دریافت خواهند کرد.

(۹) دبیر کل سازمان ملل متحد تسهیلات و کارمندان لازم را به منظور انجام موثر وظائف (اعضاء) کمیته بنابر (مقررات) کنوانسیون حاضر، تامین خواهد کرد.

#### ماده هجدهم:

(۱) دولتهای عضو متعهد میشوند که گزارشی در مورد اقدامات قانونی، قضائی، اداری یا دیگر اقداماتی که پذیرفته اند تا مقررات کنوانسیون به نحو موثری انجام گیرد و (نیز) پیشرفتهای حاصل در این موارد را جهت رسیدگی در کمیته به دبیر کل سازمان ملل ارائه دهند. (این گزارش به ترتیب زیر است):

الف- (هر دولت ابتدا) یک سال پس از لازم الاجرا شدن (کنوانسیون) برای آن دولت (گزارش خود را تقدیم نماید).

ب- پس از آن، هر چهار سال یکبار و هر زمان که کمیته درخواست گزارش نماید (گزارش خود را تقدیم نماید).

(۲) گزارشات نشان دهنده عوامل و مشکلاتی است که بر میزان انجام تعهدات (دولتهای عضو) طبق کنوانسیون حاضر، اثر میگذارد.

#### ماده نوزدهم:

(۱) کمیته آئین نامه داخلی و اجرایی را خود، تصویب خواهد کرد.

(۲) کمیته کارکنان خود را برای یک دوره دو ساله انتخاب خواهد کرد.

#### ماده بیستم:

(۱) کمیته بمنظور بررسی گزارشات ارائه شده مطابق ماده ۱۸ این کنوانسیون معمولاً هر ساله به مدتی که از دو هفته تجاوز نکند، تشکیل جلسه خواهد داد.

(۲) جلسات کمیته بطور معمول در مقر سازمان ملل متحد یا در هر محل مناسبی که خود کمیته تعیین کند، برگزار خواهد شد.

#### ماده بیست و یکم:

(۱) کمیته از طریق شورای اقتصادی و اجتماعی (سازمان ملل) گزارش سالانه فعالیتها و پیشنهادات و توصیه های کلی که بر مبنای رسیدگی به گزارش های دولتهای عضو بدست آورده است، ارائه خواهد کرد. این پیشنهادات و توصیه های کلی از جمله گزارش کمیته همراه با نظرات هر یک از دولتهای عضو منعکس میشود.

(۲) دبیر کل سازمان ملل گزارشهای کمیته را جهت اطلاع به کمیسیون (بررسی) وضعیت زنان ارسال خواهد داشت.

#### ماده بیست و دوم:

مؤسسات تخصصی از طریق نمایندگانشان اجازه رسیدگی به اجرای بعضی از مقررات کنوانسیون حاضر که اهمیت آنها از بین رفته است را در حوزه فعالیت‌های خود خواهند داشت. کمیته ممکن است از مؤسسات تخصصی دعوت نماید تا گزارش‌هایی را در مورد نحوه اجرا کنوانسیون و در ناحیه و مواردی که اهمیتش را از دست داده است و (مربوط) به حوزه فعالیت آنها میشود، ارائه دهند.

#### قسمت ششم

#### ماده بیست و سوم:

هیچ چیزی در کنوانسیون حاضر بر مقرراتی که بیشتر موجب دستیابی به تساوی (حقوق) بین مردان و زنان میشود، تاثیر نخواهد گذاشت (این مقررات) شامل موارد زیر است:

الف- در قوانین دولت عضو

ب- در هر کنوانسیون، پیمان نامه یا موافقت نامه بین المللی دیگری که برای آن دولت لازم الاجرا میباشد.

#### ماده بیست و چهارم:

دولتهای عضو متعهد میشوند که اقدامات لازم را در سطح ملی بمنظور دستیابی و تحقق کامل حقوق شناخته شده در کنوانسیون حاضر بعمل آورند.

#### ماده بیست و پنجم:

(۱) کنوانسیون حاضر برای امضاء تمام کشورها مفتوح خواهد بود.

(۲) دبیر کل سازمان ملل متحد بعنوان امانت دار کنوانسیون حاضر تعیین شده است.

(۳) کنوانسیون حاضر تابع تصویب است. ( تصویب در مقاوله نامه های بین المللی بمعنی آن است که مفاد کنوانسیون میبایست طبق قانون اساسی کشوری که آنرا امضاء کرده است به تصویب رسد. مترجم) اسناد تصویب نزد دبیر کل سازمان ملل متحد به امانت گذارده خواهد شد.

۴- کنوانسیون حاضر جهت الحاق تمام دولتها مفتوح خواهد بود. الحاق (زمانی) موثر واقع خواهد شد که آن بعنوان سند الحاق نزد دبیر کل سازمان ملل متحد سپرده شود.

#### ماده بیست و ششم:

(۱) تقاضا برای تجدید نظر کنوانسیون حاضر که ممکن است در هر زمان بوسیله دولت عضوی صورت گیرد (میبایست) بوسیله نامه و خطاب به دبیر کل سازمان ملل انجام پذیرد.

(۲) مجمع عمومی سازمان ملل متحد برای اقدام نسبت به چنین درخواستی تصمیم خواهد گرفت.

#### ماده بیست و هفتم:

(۱) کنوانسیون حاضر سی روز پس از تاریخی که بیستمین سند تصویب یا الحاق نزد دبیر کل سازمان ملل متحد به امانت گذارده شد، قدرت اجرایی پیدا خواهد کرد.

(۲) برای هر دولتی که کنوانسیون حاضر را تصویب میکند و یا به آن ملحق میشود، پس از سپردن بیستمین سند تصویب و یا الحاق، کنوانسیون از سی امین روز تاریخی که سند تصویب یا الحاق به امانت گذارده شده است، قدرت اجرایی پیدا خواهد کرد.

#### ماده بیست و هشتم:

(۱) دبیر کل سازمان ملل متحد متن حق شرطی که توسط دولتها در زمان تصویب یا الحاق گذاشته شده است را دریافت خواهد کرد و آنرا به تمام دولتها توزیع خواهد نمود.

(۲) حق شرطی که ناسازگار با منظور و هدف کنوانسیون حاضر باشد، پذیرفته نخواهد شد.

(۳) حق شرط در هر زمان بوسیله نامه خطاب به دبیر کل سازمان ملل متحد قابل پس گرفتن است. (دبیر کل سازمان ملل) تمام دولتها را (از این موضوع) مطلع خواهد کرد. این نامه (پس گرفتن حق شرط) از روزی که دریافت شود، موثر واقع خواهد گردید.

#### ماده بیست و نهم:

(۱) هر گونه اختلافی بین دو یا چند دولت عضو در ارتباط با تفسیر یا اجرای کنوانسیون حاضر پیش آید و (آن اختلاف) با مذاکره حل نشود، با درخواست یکی از آنها به داوری ارجاع داده میشود. اگر در ظرف شش ماه از درخواست داوری، طرفین قادر نشوند که یک داوری سازماندهی شده را بپذیرند، هر یک از طرفین میتواند مساله مورد اختلاف را به دیوان دادگستری بین المللی با درخواستی که مطابق اساسنامه دیوان است، ارجاع دهد.

(۲) هر دولت عضو میتواند در زمان امضاء کردن یا تصویب کنوانسیون حاضر و یا الحاق به آن اعلام کند که خود را موظف به (اجرای) بند یک این ماده نمیداند. دیگر کشورهای عضو در مورد آن بند که در ارتباط با دولت عضوی است که حق شرطی قائل شده است، ملزم به اجرای بند یک نخواهند بود.

(۳) هر دولت عضوی که حق شرطی طبق بند دوم این ماده قائل شده است، میتواند در هر زمان آن حق شرط را بوسیله نامه ای که به دبیر کل سازمان ملل مینویسد (اعلام کند)، پس بگیرد.

#### ماده سی ام:

متنهای عربی، چینی، انگلیسی، فرانسه، روسی و اسپانیایی کنوانسیون حاضر از اعتبار یکسانی برخوردار بوده و در بایگانی سازمان ملل متحد به امانت سپرده خواهد شد.

- توضیح: به منظور تکمیل کنوانسیون حاضر (کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان) و به ویژه گنجاندن راهکارهایی در این کنوانسیون برای تسهیل در اجرایی شدن مواد آن، مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تاریخ ۱۵ اکتبر ۱۹۹۹ طی قطعنامه شماره ۴/۵۴ پروتکلی را به تصویب رساند که پروتکل الحاقی کنوانسیون حاضر محسوب شده و "پروتکل اختیاری کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان" نام دارد.

ضمیمه (۲): کنوانسیون حقوق اطفال

قدرت اجرایی کنوانسیون طبق ماده ۴۹ دوم سپتامبر ۱۹۹۰

مصوبه ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹

## دیباچه

بر اساس اصول پایه ای سازمان ملل متحد که از طرف تمامی نمایندگان جامعه بشری عضو آن پذیرفته شده است، احترام به ارزش ذاتی و برابری خدشه ناپذیر حقوقی انسانها ترسیم گر آزادی، عدالت و صلح در جهان است. ملت‌های دنیا بر مبنای همین اعتقاد به مقام و منزلت انسانی، خواهان سعادت عموم بشری در قالب پیشرفتهای اجتماعی، بهبود وضعیت زندگی همراه آزادیهای هر چه بیشتر هستند.

با اعلام پذیرش اعلامیه جهانی حقوق بشر از سوی سازمان ملل متحد و تضمین بهره مندی تک تک افراد بشری از حقوق مندرج در آن بدور از وابستگیهای نژادی، جنسی، مذهبی، فرهنگی، سیاسی، مالی، قومی و یا هرگونه تبعیض دیگری.

و با توجه به اینکه سازمان ملل متحد در اعلامیه جهانی حقوق بشر به رعایت حقوق ویژه ی اطفال و حمایت آنها تاکید کرده است.

و با آگاهی به اینکه خانواده، واحد ساختاری جامعه و مکان رشد و پرورش تمام اعضای آن و به ویژه شکل دهنده ی شخصیت اطفال است.

و اینکه اطفال برای شکوفایی خود نیازمند داشتن خانواده ای هستند سرشار از محبت، عشق، تفاهم و احترام. و با این یادآوری که باید طفل را برای فردای جامعه آماده و او را مطابق ایده آل های اعلام شده از طرف سازمان ملل یعنی آزادپنخواه، با شخصیت، صلح جو با روحیه ای دارای تفاهم و همبستگی تربیت نمود و با توجه به ضرورت حمایت ویژه اطفال مطابق مصوبات بین المللی مختلف و از آن جمله:

قرارداد ژنو در سال ۱۹۲۴ میلادی در باره حقوق اطفال، قرارداد رعایت حقوق اطفال از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد در بیستم نوامبر ۱۹۵۹ میلادی، اعلامیه ی جهانی حقوق بشر، پیمان بین المللی در باره حقوق سیاسی و شهروندی (بخصوص در ماده ۲۳ و ۲۴ آن)، پیمان جهانی برای حقوق اجتماعی، سیاسی و فرهنگی (بخصوص در ماده ۱۰)، اسناد و اساسنامه های دیگر تشکل های بین المللی که بنفع اطفال فعالیت میکنند.

و بدنبال آنچه در اسناد حقوق طفل ذکر شده است، مبنی بر اینکه: طفل بخاطر عدم بلوغ جسمی و روانی خود، نیازمند حمایت ویژه حقوقی قبل و بعد از تولد میباشد.

و بر اساس مصوبات و قراردادهای مربوط به حمایت اطفال و بخشنامه های سازمان ملل در باره تعیین حداقل سن و شرایط مجازات قانونی برای نوجوانان و حمایت از زنان و اطفال در زمان جنگ و درگیریهای مسلحانه.

و بر پایه این واقعیت که در بسیاری از کشورهای دنیا، اطفال در موقعیت بد و نابسامانی زندگی میکنند و نیاز به توجه فوری و ویژه دارند.

و با درک اهمیت و ارزش همکاری های بین المللی برای بهبود شرایط زندگی اطفال در همه ی دنیا و بویژه در کشورهای در حال رشد.

پیمان نامه ای برای حفظ و رعایت حقوق اطفال جهان به قرار زیر تصویب میشود:

#### ماده اول (تعریف):

مطابق این پیمان نامه، یک طفل، انسانی است که سن هجده سالگی را هنوز تمام نکرده است مگر اینکه سن بلوغ از نظر حقوق جاری در کشورهای مربوطه زودتر تعیین شده باشد.

#### ماده دوم (ممنوعیت تبعیض):

(۱) حکومت‌های عضو این پیمان، برای هر طفلی که در قلمرو آنهاست، بدون تبعیض و یا فرق گذاری و بدور از هرگونه وابستگی به نژاد، رنگ پوست، منشاء اجتماعی و قومی و یا ملی، میزان دارایی، معلولیت، وضعیت سرپرست و یا والدین و هر موقعیت دیگری که طفل در آن است، اجرای حقوق مندرج در این پیمان نامه را تضمین میکنند.

(۲) حکومت‌های عضو این پیمان، تمام اقدامات لازم را انجام میدهند تا این اطمینان کامل را بوجود آورند که هر طفلی از همه اشکال تبعیض و فرق گذاری در امان است و بخاطر ابراز عقیده و جهان بینی و فعالیت های والدین یا سرپرست یا اقوام خودش مجازات نمی شود.

#### ماده سوم (نفع طفل):

(۱) درانجام هر اقدامی که به نوعی به طفل مربوط میشود، چه در بخش عمومی، خصوصی، اداری، غیر اداری و یا هر بخش دیگری، رعایت نفع و تامین سلامت طفل بر سایر مسائل تقدم دارد.

(۲) حکومت‌های عضو پیمان موظف اند با رعایت حقوق والدین و یا سرپرست، از اطفال حمایت نموده و اقدامات لازم حقوقی و قانونی را بعمل آورند.

(۳) حکومت‌های عضو پیمان، اطمینان میدهند که ارگانها و نهادهای مسئول حمایت طفل، 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.

#### ماده چهارم (وظایف دولتها):

حکومت‌های عضو پیمان، اقدامهای ضروری و مناسب قانونی، اداری و غیره را بعمل می آورند 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 بین المللی استفاده میکنند.

#### ماده پنجم (حقوق والدین):

حکومت‌های عضو این پیمان به وظایف، حقوق و مسئولیتهای والدین و یا سرپرست قانونی طفل توجه لازم را می نمایند تا نسبت به طفل در رابطه با حقوق مندرج در این پیمان نامه کوتاهی نشود.

#### ماده ششم (حق زندگی):

(۱) هر طفلی حق زندگی دارد و این حق مادرزادی اوست که از طرف همه حکومت‌های عضو پیمان به رسمیت شناخته می‌شود.

(۲) ادامه حیات و رشد طفل از طرف حکومت‌های امضاکننده این پیمان نامه بطور کامل تضمین می‌شود.

#### ماده هفتم (حقوق مربوط به تولد):

(۱) هر طفلی از بدو تولد حق داشتن یک نام را دارد که باید در دفاتر مربوطه ثبت شود. همچنین داشتن تابعیت حق اوست و در صورت امکان باید والدین خود را شناخته و از سوی آنها نگهداری شود.

(۲) حکومت‌های عضو پیمان، حقوق عنوان شده در این پیمان نامه را در رابطه با حقوق و قوانین داخلی خود و وظایف بین المللی، بخصوص در مورد طفل بدون تابعیت، تضمین نموده و اجرا می نمایند.

#### ماده هشتم (حفظ هویت شخصی):

(۱) حکومت‌های عضو پیمان موظف هستند که حقوق طفل را رعایت کرده و هویت فردی، تابعیت، نام و روابط شناخته شده خانوادگی او را مطابق قانون حفظ نمایند.

(۲) در صورتی که تمام یا بخشی از هویت شخصی بطور غیرقانونی خدشه دار شود، حکومتها سریعاً درصدد ترمیم این خسارت برمی آیند.

#### ماده نهم (جدایی از پدر و مادر):

(۱) حکومت‌های امضاکننده این پیمان نامه اطمینان می‌دهند که یک طفل برخلاف میل والدینش از آنها جدا نمی‌شود مگر اینکه بر طبق قوانین موجود ثابت شود که آن جدایی به نفع طفل و لازم است. مثلاً وقتی طفل مورد سوء استفاده قرار گرفته و جدای از هم زندگی کنند و تکلیف اقامت طفل باید روشن شود.

(۲) در موقع اجرای بند یک این ماده، باید امکان شرکت همه ی افراد مربوطه در آن تصمیم گیری را فراهم آورد.

(۳) حکومتها توجه دارند که حق طفل مبنی بر تماس شخصی و مستقیم با پدر و مادر را در هنگامی که آنها از هم جدا شده اند، فراهم کنند مگر اینکه این عمل با منافع طفل در تضاد باشد.

(۴) هرگاه جدایی نتیجه اقدام حکومت باشد، مثلاً زندان، تبعید و یا مرگ یکی از والدین یا هر دو آنها و یا مرگ طفل (مرگ به هر علتی که باشد، تعیین کننده آن است که شخص در آن هنگام به نوعی در "اسارت" قانون بوده است)، حکومت امضاکننده این پیمان نامه موظف است برپایه درخواست والدین یا طفل و یا سرپرست قانونی او، اطلاعات لازم را در مورد محل شخص غایب در اختیار این افراد قرار دهد، مگر اینکه این عمل به نفع طفل نباشد و به او زیان برساند. حکومتها اطمینان می‌دهند که افراد با تقاضای چنین درخواستی، از طرف حکومت در خطر قرار نمی گیرند.

#### ماده دهم (رساندن اعضای خانواده به هم):

(۱) بدنبال ماده ۹ بند ۱ مندرج در این پیمان نامه، هرگاه طفل یا والدین او درخواست خروج از کشور و یا ورود به کشور دیگری را برای پیوستن به اعضای خانواده خودشان دارند، ترتیب این امر بطور انسانی و سریع از طرف

حکومت داده میشود و چنین درخواستی دارای هیچگونه خطری از سوی حکومت برای متقاضی و یا وابستگان او نیست.

(۲) طفلی که والدین او در کشورهای متفاوت بسر میبرند، حق دارد با هر دوی آنها بطور شخصی، منظم و مستقیم تماس داشته باشد، مگر در صورت وجود شرایط استثنایی مثلاً بخاطر حفظ امنیت ملی یا نظم و اخلاق عمومی، لطمه به آزادی و حقوق دیگری و یا نقض حقوق مندرج در این پیمان نامه. حکومتها بر پایه ماده ۹ بند ۱ این پیمان نامه مکلف به رعایت حق طفل و والدین مبنی بر با هم بودن آنها هستند.

#### ماده یازدهم (طفل ربایی):

(۱) حکومتهای عضو پیمان، جهت مبارزه با انتقال و اقامت غیرقانونی اطفال به خارج از کشور، اقدام لازم را می نمایند.

(۲) حکومتها برای این منظور، خواهان قبول توافق نامه های موجود از طرف یکدیگر و یا تصویب توافق نامه های جدید دو یا چند جانبه هستند.

#### ماده دوازدهم (آزادی عقیده):

(۱) از سوی حکومتهای امضاکننده این پیمان نامه، حق طفلی که که توانایی ساختن نظر شخصی خودش را دارد، به رسمیت شناخته میشود. طفل در تمامی امور مربوط به خود، آزادی بیان و اظهار عقیده شخصی را که مطابق سن و رشد اوست، دارد.

(۲) برای این منظور، به طفل امکان داده میشود که در دادگاهها و در تمام مراحل قانونی، مستقیم یا با کمک وکیل و یا نهاد مسوول و مناسب دیگر، مطابق قوانین موجود، محاکمه شود.

#### ماده سیزدهم (آزادی آگهانش):

(۱) طفل حق آزادی بیان دارد و این حق در پیوند با آزادی آگهانش است که طفل بدون ترس از محدودیتهای حکومتی، دانستیها و افکار متنوع خود را در قالب کلمات، دست نویس یا چاپ، کارهای هنری یا هر طریق و یا هر وسیله ی انتخابی دیگر، بیان کرده، دریافت نموده و یا به دیگران بدهد.

(۲) اجرای این حق میتواند از طرف قوانین دیگری که لازم هستند، محدود شود: الف) بخاطر حفظ حقوق یا شهرت فردی دیگر. ب) بخاطر حفظ امنیت ملی، نظم عمومی، اخلاق و عفت عمومی و یا سلامتی جامعه.

#### ماده چهاردهم (آزادی مذهب، وجدان و افکار):

(۱) حکومتها به حق طفل برای آزادی افکار، وجدان و مذهب توجه میکنند.

(۲) حکومتها توجه به حقوق و وظایف والدین یا سرپرست طفل دارند که نقش راهنمایی خود را در رابطه با اجرای این حق در مراحل مختلف سنی طفل، ایفا کنند.

(۳) آزادی مذهب و جهان بینی تنها در شرایط قانونی تعیین شده قابل تحدید است که آنهم بخاطر حفظ امنیت ملی، نگهداری نظم اجتماعی، حفظ سلامتی و یا عفت عمومی و یا وقتی منافی حقوق اولیه و آزادی دیگری باشد.

### ماده پانزدهم (آزادی تشکیل انجمن و گروه):

- (۱) حکومتها حق طفل برای شرکت در اجتماعات را به رسمیت می شناسند.
- (۲) اجرای این حق نباید با امنیت ملی و نظم عمومی مبادرت داشته و منافای اخلاق عمومی و یا برخلاف حقوق اولیه و آزادی دیگری باشد.

### ماده شانزدهم (حفظ محدوده خصوصی):

- (۱) محدوده شخصی و خصوصی هیچ طفلی قابل تعرض نیست. این محدوده که شامل همه جوانب مربوط به امور خانوادگی، مسکونی، حیثیتی و مکاتبات شخصی است، نباید بطور عمد یا غیرقانونی آسیب ببیند.
- (۲) برخورداری از حمایت قانونی در مقابل چنین آسیب هایی، حق طفل است.

### ماده هفدهم (استفاده از وسایل ارتباط گروهی):

- حکومتها با آگاهی از نقش مهم وسایل ارتباط جمعی، خاطرنشان میکنند که طفل باید به همه منابع گوناگون ملی و بین المللی آگاهی رسانی، به ویژه آنهایی که برای سلامت جسمی- روانی او مفیدند، دسترسی یابد. برای این منظور، حکومتهای عضو این پیمان:
- (الف) وسایل ارتباط جمعی را تشویق میکنند تا آگهانش، کاربرد اجتماعی- فرهنگی داشته و با محتوای ماده ۲۹ همخوان باشد.
  - (ب) خواهان همکاری بین المللی در زمینه تولید، مبادله و توزیع این آگهانش با مراجعه به منابع رنگارنگ ملی و بین المللی هستند.
  - (ج) تولید و پخش کتابهای اطفال را حمایت نموده و گسترش میدهند.
  - (د) وسایل ارتباط جمعی را تشویق میکنند تا به نیازهای زبانی و گفتاری طفلی که از اقلیتهای فرهنگی- قومی است، پاسخگو باشند.
  - (ه) قوانینی را که حافظ طفل در مقابل آسیب های احتمالی ناشی از این وسایل ارتباطی است، بررسی میکنند بطوریکه ماده های ۱۳ و ۱۸ رعایت شوند.

### ماده هجدهم (نگهداری طفل توسط والدین):

- (۱) حکومت ها تاکید و تضمین میکنند که پدر و مادر هردو با هم مسوول تربیت و رشد طفل هستند.
- (۲) حکومتهای عضو این پیمان، جهت اجرای حقوق مندرج در اینجا، از والدین در انجام وظایف خود در رابطه با تربیت و رشد طفل، پشتیبانی میکنند.
- (۳) حکومتها تمام اقدامهای لازم را انجام میدهند تا برای نگهداری از اطفالی که والدین شاغل دارند، امکانات مناسب فراهم نمایند.

### ماده نوزدهم (حمایت اطفال در برابر سوء استفاده):

- (۱) حکومتها با تکیه بر تمام امکانات قانونی، اداری، اجتماعی و آموزشی، طفل را در مقابل هر شکل از رفتار سهل انگارانه با آنها، سوء استفاده جنسی و تجاوز جسمی یا روانی، حمایت میکنند.
- (۲) اقدامات حمایتی حکومتها همراه اجرای روشها و برنامه های اجتماعی است که برای کشف و پیشگیری این جرایم نسبت به طفل موثر باشند. همچنین درمان آسیب وارده بر طفل و کمک به والدین و یا سرپرست در رابطه با سوء استفاده های ذکر شده در بند ۱ این ماده بر عهده ی حکومتها است.

#### ماده بیستم (حمایت طفل در دوران جدایی از والدین):

- (۱) یک طفل که بطور موقت یا دایم از آغوش خانواده محروم شده و یا بدلیل نفع خودش باید خانواده را ترک کند، حق استفاده از کمکها و حمایت ویژه حکومتی را دارد.
- (۲) حکومتها برپایه حقوق جاری و قوانین داخلی خود، اشکال مختلف کمک به چنین طفلی را بکار میگیرند.
- (۳) قبول کفالت و یا فرزندخواندگی طفل از طرف اشخاص دارای صلاحیت، شکلی از سرپرستی و مواظبت از طفل است. در این رابطه باید به ریشه ها و نیازهای فرهنگی، مذهبی و قومی طفل توجه کرده و تربیت و پرورش بدون انقطاع طفل را تامین نمود.

#### ماده بیست و یکم (ضمانت های قانونی فرزندخواندگی):

- آن دسته از حکومتهای عضو پیمان که سیستم کفالت و فرزندخواندگی را به رسمیت شناخته یا مجاز می دانند، با اطمینان خاطر نشان میکنند که در تمام این مراحل، منافع طفل و آسایش او تامین میشود. این حکومتها:
- (الف) تضمین میکنند که امور مربوط به فرزندخواندگی فقط از طرف مسئولین و ارگانهای تعیین شده و مجاز صورت گرفته و در چهارچوب حقوق جاری و قوانین داخلی اجرا و کنترل میشود.
- (ب) شکل بین المللی فرزندخواندگی را هم به رسمیت شناخته و این امکان را در اختیار اطفالی که داخل کشور از این نظر تامین نیستند، می گذارند.
- (ج) تضمین میدهند که طفل در صورت استفاده از امکان بین المللی فرزندخواندگی، همچنان تحت پوشش کامل حمایتهای حکومتی و ملی قرار دارد.
- (د) تمام اقدامهای مناسب را انجام میدهند تا از سودجویی های مالی در رابطه با فرزندخواندگی بین المللی جلوگیری کنند.
- (ه) در این چهارچوب، خواهان عقد قراردادهای دو یا چند جانبه با کشورهای دیگر هستند تا بتوانند از جریان مثبت و موفق فرزندخواندگی بین المللی اطمینان حاصل کنند.

#### ماده بیست و دوم (حقوق پناهنده):

- (۱) حکومتهای امضاکننده این پیمان نامه، با انجام اقدامهای مناسب، حقوق طفلی را که از نظر قوانین داخلی و یا بین المللی پناهنده شناخته شده است، تضمین میکنند. این حقوق شامل کمکهای انسانی و در جهت احقاق همه حقوق مندرج در این پیمان نامه و همینطور دیگر پیمان های منطقه ای و بین المللی است که بر پایه تامین حقوق بشر و حقوق طفل استوار هستند، صرف نظر از اینکه طفل تنها با والدین و یا همراه دیگری باشد.

(۲) برای این منظور، حکومت‌های امضاکننده این پیمان نامه، نهایت تلاش خود را میکنند تا از طریق همکاری با سازمان ملل متحد و یا تشکیلات وابسته به آن و همچنین با کمک دیگر سازمانهای مسئول منطقه ای و یا فرمانطقه ای که در زمینه حمایت طفل در ارتباط با سازمان ملل هستند، با تمام نیرو طفل پناهنده را نگهداری کرده و یاری رسانند تا والدین یا افراد فامیل خود را پیدا نموده و به آنها ملحق شود. در صورتیکه افراد مزبور پیدا نشوند، آن طفل مانند بقیه اطفال شامل قانون مربوطه به محرومیت موقت یا دایم از آغوش خانواده میشود. (ماده ۲۰ بند ۱)

#### ماده بیست و سوم (حقوق اطفال معلول):

(۱) حکومتها اعلام میدارند که اگر یک طفل دارای نقص بدنی یا عقلی است، باید در عین معلولیت خودش، یک زندگی شایسته انسانی داشته باشد. زندگی که در آن، حیثیت او محفوظ باشد و شرکت فعال و مستقل او در زندگی جمعی تسهیل گردد.

(۲) حکومتها اعلام میکنند که طفل معلول، دارای حق حمایت ویژه حکومتی است و باید تا حد ممکن، برای آن طفل و والدین و یا سرپرست او امکانات مناسب را فراهم نمود.

(۳) با توجه به نیازهای اختصاصی طفل معلول، باید حمایتهای مندرج در بند ۲ این ماده را در صورت امکان چنان سازمان داد که وضعیت مالی والدین و یا سرپرست در نظر گرفته شود و خدمات ارائه شده در جهت آموزش و پرورش و شکوفایی هر چه بیشتر طفل باشند.

(۴) حکومتها، با تکیه بر همکاری بین المللی، خواهان تبادل نظرها و تجربه های مختلف اداری، فنی، پزشکی و تربیتی در زمینه اطفال معلول هستند تا به ویژه کشورهای در حال رشد با آشنایی با امکانات و پیشرفتهای لازم بتوانند به آن دسته از اطفال کمکها و خدمات مفیدتری را ارائه دهند.

#### ماده بیست و چهارم (مراقبتهای بهداشتی):

(۱) حکومتها، حق طفل برای داشتن سلامتی و استفاده از همه ی امکانات برای سلامت ماندن، بهبودی و درمان بیماری را به رسمیت می شناسند و تضمین میکنند که هیچ طفلی از این حق محروم نخواهد ماند.

(۲) حکومتها برای تامین این حق طفل، اقدامهای مناسب را انجام میدهند: الف) تعداد مرگ و میر نوزادان و اطفال را کاهش میدهند. ب) خدمات درمانی سراسری برای اطفال را سازمان میدهند و از تامین نیازهای اولیه بهداشتی، اطمینان حاصل میکنند. حکومتها به سلامتی مادر قبل و بعد از زایمان توجه کرده و با بیماری ها و کمبود یا بدی تغذیه مبارزه میکنند و در این رابطه امکان تهیه مواد غذایی و آب آشامیدنی سالم را با رعایت حفظ محیط زیست، فراهم می نمایند. ج) به امر آموزش همه مردم و به ویژه اطفال و والدین توجه نموده و تلاش میکنند تا اهالی اصول اولیه بهداشتی و بهداشتی را فرگیرند. آنها مثلا با فواید از سینه شیردادن، بهداشت شخصی و تمیز نگهداشتن محیط زیست و چگونگی پیشگیری از سوانح آشنا میشوند و در عمل هم از پشتیبانی حکومتها برخوردارند. د) مراکز مشاوره برای والدین و روشنگری در زمینه تنظیم خانواده را سازماندهی میکنند.

(۳) حکومتها جهت مبارزه با خرافات و عاداتی که برای سلامتی طفل زیان بخش هستند، اقدامات لازم و مناسب را انجام میدهند.

(۴) حکومتها خود را موظف می دانند که از همکاری های بین المللی پشتیبانی نموده و آن را تقویت نمایند تا مفاد این ماده بدون کم و کاست جامه عمل بخود بپوشاند و در این باره باید به نیازهای کشورهای در حال رشد توجه ویژه نمود.

#### ماده بیست و پنجم (کنترل و رسیدگی منظم به مکان نگهداری):

طفلی که از طرف مسوولین امر جهت نگهداری و پرستاری و یا درمان ناراحتی جسمی یا روانی بستری میشود، از حق کنترل و رسیدگی منظم تمام امور به نفع خودش برخوردار است و این حق از طرف حکومتهای عضو پیمان به رسمیت شناخته میشود.

#### ماده بیست و ششم (بیمه و خدمات اجتماعی):

(۱) حکومتها حق طفل مبنی بر استفاده از خدمات و بیمه امور اجتماعی را به رسمیت می شناسند و اقدامهای ضروری برای نیل به این مقصود را در هماهنگی با حقوق جاری و قوانین داخلی انجام میدهند.

(۲) در ارائه این خدمات و برای کمک به طفل، باید شرایط عمومی و اقتصادی طفل و والدین یا سرپرست قانونی در نظر گرفته شود.

#### ماده بیست و هفتم (استاندارد و سطح زندگی):

(۱) حکومت حق طفل را برای داشتن سطحی از زندگی که متناسب با موقعیت و رشد روحی، جسمی، قومی و اجتماعی اوست، به رسمیت میشناسد.

(۲) تامین شرایط مطلوب برای طفل، در مرتبه نخست، وظیفه والدین و یا سرپرست اوست.

(۳) حکومت ها بر پایه امکانات و قوانین داخلی خود، تلاش می کنند تا به والدین و یا سرپرست قانونی طفل کمک های لازم را نموده و در صورت نیازمندی، برای آنها خوراک، مسکن و تن پوش فراهم کنند.

(۴) حکومت ها برای تامین خواست های مالی طفل در برابر والدین و یا سرپرست، چه در داخل و یا خارج از کشور، اقدامات مقتضی را انجام می دهند.

#### ماده بیست و هشتم (حق آموزش و پرورش):

(۱) حکومت ها حق آموزش و پرورش را برای طفل به رسمیت می شناسند و بویژه برای تحقق آن:

الف) تحصیل دوره ابتدایی را برای همه اجباری و رایگان می کنند.

ب) مدارس گوناگون آموزشی و حرفه ای را بوجود می آورند و آنها را بطور ارزان یا رایگان در اختیار افراد کم درآمد قرار می دهند.

ج) امکان ورود به مدارس عالی را در دسترس همه گذاشته و از آن حمایت می کنند.

د) مشاوره شغلی و حرفه ای را برای همه اطفال ممکن و قابل دسترسی می نمایند.

ه) برای کاهش تعداد اطفالی که مدرسه را رها می کنند، تلاش نموده و اقدامات مناسب را برای حضور منظم اطفال در مدرسه انجام می دهند.

(۲) حکومت های عضو پیمان کوشش خود را می کنند تا روند آموزش و پرورش در مدارس درخور منزلت انسانی بوده و با محتوای این عهدنامه هم خوان باشد.

(۳) حکومت ها از همکاری های بین المللی در امور آموزشی و پرورشی استقبال کرده و بخصوص هدف ریشه کنی بیسوادی و گسترش فن و دانش را دنبال می کنند و در این مورد هم به نیازهای کشورهای در حال رشد بیشتر توجه می شود.

### ماده بیست و نهم (اهداف تربیتی):

(۱) حکومت های عضو پیمان تایید می کنند که تربیت باید:

الف) شخصیت، استعداد و توانایی های روانی و جسمی طفل را تقویت و شکوفا نماید.

ب) احساس احترام و توجه به حقوق بشر و آزادی های پایه ای مصوب سازمان ملل متحد را، در طفل پرورش دهد.

ج) نسبت به والدین، هویت فرهنگی و زبان و ارزش های ملی سرزمین پدری ایجاد علاقه و توجه نموده و احترام به فرهنگ دیگر سرزمین ها را تقویت کند.

د) طفل را برای زندگی در یک جامعه آزاد بر پایه تفاهم، صلح، تحمل دگراندیشان و دیگرباشان، تساوی حقوق زن و مرد و دوستی خلق ها و گروه های قومی یا ملی\_ مذهبی، آماده کند.

ه) علاقه و توجه به طفل را نسبت به محیط زیست و طبیعت بیشتر کند.

(۲) این ماده و ماده ۲۸ اجازه ندارند چنان تفسیر شوند که موجب اخلاف یا خدشه در آزادی شخص حقیقی و یا شخص حقوقی دیگری شوند. در تاسیس مدارس آموزشی هم با توجه به رعایت بند ۱، باید حداقل استانداردهای تعیین شده حکومتی موجود باشند.

### ماده سی ام (حمایت از اقلیت ها):

اطفال متعلق به اقلیت های مذهبی، قومی و یا زبانی در کشورهایی که این اقلیت ها وجود دارند، دارای این حق هستند که همراه دیگر آشنایان بطور جمعی یا فردی از زبان فرهنگ و مذهب خود برخوردار بوده و از آنها استفاده کنند.

### ماده سی و یکم (حق بازی و اوقات فراغت):

(۱) حکومت ها حق طفل را برای داشتن بازی، سرگرمی، وقت آسایش و استراحت به رسمیت می شناسند. طفل می تواند بطور فعال و آزادانه در امور فرهنگی و هنری در خور سنی خودش، شرکت جوید.

(۲) حکومت ها به حق طفل برای فعالیت های هنری و فرهنگی توجه داشته و با اقدام های خود، آنرا پشتیبانی می کنند و امکانات مناسب را برای انجام فعالیت های فرهنگی\_ هنری و همچنین اوقات فراغت و سرگرمی طفل فراهم می نمایند.

### ماده سی و دوم ( ممنوعیت استثمار):

(۱) حکومت‌ها این حق را به رسمیت می‌شناسند که طفل استثمار اقتصادی نگردیده و به کاری که برای سلامتی جسم یا جان و یا تربیت و تکامل او زیان بخش است، گمارده نشود.

(۲) حکومت‌ها برای تضمین و اجرای این حق، امکانات مختلف قانونی، اجتماعی، اداری و آموزشی را بکار می‌برند. حکومت‌ها برای این منظور و در هماهنگی با پیمان‌ها و توافق‌نامه‌های بین‌المللی دیگر، ضمن تعیین سن آغاز اشتغال و تنظیم مدت و شرایط کار طفل، مجازات مختلف همراه محاصره اقتصادی دولت خاطی را بررسی می‌نمایند.

#### ماده سی و سوم (حمایت در برابر مواد مخدر):

حکومت‌ها تمامی اقدامات مناسب همراه استفاده از امکانات قانونی، اداری، اجتماعی و آموزشی را بعمل می‌آورند تا طفل را بر علیه موادی که مطابق اسناد بین‌المللی بعنوان مواد اعتیادآور و مخدر شناخته شده‌اند، حمایت نمایند و از بکارگیری غیرمجاز اطفال در تولید و یا توزیع این مواد جلوگیری می‌کنند.

#### ماده سی و چهارم (حمایت در برابر سوء استفاده جنسی):

حکومت‌های عضو پیمان، خود را موظف می‌دانند که طفل را در مقابل هرگونه استثمار سکسی و سوء استفاده جنسی حمایت کنند. حکومت‌ها برای این منظور دست به اقداماتی در سطح داخل و خارج از کشور می‌زنند تا:

(الف) اطفال به روابط جنسی غیر قانونی و یا اجباری کشانده نشوند.

(ب) اطفال در زمینه فاحشه‌گری مورد استفاده قرار نگیرند.

(ج) از اطفال در پورنوگرافی و نمایش‌های سکسی استفاده نشود.

#### ماده سی و پنجم (خرید و فروش انسان):

حکومت‌های عضو پیمان با بکارگیری تمامی امکانات موجود داخلی و خارجی، منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای سرقت و خرید و فروش اطفال به هر منظوری که باشد، جلوگیری می‌کنند.

#### ماده سی و ششم (حمایت در برابر انواع دیگر استثمار):

حکومت‌های عضو پیمان، اطفال را در مقابل انواع استثمار که به شکلی به زیان آنهاست، حمایت می‌کنند.

#### ماده سی و هفتم (ممنوعیت شکنجه، تضمین قانونی در اجرای مجازات):

حکومت‌ها تضمین می‌کنند که:

(الف) هیچ طفلی مورد شکنجه قرار نگیرد و رفتار غیر انسانی و توهین‌آمیز با او نشود. اجرای مجازات اعدام و حبس‌های طولانی مدت برای اطفال تا قبل از پایان سن هجده سالگی ممنوع است.

(ب) توقیف و حبس‌های غیرقانونی و بر پایه تصمیم‌های شخصی، ممنوع است. حکم زندانی شدن برای اطفال مطابق قانونی و بعنوان آخرین امکان و آنهم برای مدتی بسیار کوتاه، صادر می‌شود.

ج) با هر طفلی که در حبس بسر می برد باید رفتاری انسانی و بدون تحقیر و توهین و متناسب با سن او داشت. این اطفال را باید در زندان از بزرگسالان جدا نمود مگر اینکه این عمل به نفع طفل نباشد. هر طفلی حق دارد با خانواده خود بصورت ملاقات و یا نامه ارتباط داشته باشد، مگر در شرایط فوق العاده استثنایی.

د) هر طفل زندانی حق استفاده از وکیل را برای دفاع از خود دارد و باید در دادگاه قانونی و ناوابسته که جانبدار دولت، حزب، فرقه یا آیینی نباشد، محاکمه شود. طفل حق دارد به دیگر مراجع صلاحیت دار قانونی در مورد حکم خود شکایت کند و به کار او سریع رسیدگی شود.

#### ماده سی و هشتم (حمایت در انجام خدمت وظیفه):

(۱) حکومت ها وظیفه قانونی دارند که حتی در شرایط جنگی، قوانین انسانی و مربوط به کودکان را رعایت کنند و بر اجرای آنها نظارت داشته باشند. حکومت ها تضمین می کنند و برای اجرای این تضمین همه اقدامات ضروری را انجام می دهند که هیچ کودکی تا قبل از پایان سن پانزده سالگی خود، در جنگ شرکت داده نشود.

(۲) حکومت های عضو پیمان، افرادی را که هنوز سن پانزده سالگی خود را تمام نکرده اند، به جنگ نمی فرستند و در شرایط اضطراری تنها از افراد نسبتا مسن تر استفاده می کنند.

(۳) حکومت های عضو پیمان در شرایط جنگی هم تمام اقدامات را برای حمایت کودکان آسیب دیده از جنگ، انجام می دهند.

#### ماده سی و نهم (بازسازی اجتماعی کودکان آسیب دیده):

برای سلامتی روحی، جسمی و اجتماعی کودکی که قربانی نوعی از بدرفتاری، شکنجه، استثمار یا هر عمل غیرانسانی شده است، حکومت های عضو پیمان همه اقدامات مناسب را انجام می دهند. بازسازی جسمی و روانی باید در محیط و شرایط مناسب، سلامتی و منزلت کودک را تامین کند.

#### ماده چهلم (بازسازی اجتماعی کودکان مجرم):

(۱) حکومت ها به هر کودکی که بدنبال دوره حبس یا اتهام وارده آسیب دیده است، کمک و اقدامات لازم را جهت درمان او می نمایند. بطوریکه منزلت او خدشه دار نشده و احترام به حقوق بشر و توانایی او در ایفای نقش مثبت در جامعه با رعایت سنی که دارد، تقویت شود.

(۲) همصدا با دیگر پیمان های بین المللی، حکومت ها تضمین می کنند که هیچ کودکی با انجام عملی که در زمان ارتکاب، مطابق قوانین جرم نموده است، مجازات نمی شود و هر کودکی که بنوعی در مقابل قانون گناه کار شناخته شده و متهم یا مجازات می شود، این حداقل حقوق را دارد:

الف) تا قبل از اثبات جرم بطور قانونی، بی گناه است.

ب) بلافاصله والدین و یا سرپرست کودک باید به موضوع اتهام واقف شده و بتوانند از ابزار حقوقی و داشتن وکیل برای دفاع از کودک برخوردار باشند.

ج) دادگاه یا نهاد حقوقی مربوطه بلافاصله به مورد کودک رسیدگی نماید و در صورتیکه سن و شرایط کودک اجازه دهند و نفع و آسایش کودک مختل نشود، والدین یا سرپرست کودک هم در دادگاه شرکت می کنند.

(د) کودک را نباید مجبور کرد که شهادت داده و یا خود را گناهکار بداند و یا از طریق تماس با شاهدان بر آنها تاثیر بگذارد.

(ه) هرگاه حکم دادگاه اولیه مبنی بر مجرم شناختن و مجازات کودک بود، باید دادگاه یا مرجع بالاتری که جانبدار حکومت، حزب، فرقه یا آیینی نبوده و کاملاً ناوابسته باشد، حکم صادره قبلی را بررسی و به شکایت رسیدگی کند. (ی) اگر کودک زبان بازجو را نمی داند، باید بطور رایگان مترجم در اختیار او گذاشت. (و) هیچگاه نباید محدوده خصوصی کودک و شخصیت او دچار آسیب شود.

(۳) دولت ها تلاش می کنند با استفاده از همه امکانات مختلف در جهت بهتر کردن روند دادگاه ها بکوشند و به کودکان در این مراکز کمک نمایند؛ بخصوص:

الف) تعیین حداقل سن برای یک کودک که در صورت ارتکاب جرم، بتوان او را مجرم شناخت.  
ب) کوشش برای حل مسایل بدون دخالت دادگاه ولی اکیدا بر پایه رعایت حقوق بشر و قوانین مدنی.  
(۴) برای اطمینان از سلامتی جریان حقوقی و اینکه به کودک اجحافی نشود، باید تدارکات زنجیره ای گوناگونی انجام شده یا در دست اجرا باشد مانند: تعیین سرپرست، نظارت و مشاوره آزادی مشروط و مسایل مربوط به قیم، آموزش و پرورش و بسیاری نکات روانشناسی و اجتماعی دیگر.

#### ماده چهل و یکم (برتری حقوقی برخی از کشورهای دنیا):

این پیمان نامه تبیینی با حقوق کودکان در کشورهای از این نظر پیشرفته تر ندارد و در اجرای بهتر احقاق حقوق کودکان دخالتی نمی کند. حقوقی که برای کودکان مناسب تر هستند و:  
الف) جزو قوانین یک حکومت عضو این پیمان محسوب می شوند.  
ب) جزو حقوق ملی و مدنی آن کشور هستند.

#### بخش دوم عهدنامه

#### ماده چهل و دوم (معرفی عهدنامه):

حکومت های عضو پیمان خود را موظف می دانند که مفاد و مصوبات این پیمان نامه را از راههای گوناگون و موثر در اختیار بزرگسالان و همچنین کودکان قرار دهند تا آنها با این پیمان نامه آشنا شوند.

#### ماده چهل و سوم (کمیسیون حقوق کودکان):

(۱) کمیسیون حقوق کودکان، برای کنترل پیشرفت اموری که حکومت های عضو پیمان، تضمین آنرا داده اند، تشکیل می شود. این کمیسیون تکالیف و وظایف زیر را بر دوش می گیرد.  
(۲) کمیسیون از ده نفر که از نظر حرفه ای و اخلاقی، کارشناسان بلندپایه هستند تشکیل شده است که از طرف حکومت های حاضر در این پیمان نامه و از میان افراد تابع همان حکومت ها انتخاب می شوند. در ترکیب افراد این کمیسیون به پراکندگی جغرافیایی و سیستم حقوقی کشورها توجه می شود.

- (۳) اعضای کمیسیون به روش مخفی از لیست پیشنهادی حکومت های عضو پیمان انتخاب می شوند. هر حکومت می تواند فقط یک نفر از تابعین خودش را پیشنهاد کند.
- (۴) اولین انتخابات کمیسیون حداکثر شش ماه بعد از تصویب این پیمان نامه برگزار می شود و انتخابات بعدی هر دو سال یکبار انجام می پذیرند. دبیرکل بطور کتبی و حداکثر چهارماه قبل از انتخابات، از حکومت های عضو پیمان درخواست می کند که پیشنهادات خودشان را ظرف دو ماه ارائه دهند. دبیرکل بر پایه این پیشنهادات همه اسامی را برطبق حروف الفبا و ذکر نام حکومت پیشنهاد دهنده تهیه کرده و به اطلاع همه حکومت ها می رساند.
- (۵) جلسه برای انتخابات که از طرف دبیرکل سازمان ملل اعلام و تشکیل شده است در صورت حضور دوسوم حکومت های عضو پیمان، قدرت تصمیم گیری دارد. افراد پیشنهاد شده در لیست که اکثریت مطلق آرای حاضرین را کسب کنند بعنوان نماینده و کارشناس عضو کمیسیون شناخته می شوند.
- (۶) اعضای کمیسیون برای مدت چهارسال انتخاب می شوند و در صورت پیشنهاد مجدد، می توانند دوباره انتخاب شوند. مدت عضویت پنج نفر از اعضای کمیسیون که در بار اول انتخاب شده اند، بعد از دو سال تمام می شود که نام آنها در قرعه تعیین و بلافاصله بعد از انتخابات اعلام می شود.
- (۷) در صورت فوت یا استعفای یکی از اعضای کمیسیون و یا اگر یک عضو به هر دلیلی نتوانست انجام وظیفه کند، حکومتی که آن عضو را پیشنهاد کرده است از بین تابعین خود، یک کارشناس را معرفی می کند که با موافقت کمیسیون، برای مدت باقی مانده، به عضویت کمیسیون درمی آید.
- (۸) کمیسیون، اصول کار و فعالیت های خود را برنامه ریزی می کند.
- (۹) کمیسیون، هیات مدیره خود را برای مدت دو سال انتخاب می کند.
- (۱۰) جلسات کمیسیون معمولاً سالی یکبار در محل سازمان ملل یا مکان مناسب دیگری که کمیسیون مشخص کند تشکیل می شود. مدت جلسه با توافق دبیرکل سازمان ملل تعیین می گردد.
- (۱۱) مکان و نیروی انسانی که کمیسیون برای انجام وظایف خود نیاز دارد، از طرف دبیرکل سازمان ملل متحد تامین می شود.
- (۱۲) به اعضای این کمیسیون با موافقت مجمع عمومی حکومت های عضو این پیمان نامه، درآمدی تعلق می گیرد که از محل صندوق سازمان ملل و طبق مقررات آن تامین می شود.

#### ماده چهل و چهارم (گزارش دهی و گزارش گیری):

- (۱) حکومت های عضو پیمان موظف هستند که گزارشات خود را درباره فعالیت ها و اقدامات مربوط به تحقق و پیگیری تصمیمات این پیمان نامه تهیه و تنظیم نموده و ارائه دهند و آنهم:
- الف) ظرف دو سال بعد از تصویب این پیمان نامه برای حکومت های مربوطه.
- ب) سپس هر پنج سال یکبار.
- (۲) در گزارشات باید مشکلات اصلی را که مانع اجرای مصوبات بوده اند، ذکر نموده و تصویر کامل و دقیقی از چگونگی اجرای مصوبات ارائه نمود.
- (۳) محتوای گزارشات حکومتی عرضه شده به کمیسیون نباید در گزارشات بعدی که مطابق بند (ب) در اصل شماره (۶) این ماده ارائه می گردند، تکرار شوند.

- (۴) کمیسیون می تواند از حکومت های مربوطه در مورد اجرای این پیمان نامه، تحقیق و پرس و جو کند.
- (۵) کمیسیون، گزارش فعالیت های اقتصادی و اجتماعی خود را هر دو سال یکبار به مجمع عمومی تقدیم می کند.
- (۶) حکومت های عضو پیمان، گزارشات ارایه شده را در سرزمین های خود منتشر و به اطلاع مردم می رسانند.

#### ماده چهل و پنجم (وظایف ارگان های ویژه سازمان ملل):

- برای پیشبرد و اجرای قاطع این پیمان نامه و گسترش همکاری های بین المللی در این رابطه:
- الف) "کارگاه کمک به کودکان" و دیگر سازمان ها و تشکیلات ویژه سازمان ملل، در مسایل مربوط به زمینه کاری خودشان، نماینده سازمان ملل متحد برای اجرای پیمان های بین المللی هستند. کمیسیون اگر لازم بداند، می تواند از این ارگان های ویژه سازمان ملل متحد برای همکاری در زمینه های مربوطه دعوت نموده و یاری دریافت کند.
- ب) کمیسیون حقوق کودکان در صورت لزوم با ارگان های سازمان ملل تماس گرفته و با درخواست کتبی همراه ارایه گزارش کشورهای طرف قرارداد، از مشاوره فنی و کارشناسی آن ارگان مربوطه کمک می گیرد.
- ج) کمیسیون می تواند جهت اجرای مفاد مربوط به حقوق کودک، به مجمع عمومی پیشنهاد پرسش و درخواست از دبیرکل را بنماید.
- د) کمیسیون می تواند بر پایه اطلاعاتی که طبق ماده ۴۴ و ماده ۴۵ کسب کرده است، پیشنهادات و توصیه های لازم را به حکومت مربوطه داده و مجمع عمومی را هم در جریان بگذارد.

#### بخش سوم عهدنامه

#### ماده چهل و ششم (امضاها):

این پیمان نامه جهت امضا در اختیار همه حکومت های قرار دارد.

#### ماده چهل و هفتم (تایید رسمی):

این پیمان نامه در اختیار دبیرکل سازمان ملل متحد گذاشته شده است.

#### ماده چهل و هشتم (پذیرش این پیمان نامه):

این پیمان نامه جهت پذیرش در اختیار همه حکومت ها قرار گرفته و سند توافق هر حکومت بطور ثبت شده و تحت عنوان "پذیرش نامه" در نزد دبیرکل می باشد.

#### ماده چهل و نهم (قدرت اجرایی):

(۱) این پیمان نامه درست سی روز پس از دریافت بیستمین پذیرش نامه توسط دبیرکل سازمان ملل، قدرت اجرایی می یابد.

(۲) هرگاه حکومتی بعد از دریافت بیستمین پذیرش نامه به این پیمان نامه پیوسته و پذیرش نامه را امضا کند، تاریخ قدرت اجرایی برای آن حکومت، سی روز پس از ورود و امضای پذیرش نامه است.

\* توضیح: آغاز اعتبار و قدرت اجرایی این پیمان نامه مطابق این مصوبه از تاریخ دوم سپتامبر ۱۹۹۰ میلادی است- (م)

#### ماده پنجاهم (تغییرات):

(۱) هر حکومت عضو پیمان می تواند پیشنهاد یک تغییر در این پیمان نامه را داده و آنرا به دبیرکل تسلیم کند. دبیرکل این پیشنهاد دریافتی را به اطلاع سایر حکومت های عضو پیمان رسانده و درباره آن نظرخواهی می کند. اگر چهارماه پس از اظهار یک پیشنهاد، حداقل یک سوم حکومت ها با آن پیشنهاد موافق بودند، دبیرکل، تشکیل جلسه عمومی را برای طرح آن پیشنهاد اعلام می کند. هر تغییری که توسط اکثریت حاضرین در جلسه پذیرفته شد، جهت تصویب به مجمع عمومی ابلاغ می شود.

(۲) تغییر پذیرفته شده در پیمان نامه پس از تصویب مجمع عمومی و توافق دوسوم اکثریت حکومت ها، قدرت اجرایی دارد.

(۳) تغییری که اعتبار و قدرت اجرایی یافته است، تنها برای حکومت هایی که آنرا پذیرفته اند، می تواند پیگرد قانونی داشته باشد.

#### ماده پنجاه و یکم (قید و شرط):

(۱) دبیرکل سازمان ملل متحد با تاکید اعلام می کند؛ هر حکومتی که هنگام ورود و پذیرش این پیمان نامه قید و شرطی بگذارد، با آغوش باز پذیرفته و آنرا به اطلاع سایر حکومت ها می رساند.

(۲) قیود و شروطی که با هدف و منظور این پیمان نامه منافات دارند، پذیرفته نمی شوند.

(۳) قید و شرط ها می توانند از طریق یادداشت کوتاه و تاریخ دار به دبیرکل، در هر زمانی پس گرفته شوند. دبیرکل، سایر حکومت ها را از آن یادداشت مطلع می کند.

#### ماده پنجاه و دوم (استعفا):

یک حکومت می تواند استعفای خود را از شرکت و پذیرش این پیمان نامه از طریق نامه کتبی به دبیرکل اعلام کند. یکسال بعد از دریافت آن نامه توسط دبیرکل، استعفا قدرت قانونی دارد.

#### ماده پنجاه و سوم (نگهداری):

دبیرکل سازمان ملل متحد به عنوان نگهدارنده و حافظ این پیمان نامه تعیین می شود.

#### ماده پنجاه و چهارم (امانت):

نوشته اصل این پیمان نامه که به زبان های عربی، چینی، انگلیسی، فرانسوی، روسی و اسپانیایی است و همگی به یک اندازه اعتبار دارند، به رسم امانت، نزد دبیرکل سازمان ملل متحد گذاشته شده است.

\* پیمان نامه از طرف مجمع عمومی سازمان ملل در تاریخ بیستم نوامبر سال ۱۹۸۹ میلادی تصویب شد.

MAX PLANCK INSTITUTE  
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW  
AND  
MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL  
PRIVATE LAW



**Max Planck Manual on Afghan Family Law**

Amended second Edition  
(October 2009)

**Authors:**  
**Kabeh Rastin-Tehra and Dr. Nadjma Yassari**

Translated into Dari by:  
Mohammad Fahim Qayumi

Funded By  
The German Foreign Ministry and the Commission of the European Union