Kardan Journal Law (KJL)

ISSN: 2707-3181 (Print and Online), Journal homepage: https://kardan.edu.af/KJL

Role of Judge in Dissolution of Marriage through Khul': Fiqhi and Legal Analysis

Fahima Hatam

To cite this article: Hatam, Fahima. "Role of judge in dissolution of marriage through Khul': Fiqhi and legal analysis", *Kardan Journal of Law*, (2021), 4 (1), 65-92.
DOI: 10.31841/KJL.2022.19

To link to this article: http://dx.doi.org/ 10.31841/KJL.2022.19

© 2022 The Author(s). This open access Article is distributed under a Creative Commons Attribution (CC-BY) 4.0 license.

Published online: 25 December 2022

Submit your article to this journal

د خلع په قضیه کې د قاضي صلاحیت :یوه فقهي او قانوني ارزونه

استاد فهیمه حاتم

لنډیز

دا څېړنه د جمهورو فقهاوو د هغه قول په اړه بحث کوي چې وایي که چېرې مېرمن د خلع غوښتنه وکړي او مېړه یې موافق نه وي قاضي صلاحیت نه لري چې د مېړه له موافقې پرته د هغوی تر منځ په جداوالی او تفریق حکم وکړي .پدې بحث کې دا موضوع د سورت بقرې د ۲۲۹ او سورت نساء د ۳۵ آیتونو، د خلع د لومړۍ قضیې په اړه د پیغمبرﷺ د فیصلې، او د خلفاء راشدینو د فیصلو په رڼا کې څېړل کیږي، د مالکی مذهب فقهاء پدې نظر دي چې په خلع کې د زوجینو تر منځ د تفریق او یا نکاح د دوام په اړه د هغه حکمانو فیصله چې د قاضي یا دولت له خوا د زوجینو تر منځ د اختلاف د حل لپاره ټاکل کیږي معتبره ده زوجین د هغوی له فیصلې سره موافق وي او که نه .پدې اړه د افغانستان د مدنی قانون احکام هم د مالکي فقه پر بنسټ ولاړ دي .او د نکاح په انحلال کې د حکمانو نظر او د قاضي صلاحیت معتبر ګڼي

کیلي: خلع، مذاهب، قاضي، تفریق، مدني قانون

سریزه

اسلامي شریعت د نکاح او د هغې د بقاء او دوام لپاره د احکامو په تشریع کې خاصه پاملرنه کړې ده او پدې اړه یې احکام داسې دي ډول وضع کړي دي چې د امکان تر کچې د دې مهمې اړیکې کامیابي، اهداف او ثمره تضمین کړي، د دې هدف لپاره یې مېرمن او مېړه او اولیاء الامور په ځانګړو احکامو مکلف کړي دي. خو له دې سره سره بیا هم په ژوندانه کې داسې حالات او پېښې رامنځ ته کیږي چې له کبله یې زوجینو او یا یو لوري ته د ضرر رسېدلو پرته د زوجیت اړیکو ته دوام ورکول ناشوني وي، اسلامي شریعت د هغه جامعیت او معقولیت له مخې چې یې لري دا ډول حالات هم په نظر کې نیولې دي او د حل لارې چارې یې ورله سنجولې دي، د شریعت د حکم پر اساس که چېرې مېرمن او مېړه دې نتېجې ته ورسېږي چې نور یې ژوند د الله تعالی لخوا ټاکل شوو حدودو سره سم نه شي تېرېدلی نو د نکاح اړیکه پرې کولی شي. د اسلامی شریعت په دایره کې د مختلفو احوالو او شرایطو پر اساس د دې عقد د انحلال بېلابېلی لارې شته دی، مېړه حق لري چې د نکاح اړیکه د طلاق له لارې پرې کړي، شریعت مېرمن ته هم دا حق ورکړی دی چې که چېرته نه شي کولی د نکاح اړیکې ته

په مطلوبه توګه دوام ورکړی نو کولی شي چې د خلع له لارې له مېړه څخه جلا شي، له دی سربېره د ځینو ځانګړو حالاتو په شتون کې قاضي د اسلامی شریعت د حکم پر اساس او یا د مېرمن څخه د حرج او ضرر د دفعه کولو په موخه د هغې په غوښتنه د نکاح تړون منحلوي. د دې څېړنې د بحث محور د نکاح د انحلال مېکانېزمونو څخه د خلع په موضوع کې د قاضي د صلاحیت د حدودو په اړه دی، پدې معنی که چېرې مېرمن پرته له کوم ښکاره یا معلوم علت د موجودیت له کبله له مېړه څخه متنفره وي او دا ویره ولري چې د نکاح په عقد کې د الله ﷻ د ټاکل شویو حدودو ساتنه نه شي کولی او له دې مشقته د ځان خلاصولو لپاره د اصولو مطابق مېړه ته د طلاق په عوض کې د مالي بدل وړاندیز کوي خو مېړه د طلاق د ورکولو څخه ډډه کوي نو پدې حالت کې آیا مېرمن د اختلاف د رفع او موضوع د حل لپاره محکمې ته رجوع کولی شي که نه؟ آیا پدې حالت کې محکمه کولی شي چې د مېړه د رضا او موافقې پرته د هغوی تر منځ طلاق اعلان کړي؟ پدې څېړنه کې د دغه پوښتنو د ځواب مېندلو کوښښ شوی دی.

۲ـ د خلع پېژندنه

خُلْع مصدر دی او د (خا) او (لام) په زور سره په عربي ژبه کې د یو حسي او مادي شیز د ایستلو په معنی ده، لکه څنګه چې وایي: (خَلَعَ الثَّوْبَ) یعنی جامې یې وویستې، او خلع د (خا) په پیښ او (لام) په سکون سره د نکاح د له منځه وړولو په معنی استعمال شوې ده. نو خلع په لغت کی د وېستلو او خالي کولو په معنی ده، څرنګه چې په قرانکریم کی مېړه او مېرمن یو د بل لپاره لباس یا جامو سره مشابه شوي دي نو خلع د نکاح د انحلال او د دغه لباس د لرې کولو لپاره کنایه استعمال شوې ده. په عربي ژبدود کی خلع د طلاق په معنی هم استعمال شوې ده لکه څنګه چې ویل کېږي (خَلَعَ امْرَأَتَهُ خلعاً) یعنی سړي له خپلی ښځې سره خلع وکړه او له ځانه یی جلا کړه. یو بل عبارت هم په عربو کې رواج دی چې وایي (خَالَعَتْه أيْ فَارَقَتْه) مېرمن له خپل مېړه سره خلع وکړه یعنی ورڅخه جلا شوه. ځینو علماو لیکلی دي چې خلع د (خا) په پېښ او (لام) په سکون سره په لغت کې د مال په بدل کې د مېرمن بېلتون ته وایي چې فدیه او افتداء هم ورته ویل کېږي.[1]

1. احمد بن محمد الفیومي، *المصباح المنیر في غریب شرح الکبیر*(بیروت: المکتبة العلمیة، نشته)،۱: ۱۷۸ . ماده (خ ل ع).

خلع په اصطلاح کې د حنفي مذهب په نظر (إِزَالَةُ مِلْكِ النِّكَاحِ الْمُتَوَقِّفَةُ عَلَى قَبُولِهَا بِلَفْظِ الْخُلْعِ أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ)[2] ده يعنې د خلع په صريح لفظ يا ورته الفاظو پر اساس او د مېرمن په موافقه د نکاح له منځه وړل خلع بلل کيږي.

د افغانستان د مدني قانون ۱۵٦ مه ماده خلع داسې تعريفوي: خلع عبارت ده د ازدواج د عقد د منحلولو څخه د هغه مال په بدل کی چې ښځه يې مېړه ته ورکوي.[3]

۳ـ خلع په قران کريم کې

د خلع په مشروعيت او مېکانېزم کی د قران کريم په لاندني آيت باندې استناد کيږي:

الله ﷻ فرمايلي دي: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ ۲:۲۲۹.

ژباړه: طلاق دوه ځلې دی، بيا په ښې طريقې سره (د مېرمن) ساتل دي، يا يې په ډېرې ښې طريقې سره يې پرېښودل دي او تاسو لپاره دا حلال نه دي چې له هغه (مال) څخه چې تاسې دوی ته ورکړی دی؛ څه لږ شی هم واخلئ، مگر دا چې دواړه له دې ووېرېږي چې دوی به د الله حدود (حکمونه) قايم نه کړی شي، نو که تاسو وېرېږئ چې دوی دواړه به د الله حکمونه پوره نه کړي، بيا نو پدې دواړو باندې هېڅ گناه نشته په هغه (مال) کې چې مېرمن يې د جداوالي لپاره ورکوي. دا د الله حدود دي، نو له هغې څخه مه تېرېږئ، او څوك چې د الله له حدودو څخه تېر شي، نو همدغه کسان ظالمان دي.

له پورتنی آيت څخه داسی معلومېږي چې د خلع اخيستلو ته بايد په داسې حالت کې پام وروگرځي چې د الله ﷻ د حدودو د ماتېدلو وېره موجوده وي. د " فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا" عبارت پدې دلالت کوي چې که څه هم خلع د خوښې وړ کار نه دی خو که دا وېره وي چې د الله ﷻ حدود به مات شي نو بيا د خلع په اخيستو کې څه بدي نشته. همدا راز لکه څرنگه چې د نکاح د عقد د انحلال په معامله کې طلاق د مېړه حق دی نو په مقابل کې يې پدې عقد کې

2. زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق* (عمان: دار الکتب الاسلامی، نشته) ، ۴: ۷۷.

3. مدني قانون(۱۳۵۵ ش). ۳۵۳ رسمي جريده، ۱۵٦ماده.

د توازن د ساتلو په موخه د خلع حق مېرمن ته ورکړل شوی دی، د طلاق په صورت کې مېړه مېرمن ته د ورکړل شوي مهر څخه لاس په سر کیږي په همدغه ډېر کله چې مېرمن د نکاح د عقد څخه ځان خلاصول غواړي نو د مال قرباني به ورکوي. دا آیت اصلاً د دغه موضوع د توضیح په موخه ذکر شوی دی اللهﷻ فرمایي چې مېړه کله په خپله خوښه طلاق ورکوي نو د هغه مال څخه چې مېرمن ته یې ورکړی دی هېڅ شی بیرته نه شي اخیستلی، مگر دا چې مېرمن خلع وغواړي. همدا راز پدې آیت کې د "افتداء" کلمه راغلی ده چې د معاوضې په بدل کې د ازادي اخیستلو د اصطلاح په توگه کارول کیږي او له عقودو (تړونونو) سره تړاو لري.[4] د یو عقد لپاره شرط دا دی چې باید یو اړخ د فدیې ورکولو او بل اړخ د فدیې منلو په هکله خپله رضا او موافقه په ډاگه کړي. نو کله چې دواړه خواوې پدې عقد راضي شي نو خلع د محکمې حکم پورې تړلی نه ده بلکې هغه معامله چې د کور دننه په ښه شان تر سره کېدای شي باید محکمې ته و نه رسول شي. د خلع په مسئله کې اصل هم همدا دی چې د مېړه او مېرمن په اتفاق باندې ترسره شي.

۴ـ خلع په نبوي سنت او د صحابه کرامو په آثارو کې

د خلع په اړه د نورو تفصیلاتو د تعیین لپاره په نبوی آثارو باندې اتکاء کیږي، په دی اړه زیات شمېر احادیث د ثابت بن قیس او د هغه د مېرمن حبیبه بنت سهل یا جمیله بنت ابی ابن سلول تر منځ د خلع د قضیې په اړه روایت شوي دي،[5] د دې واقعې تفصیل چې په اسلام کې د خلع لومړۍ قضیه بلل کیږي پدې ډول دی: د ثابت بن قیس مېرمن رسول اللهﷺ ته راغله او ویې ویل: ای د الله (ﷻ) رسوله! د ثابت بن قیس په اخلاقو او دینداری کې هېڅ ډول عیب نه وینم، خو زه په اسلام کې کفر (نافرماني) نه خوښوم، رسول الله ﷺ ورته وفرمایل: کومه باغچه چې هغه تا ته د مهر په توگه درکړې وه، بېرته ورسپارې؟ هغې وویل: هو. رسول اللهﷺ ثابت

[4] سید ابو الاعلی المودودي، *حقوق الزوجین* (لاهور:اداره ترجمان القران، ۲۰۰۸)، ٦١.

[5] د ثابت بن قیس مېرمن په ځینو روایتونو کې حبیبه بنت سهل او یا جمیله بنت ابی ابن سلول بلل شوی ده او په ځینو روایتونو کې ورته فقط د ثابت بن قیس د مېرمن په نامه اشاره شوی ده، بخاري هغه په دوه روایتونو کې د ثابت په مېرمن یادوي خو په بل روایت کې یې د جمیلی په نوم یادوي. امام احمد، ابو داود او امام مالک پې په الموطأ کې د حبیبی په نوم یادوي او ابن ماجه او النسایي یې د جمیلی په نوم یادوي، ځینې علماء پدې نظر دي چې ثابت دوه مېرمنې درلودې چې یوه یې حبیبه بنت سهل او بله یې جمیله بنت ابی ابن سلول وه. وگورئ: مودودي، *حقوق الزوجین*، ٦٣.

بن قیس ته مخ ورواړوه او ورته يې وويل: باغچه قبوله کړه او هغې ته طلاق ورکړه.[6] په یو بل روایت کې دي چې جمیلې رسول الله صلی الله علیه و سلم ته وويل چې په الله قسم زه د هغه یعنی ثابت بن قیس د دین یا اخلاقو له کبله له هغه څخه بدزړې نه یم، خو د هغه له بد صورت څخه کرکه لرم.[7]

بل روایت پدې اړه داسې دی چې: یو سهار رسول اللهﷺ له خپل کور څخه راووت، نو حبیبه د باندې ولاړه وه. رسول اللهﷺ ترې پوښتنه وکړه چې څه خبره ده؟ هغې وويل: زما او د ثابت بن قیس گذاره نه کېږي.[8] کله چې ثابت بن قیس راغی نو رسول الله ﷺ ورته و فرمایل: چې دا حبیبه بنت سهل ده او هغې هغه څه وويل چې الله ﷻ غوښتي وو چې باید یې ووایي. حبیبې وويل: ای رسول الله! هر هغه څه چې ثابت ما ته راکړي وو ما سره اوس هم شته دی، نو رسول اللهﷺ ثابت ته حکم وکړ چې هغه بېرته واخلي او حبیبه پرېږدي. په ځینو روایتونو کې د "خَلِّ سبیلها" یعنې لار یې خلاصه کړه عبارت نقل شوی دی او په ځینې نورو کې "فارِقها" یعنې جلا شه ترې ویل شوي دي.[9]

[6] امام بخاري رحمه الله د عبدالله بن عباس رضي الله تعالى عنه څخه روایت کوي چې: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبيﷺفقالت : يا رسول الله! ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول اللهﷺ:أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ اقبل الحديقه و طلقها تطليقة". محمد بن اسماعیل البخاري، *صحیح البخاري*(بیروت: دار طوق النجاة، نشته)، ۷: ۴۶.

[7] "و الله ما كرهت منه ديناً و لا خلقاً إلا أني كرهت دمامته". محمد بن جریر الطبری، *جامع البیان فی تاویل القران*(بیروت: موسسه الرسالة، ۲۰۰۰م)، 4: 556.

[8] "لا أنا و لا ثابت بن قيس". أبو داود سليمان بن الأشعث، *سنن أبي داود*(بيروت: المكتبة العصرية، نشته)،2: 268.

[9] دا واقعه ابو داوود او ابن جریر د حضرت عایشې رضي الله عنها څخه داسې روایت کړې ده چې ثابت حبیبه وهلې وه او هډوکې یې ورته مات کړی وو، نو هغې رسول اللهﷺته شکایت وکړ او رسول ﷺ ثابت ته امر وکړ چې "خذ بعض مالها و فارقها" مفهوم: د هغې له مال څخه یوه برخه واخله او ترې جلا شه. أبو داود سليمان بن الأشعث، *سنن أبي داود*،2: 269. خو ابن ماجه چې د حبیبې کوم الفاظ نقل کړي دي له هغې څخه ښکاري چې حبیبې د وهلو ټکولو شکایت نه وو کړی بلکې د بد شکلۍ شکایت یې کړی وو،نو ابن ماجه همغه الفاظ ذکر کړي دي چې په بل حدیث کې د جمیلې څخه نقل شوي دي: یعنې که د خدای ویره نه وه نو د ثابت په مخ به مې لاړې تو کړای وی. ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، *سنن ابن ماجه*(مصر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، نشته)، 1: 663

حضرت عمر رضي الله تعالی عنه په خلافت کې هغه ته د یوې مېرمن او مېړه قضیه وړاندې شوه چې خپلمنځي مشکلات یې درلودل، هغه ښځې ته نصیحت وکړ تر څو له مېړه سره یو ځای واوسیږي، خو هغې دغه مشوره قبوله نه کړه. حضرت عمر هغه په یوه وړه کوټه کې چې خځلې پکې وې وساتله، درې ورځې وروسته یې له هغې څخه د هغې د حال په اړه و پوښتل؟ نو ښځې ورته وویل : قسم په الله چې ماته په همدې درې شپو کې راحت په برخه شو. پدې توګه حضرت عمر رضي الله تعالی عنه وپوهېده چې له مېړه سره د دغه ښځې ژوند ډېر زیات مشکل دی ځکه خو ورته په خځلو کې ژوند راحت ښکاري. نو مېړه ته یې حکم ورکړ چې دغه ښځې ته خلع ورکړي که د هغې د غوږوالیو په بدل کې هم وي.[10]

د حضرت عثمان بن عفان رضی الله عنه په خلافت کې رُبَیِّع بنت مُعَوِّذ له خپل مېړه څخه د خپلې ټولې شتمنۍ په بدل کې خلع غوښتله، خو مېړه یې نه غوښتل چې طلاق ورکړي. هغې حضرت عثمان رضي الله تعالی عنه ته عریضه وکړه او خلیفه مېړه ته امر وکړ چې د ټول مال په بدل کې حتی د وېښتو پیوې/موباف ترې هم واخلي او خلع ورکړي.[11]

له دې آثارو څخه داسې معلومیږي چې د "فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ" تفسیر په دغه شکایتونو کې شوی دی چې د ثابت بن قیس رضی الله عنه له دواړو مېرمنو څخه نقل شوي دي. رسول الله ﷺ دا شکایت د خلع د حکم لپاره کافي وباله چې د هغوی مېړه بدرنګه و او د دوی خوښ نه و. هېره دې نه وي چې په اسلام کې تر ټولو مهم مقام د تقوی دی، او دواړو ښځو د ثابت بن قیس د تقوی او پرهېزګارۍ شهادت ورکړ خو د رنګ او شکل څخه یې شکایت درلود، لدې سره بیا هم رسول الله ﷺ هغوی ته د تقوی په اهمیت څه و نه ویل بلکې د ظاهر په بنسټ د هغوی کرکې ته یې اعتبار ورکړ، د رسول الله ﷺ له حکم څخه دا ښکاره ده چې د هغه پام د شریعت په مقاصدو وو، کله چې دا خبره څرګنده شوه چې د دغه مېرمنو په زړه کې د مېړه څخه کرکه ده نو رسول الله ﷺ د هغوی خبره ومنله. دا هم هېڅ بیان ته اړتیا

[10] أخذ عمر بن الخطاب امرأة ناشزا فوعظها فلم تقبل بخير، فحبسها في بيت كثير الزبل ثلاثة أيام، ثم أخرجها، فقال: «كيف رأيت؟»، فقالت: يا أمير المؤمنين لا والله ما وجدت راحة إلا هذه الثلاث، فقال عمر: «اخلعها ويحك ولو من قرطها» عبدالرزاق الصنعاني، *المصنف* (هند: المجلس العلمي،۱۴۰۳ق)، 6: ۵0۴.

[11] أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخاصمه في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه، وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه. علي بن احمد الظاهري، *المحلى بالآثار* (بیروت: دار الفكر، نشته)، ۹: ۵۲۰. د فتح الباري عبارت دی چې "فأجازه و أمره بأخذ عقاص رأسها فما دونه". احمد بن على بن حجر العسقلانى، *فتح البارى شرح صحيح البخارى*(بیروت: دار المعرفة، ۱۳۷۹ق)، 9: 397.

نه لري چې د کرکې باوجود په زور د مېړه او مېرمن یو له بل سره تړل د دین، اخلاقو او ټولنې لپاره د طلاق او خلع څخه بدې پایلې لري، ځکه له دې سره د شریعت د مقاصدو د له منځه تللو وېره را منځ ته کېږي.[12]

د حضرت عمر رضی الله عنه له تګلارې څخه دا جوتیږي چې د کرکې او کراهت د تحقیق لپاره قاضي کولای شي مناسبې لارې چارې وکاروي. تر څو که کوم شک یا شبهه موجوده وي، له منځه ولاړه شي او یقیني شي چې د دوی د یو ځای اوسېدلو هېڅ امکان نشته دی. د کرکې او بدزړیتوب د لاملونو معلومول د قاضي دنده او صلاحیت نه دی. هغه یوازې د کرکې تحقیق کوي چې شته او که نه؟ که کرکه وي نو باید د مېرمن او مېړه تر منځ د نکاح تړون منحل شي. قاضي کولای شي چې په پېل کې مېرمن ته نصیحت وکړي او د مېړه سره په اوسېدلو یې د راضي کولو هڅه وکړي، مګر د مېرمن له خوښې پرته یې نشي مجبورولای چې له مېړه سره دې واوسیږي. د دې دلیل دا دی چې په پورته روایتونو کې مېرمن د مېړه سره اوسېدو ته مجبوره نکړل شوه. نو دا پرېکړه کول چې آیا مېرمن او مېړه د الله تعالی پر حدودو ثابت پاتې کیدای شي که نه د مېرمن یا مېړه پرېکړه ده، نه د قاضي یا ټولنې یا د بل چا. که مېرمن د دې اندېښنه ښکاره کوي چې په یو ځای اوسېدلو به هغه د الله ﷻ په حدودو ولاړه پاتې نه شي نو هېڅ څوک دا حق نه لري چې ووایي چې که د الله حدود تر پښو لاندې کېږي هم هغه به د مېړه سره یو ځای اوسېږي. له ټولو روایتونو څخه دا هم معلومیږي چې د خلع په مسئله کې دا پوښتنه د قاضي له قضائي صلاحیت څخه بهر ده چې آیا مېرمن د اړتیا په بنسټ خلع غواړي که یوازې د نفساني خواهش لپاره یې غواړي. د نفساني خواهشاتو موضوع له زړه سره ربط لري او د اسلامي نظام قاضي د ظاهر پر بنسټ پرېکړه کوي، باطن د الله تعالی په علم کې دی.[13]

[12] مودودي، *حقوق الزوجین*، ٦٧ - ٧١.

[13] دا موقف د فقهي قاعدې "نحن نحکم بالظواهر و الله یتولی السرائر" مفهوم دی. دا هم د پام وړ ده چې اسلام قضائي او دیاني موضوعات یو له بل سره نه خلط کوي. که ښځه یا خاوند د حقیقي مشکلاتو پرته او بغیر د یو معقول عذر څخه د نکاح تړون له منځه وړي، حدیث کې ورته د ذوّاق اصطلاح کارول شوې ده خو موضوع په اصل کې دیاني ده او د قاضي له قضاء سره تړاو نه لري. رسول الله صلی الله علیه و سلم فرمایلي دي چې نکاح وکړئ او طلاق مه ورکوئ ځکه چې الله تعالی ذوّاق سړي او ښځې نه خوښوي. د نور تفصیل لپاره، وګورئ، محمد عبدالرؤف المناوي، *فیض القدیر شرح الجامع الصغیر*، (بیروت: دارالکتب العلمیة، نشته)، ۳: ۲۹۴-۲۹۵. بل روایت کې ثوبان رضی الله عنه روایت کوي چې رسول الله صلی الله و علیه و سلم وفرمایل چې هره ښځه له خپل خاوند څخه بې له کوم عذر څخه طلاق وغواړي نو د جنت بوی پرې حرام

۵ـ خلع او فقهي مذهبونه

مخکې له دې چې د دې بحث د پوښتنې د ځواب په اړه په شرعي نصوصو کې پلټنه وشي پدې اړه د فقهي مذهبونو نظریاتو ته مراجعه کوو.

حنفي مذهب پدې نظر دی چې د خلع په قضیه کې مېړه محوري او کنترولوونکی حیثیت لري، ابوبکر الجصاص رحمه الله وایي دا چې رسول اللهﷺ د خلع په اړه د حبیبې او د ثابت نظر وغوښت پدې معنی ده چې مېړه پدې اړه کلیدي رول لري که نه نو رسول اللهﷺ به د هغه نظر ته د څه اعتنا پرته د حبیبې په غوښتنه هغې ته طلاق ورکړی وی.[14]حنفي فقهاء پدې تاکید کوي چې د خلع د صحت لپاره د مېړه موافقه لازمه ده.

امام سرخسي رحمه الله پدې اړه وایي چې خلع د نورو تړونونو په څېر یو تړون دی چې د دواړو خواوو په رضایت باندې ولاړ دی،[15] کاساني رحمه الله وایی چې د خلع رکن هم د نورو عقودو په څېر ایجاب او قبول دی ځکه چې خلع د عوض په بدل کې طلاق دی نو د قبول پرته د زوجینو تر منځ جدایي نه شي واقع کېدلی،[16] یعنی محکمه نشي کولی یو څوک د کوم عقد په تر سره کولو مجبور کړي نو ځکه نه شي کولی چې د مېړه د قبول او رضا پرته مېرمن ته خلع ورکړي.

امام مالک پدې اړه د سورت نساء ۳۵ آیت چې اللهﷻ فرمایي: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا

دی. سنن أبو داود ۲۲۲٦؛ سنن الترمذي ۱۱۸۷؛ سنن ابن ماجة ۲۰۵۵. د ښځې په زړه کې څه دي چې خلع غواړي، یوه مشکله پوښتنه ده او د دغه پوښتنې ځواب لټول مشکل کار دی. خو که وویل شي چې قاضي باید د دغې پوښتنې ځواب ولټوي نو بیا باید دا هم لازمه وي چې که خاوند طلاق ورکوي، باید قاضي پلټنه وکړي چې په زړه کې یې څه دي او ولې نکاح له منځه وړي. د ذوّاقیت احتمال د ښځې او خاوند په هکله او د طلاق او خلع په موضوع کې مساوي دی. خو اسلامي قانون له خاوند څخه پوښتنه الزامي کړې نه ده چې ولې طلاق ورکوي؛ پایله دا شوه چې که چېرته یو خاوند زر زر نکاح کوي او طلاق ورکوي نو قضاءً یې طلاق واقع کېږي او دیانتاً به د قیامت په ورځ د خپلو کړنو ځواب وایي. خلع هم باید هم دغه حکم ولري.

[14] احمد بن علي ابوبکر الجصاص، *احکام القران*(بیروت: دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۵ هـ)، ۲: ۹۵.

[15] محمد بن احمد السرخسي، *المبسوط*(بیروت: دار المعرفة، ۱۹۹۳م)، ٦: ۱۷۳.

[16] علاءالدین الکاساني، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*(بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۹۸٦م)، ۳: ۱۴۵.

خَبِيراً﴾، [17]د حبيبه بنت سهل په اړه د رسول الله ﷺ حکم او د حضرت عمر رضي الله عنه په وخت کې د خلع هغه قضيه څېړي چې مخکې د صحابه کرامو د آثارو تر عنوان لاندې ذکر شوه[18]، په نتيجه کې د هغه نظر داسې معلومېږي چې هغه دوه حکمانو ته يا د طلاق او يا د خلع له لارې د نکاح د انحلال صلاحيت ورکوي. د امام مالک په نظر که چېرې د مېرمن او مېړه تر منځ اړيکې په هغه توګه چې مطلوبې دي مخ ته نه ځي او د مشکل د رفع کولو لپاره محکمې ته مراجعه وشوه نو محکمه به د دغه آيت پر اساس حکمان تعينوي او د هغوي له لارې به معلوموي چې شقاق د چا له اړخه دی، د شقاق د منبع تر معلومولو وروسته به هغوی لومړی د زوجينو تر منځ د صلح کوښښ کوي خو که صلح ممکنه نه وي نو دوی کولی شي د هغوی تر منځ نکاح منحله کړي،[19] نو د مالکي فقه پر اساس محکمه کولی شي د مېرمن او يا مېړه د رضا او موافقې پرته د طلاق او يا د خلع حکم وکړي.[20] د امام مالک له نظر څخه داسې معلومېږي چې د خلع د صحت لپاره د مېړه موافقه شرط نه ده که څه هم د هغه نظر پدې اړه صريح نه دی خو د مالکي مذهب نور فقهاء پدې اړه په صراحت سره وايي چې د خلع لپاره د مېړه موافقه شرط نه ده او د هغه د موافقې پرته د خلع فيصله د تطبيق وړ ده پدې اړه نه د زوجينو رضايت معتبر دی او نه له دې فيصلې سره د حاکم ـ قاضي ـ موافقت يا مخالفت معتبر دی.[21] د مالکي مذهب د فقهاوو له نظرياتو څخه واضح ده پدې اړه د حکمانو رول قطعي او فيصله کوونکی دی هغوی کولی شي چې د خلع له لارې د نکاح د انحلال فيصله وکړي.[22]

---

[17] ژباړه: که تاسې د هغوی تر منځ د اختلاف او شقاق ويره ولرئ نو يو حکم د مېړه د خپلوانو څخه او يو حکم د مېرمن له خپلوانو څخه هغوی ته ورولېږئ، که حکمانو د هغوی تر منځ اصلاح غوښتله نو الله ﷻ به د هغوی تر منځ مقرر کړي هغه څه چې د الله ﷻ په طاعت کې وي د اصلاح او يا بېلتون څخه.

[18] مالک بن انس، *المدونة* (بيروت: دار الکتب العلمية، ۱۹۹۴م)، ۲: ۲۴۵، ۲۷۰.

[19] يوسف بن عبدالله ابن عبدالبر القرطبی، *الکافی فی فقه اهل المدينة* (رياض: مکتبة الرياض الحديثة، ۱۹۸۰م)، ۲: ۵۹۶.

[20] ابو قاسم محمد بن احمد ابن جزي، *التسهيل لعلوم التنزيل* (بيروت: شرکة دار الارقم بن ابی الارقم، ۱۴۱۶ هـ ق)، 1: 191.

[21] عبدالوهاب بن علی البغدادي، *التلقين فی الفقه المالکي* (دار الکتب العلمية، ۲۰۰۴)، ۱: ۱۳۱.

[22] ابن الرشد الحفيد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد* (قاهرة: دار الحديث، ۲۰۰۴)، 3: 90. تقي الدين الهلالي، *احکام الخلع فی الاسلام*(المکتب الاسلامی، نشته)، ۱۲.

د امام شافعي په نظر خلع لکه د طلاق په څېر يوائې د مېړه په واقع کولو واقع کيږي،[23] شافعي مذهب خلع د طلاق په څېر معامله کوي نو د محکمې حکم ته اړتيا نه ويني ځکه چې طلاق او فديه دواړه کېداى شي چې د قاضي په حضور کې او يا يې هم په غياب کې تر سره شي.[24]

د حنبلی مذهب څخه ابن القيم د حبيبه بنت سهل په اړه د رسول الله ﷺ په فيصلې باندې له بحث وروسته د خلع په اړه مختلف احکام استنباطوي، د هغه په نظر د سورت بقرې د ۲۲۹ آيت پر اساس خلع د قضاء په وړاندې کيداي شي همدا راز د دې آيت پر اساس د سلطان په اجازه او يا د هغه د اجازې پرته واقع کېدلی شي،[25] سر بېره پر دې که څه هم هغه د حکمانو د رول په اړه د مالکي مذهب له نظر سره موافق دی او د هغوی رول قطعي او فيصله کوونکي بولي په خلع باندې د زوجينو د رضايت په اړه وايي: دا چې الله ﷻ خلع فديه بللې ده پدې دلالت کوي چې د معاوضې معنی په کې نغښتې ده نو د دواړو زوجينو رضايت په کې معتبر دی.[26]

که په مختصره توګه ووايو نو جمهور فقهاء د ثابت بن قيس او د هغه د مېرمن تر منځ د خلع په قضيه کې تر لاسه شويو احکامو ته اعتناء نه کوي او د خلع د وقوع لپاره د مېړه موافقه او رضايت شرط ګڼي او د هغه د رضايت پرته د نکاح په انحلال کې د حکم او يا قاضي پر صلاحيت قايل نه دي، بل اړخ ته د مالکي مذهب فقهاء د سورت نساء ۳۵ آيت پر اساس حکمانو ته دا صلاحيت ورکوي چې د لزوم په صورت کې د زوجينو د موافقې پرته د خلع له لارې نکاح منحل کړي که څه هم دوی ته د زوجينو لخوا ته دا صلاحيت نه وي تفويض شوی، يعنی د حکم په حيث د مېړه له موافقې پرته د نکاح منحلول د هغوی د صلاحيت برخه ده.

٦ـ د مېړه د موافقې پرته د نکاح په انحلال کې د قاضي صلاحيت

د فقهاوو د نظرياتو له ذکر کولو وروسته، د دې بحث د پوښتنې د ځواب د موندلو لپاره که بېرته اصلي نصوصو ته وګرځو نو وينو چې د سورت بقرې ۲۲۹ آيت کې لومړۍ نکته چې د خلع په موضوع کې د قاضي د اختيار په اړه پوښتنې راولاړوي دا ده چې د دې آيت مخاطب

[23] محمد بن ادريس الشافعی، الام (بيروت: دار المعرفة، ۱۹۹۰م)، ۵: ۲۱۲.

[24] هماغه پورتنی اثر، ۵: ۲۱۱.

[25] شمس الدين ابن القيم الجوري، *زاد المعاد فی هدي خير العباد*(بيروت: موسسة الرسالة، ۱۹۹۴)، ۵: ۱۷٦.

[26] هماغه پورتنی اثر، ۵: ۱۷۲، ۱۷۴، ۱۷۸.

ځوک دی؟ پرته له شکه د دې آیت په لومړۍ برخه کې خطاب مېړه ته راجع دی چې د طلاق د شمېر حد ورته ټاکل شوی دی، دوی مکلف کړل شوي دي چې د مېرمن مهر اداء کړي او له طلاق شویو مېرمنو څخه له هغه څه چې هغوی ته یې ورکړي دي څه بېرته وانخلي، له دې وروسته یو استثنائي حالت بیان شوی دی چې که چېرې مېړه او مېرمن د الله ﷻ د حدودو په ساتلو کې د پاتې راتللو ویره ولري نو پدې حالت کې د مېړه په حق کې څه مالي ګټه په نظر کې نیول جایز دي، تر دې حده په آیت که اشاره غیر قضایي خلع ته ده چې د دواړه خواوو په رضا او موافقې او د مېرمن له خوا د مال د ورکولو په بدل کې تر سره کیږي، له دې وروسته د آیت په خطاب کې تغیر راځي (که تاسو وېرېږئ چې دوی دواړه به د الله ﷻ حدود اقامه نه کړي ـ د الله ﷻ حکمونه به پوره نه کړي ـ بیا نو پدې دواړو باندې هېڅ ګناه نشته په هغه (مال) کې چې مېرمن یې د جداوالي ـ ازادۍ ـ لپاره ورکوي)، پدې خطاب کې زوجینو ته د غایب په صیغه اشاره شوې ده، پوښتنه دا ده چې د (فَإِن خِفتُم) مخاطب ځوک دی؟ د دې تعین د چا صلاحیت دی چې زوجین د اللهﷻ په حدودو باندې ولاړ نه شي پاتې کېدلی؟ په خاصه توګه هغه ځوک چې د دې خطاب مخاطب دی پدې مسئله کې څه صلاحیت او قدرت لري؟ د دې آیت په تفسیر کې اغلب مفسرین پدې نظر دي چې د (فان خفتم) مخاطب حکّام او اولیاء الامور دي لکه څرنګه چې په ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا﴾ ۴: ۳۵ کې خطاب اولیاء الامور او حکامو ته دی،[27] که چېرې دا خطاب زوجینو ته راجع وای نو بیا به د ایت کلمات (فان خفتم الا تقیموا) یا (الا تقیما) وی،[28] همدا راز په زهره التفاسیر کې مفسر په دی نظر دی چې د فان خفتم مخاطب د مسلمانانو جماعت دی ځکه چې هغوی د زوجینو تر منځ د نزاع او شر په صورت کې د یو بل ملاتړ دي.[29]

مالکی مذهب خلع د سورت النساء د ۳۵ آیت لاندې څېړي، قرطبي د دې آیت په تفسیر کې وايي چې د حاکم له خوا ټاکل شوي حکمان باید معلوم کړي چې په زوجینو کې د شقاق لامل ځوک دی؟ له دې معلومولو وروسته کولي شي نکاح د خلع له لارې منحل کړي،[30] دې وايي چې یو حکم به د مېرمن له اړخه او یو حکم به د مېړه له اړخه ټاکل کیږي ځکه چې دوی

[27] محمد بن أحمد القرطبی، *الجامع لاحکام القران* (القاهرة: دار الکتب المصریة، ۱۹۶۴ م)، 3: 137.

[28] محمد الطاهر بن محمد عاشور، *التحریر و التنویر*(تونس: دار التنوسیة للنشر، ۱۹۸۴م)،۲: ۴۰۸.

[29] . محمد بن احمد ابو زهرة، *زهرة التفاسیر*(مصر: دار الفکر العربي، بلا تاریخ)، ۲: ۷۷۹.

[30] قرطبی، الجامع لاحکام القران، ۵: ۱۷۵.

یې په مشکل ښه پوهېږي خو که چېرې مېرمن او مېړه داسې څوک و نه لري چې د حکم په توګه وټاکل شي نو بیا دې د حاکم له خوا کوم بل څوک چې د دې مسولیت لپاره مناسب وي وټاکل شي، حکمان باید په لومړي قدم کې مېرمن او مېړه ته د دوی تړون او صحبت ورياد کړي تر څو هغوی د نکاح پدې تړون کې باقي پاتې کېدلو باندې راضي شي خو که چېرې دوی د مېرمن او مېړه په حیث باندې باقي پاتې کېدلو ته راضي نه وي او حکمان دا مناسب وګڼي چې د دوی تر منځ د تفریق حکم وکړي نو د تفریق حکم دې وکړي، د دوی حکم په زوجينو باندې لازم دی که د دغه ځای د محکمې له حکم سره موافق وي او که مخالف او که زوجينو دوی ته د تفریق صلاحیت ورکړی وي او که نه.[31] ابن عاشور پدې اړه اضافه کوي چې د دغه آیت پر اساس د زوجينو تر منځ د دوام دار اختلاف او جنجال په صورت کې چې شقاق بلل شوی دی د حکمانو تعینول او لېږل واجب دي، ښکاره ده چې لېږونکی حاکم او یا ولي الامر دی نه زوجين ځکه چې پدې آیت کې د (ابعثوا) کلمه زوجينو ته مخاطبه نه ده، که چېرې د حکمانو لېږل او تعينول د زوجينو کار وی نو پدې آیت کې به د (ابعثوا) کلمه بی معنی وه.[32] دی وايي چې د جمهورو علماوو د نظر پر اساس چې حکمان د نکاح د دوام او یا انحلال په اړه په فیصله کولو کې مستقل دي او د زوجينو وکیلان نه دي، د دوی هر ډول فیصله که تفریق وي، د نکاح دوام وي او که خلع د تطبیق وړ ده، او د زوجينو لپاره د هغوی په فیصله کې د خبرو څه مجال نه شته ځکه چې همدا د تحکیم معنی ده.[33]

سربېره پر دی که د خلع په اړه د ثابت بن قیس او د هغه د مېرمن قضیه چې د احادیثو د شپږو څخه په څلورو صحیحو کتابونو کې نقل شوې ده وڅېړو نو ښکاره ده چې په لومړي روایت کې چې بخاري دا واقعه ذکر کړی ده[34] د (اقبل) او (طلقها) کلمات د امر په صیغه کې کارېدلي دي په نورو روایتونو کې بخاري د(وَطَلِّقْهَا) (وأمره ففارقها) صیغې هم ذکر کړي دي، په دویم روایت کې هم په وضاحت سره ښکاره ده چې د ثابت بن قیس موافقه نه ده غوښتل شوی

[31] هماغه پورتنی اثر.

[32] ابن عاشور، التحریر و التنویر، ۵: ۴٦.

[33] هماغه پورتنی اثر.

[34] "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله! ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقه و طلقها تطليقة". صحیح البخاري۷: ۴٦.

بلکې رسول اللهﷺهغه ته امر کړی دی چې هغه څه چې يې مېرمن ته ورکړي وي بېرته واخلي او د هغې لار پرېږدي يعنى د دې عقد څخه د وتلو مخه يې و نه نيسي،[35] د ابو داود او ابن ماجه په روايتونو کې هم معلومېږي چې مېړه پدې اړه کوم تصميم نيوونکې رول نه لري ځکه چې رسول الله ﷺ د تفريق په اړه د هغه د موافقې هېڅ پوښتنه نه ده کړې. [36]

پدې ټولو روايتونو کې اساسي نکته دا ده چې د خلع د ايقاع لپاره د مېړه موافقه لازمه نه ده، که څه هم د حنفي، شافعي، او حنبلي مذاهبو فقهاء پدې نظر دي چې خلع د محکمې په حکم د مېړه له موافقې پرته نه شي واقع کېدلی پدې روايتونو کې نه صراحتا او نه هم اشارتا د مېړه موافقه د خلع لپاره شرط بلل شوی ده بلکې له ټولو روايتونو څخه ثابت بن قيس ته د مال د اخيستلو او طلاق ورکولو په اړه د رسول الله ﷺ د امر حاکمانه اړخ معلومېږي.

همدا راز رسول الله ﷺ او خلفای راشدينو ته د خلع په قضاياوو کې د فيصلې لپاره د مېرمنو مراجعه پدې دلالت لري چې که چېرې په خلع باندې د زوجينو تر منځ توافق و نه شي نو قضيه به محکمې ته راجع کيږي، خو که د ځينې علماوو په نظر قاضي يواځې د نصيحت او ارشاد او يا هم د مشورې ورکولو صلاحيت او واک ولري که څه هم طلاق واقع کېدل لازم وي او په مېړه باندې د طلاق څخه د انکار په حالت کې د خپلې فيصلې د قبولولو صلاحيت

[35] أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها، وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت فقال له: «خذ الذي لها عليك وخل سبيلها»، ابو عبدالرحمن النسائى النسائي، *سنن النسائي* (حلب: مكتب المطبوعات الاسلامية، ١٩٨٦)، 6: 186.

[36] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من هذه؟»، فقالت: أنا حبيبة بنت سهل، قال: «ما شأنك؟»، قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس، قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هذه حبيبة بنت سهل»، وذكرت ما شاء الله أن تذكر، وقالت حبيبة: يا رسول الله، كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس: «خذ منها»، فأخذ منها، وجلست هي في أهلها. سنن ابي داوود، 2: 268. أن جميلة بنت سلول، أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين، ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته، ولا يزداد. په بل روايت کې نقل کوي: كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس، وكان رجلا دميما، فقالت: يا رسول الله، والله، لولا مخافة الله، إذا دخل علي لبصقت في وجهه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال: فردت عليه حديقته، قال: ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم. سنن ابن ماجه، ١: ٦٦٣.

ونه لري نو بيا محکمې او قاضي ته د قضيې راجع کول يو بې ګټې او بې مفهومه کار دی چې د رجوع او نه رجوع نتيجه يې يوه ده، دا کار د سورت بقرې د ۲۲۹ آيت کې د ذکر شوي خطاب له مقتضی سره مخالف دی. پر دې سربېره قاضي د ټولو موضوعاتو په هکله چې محکمې ته د فيصلې لپاره وړاندې کيږي د پرېکړې کولو دنده او صلاحيت لري نو هېڅ دليل نشته چې پر بنسټ يې وويل شي چې پدې موضوع کې د قاضي صلاحيت محدود دی او يا خلع يوه استثناء ده بايد قاضي مېرمن او مېړه ته يوازې مشوره ورکړي او بس. همدا راز د فقهې په کتابونو کې ډېر داسې جزئيات پيدا کېږي چې قاضي ته پکې واک ورکړل شوی دې تر څو د مېړه د انکار پر مهال قاضي پخپله د مېرمن او مېړه تر منځ بېلتون راولي، نو د خلع په مسله کې بايد ولې قاضي دا واک و نه لري؟[37] له دې وروسته د دې خبرې لپاره هېڅ مجال باقي نه پاتې کيږي چې قاضي د خلع په قضيه کې د حکم کولو او د خپل حکم د تطبيق صلاحيت نه لري.

۷ـ خلع او د افغانستان مدنی قانون

د افغانستان په مدني قانون کې د ۱۵٦ مادې څخه تر ۱۷۵ مادې پورې د خلع ورکولو صلاحيت، د خلع ايجاب او قبول، د خلع بدل، حکمونه او هغه آثار چې پر خلع مرتبيږي بحث شوي دي. دې قانون د خلع په باب کې د قاضي د صلاحيت په اړه څه وړاندوينه نه ده کړې او نه په تېر نظام کې پدې اړه کومه مشخصه قضايي رويه تر سترګو کيږي. د تېر نظام د قضايي او عدلي ارګانونو سره ترلو افرادو سره له بحث او مصاحبې وروسته په ډاګه شوه چې په لومړي قدم کې د خلع په اړه محکمې ته د راجع شوو قضاياو شمېر ډېر کم وو دويم قدم کې په عمومي توګه محکمه کې دا ډول قضيې د ضرر له کبله تفريق قضاياو ته اړول کېدلې او په نتيجه کې يې د مدنی قانون د ۱۸۸ يمې مادې پر اساس فيصله کېدله دا ماده وايي: (۱) که حکم د مېړه او ښځې تر منځ په اصلاح کولو بريالی نه شي نو که د اختلاف منشاء مېړه يا مېړه او ښځه وي يا دا چې بيخي معلومه نه وي او محکمه په داسی حالت کې د مېړه او ښځې تر منځ يو ځای اوسېدل نا ممکن و ګڼي، نو د هغوی تر منځ به د جلا والي حکم کوي. د دې مادې دويمه فقره وايي: (۲) که ښځه د اختلاف منشاء وي حکم به د ټول مهر يا د هغې د يو حصې په بدل کې د جدايي تصميم نيسي.

[37] مودودي، *حقوق الزوجين*، ۷٦.

د دې مادې د لومړۍ فقرې د حکم پر اساس په هغه حالت کې چې محکمې ته ښکاره شي چې د زوجینو یوځای اوسېدل ناشوني دي محکمه دا صلاحیت لري چې د زوجینو تر منځ نکاح منحل کړي اختلاف د مېړه له خوا وي که د دواړو له خوا او یا که د اختلاف منشاء نا معلومه وي، د دې مادې د دویمې فقرې حکم د پام وړ دی چې وایي هغه حالت کې چې اختلاف د مېرمن له اړخه دی نو حکمین دا صلاحیت لري چې د خلع فیصله کړي، دا ښکاره ده چې دا ماده په خپل حکم کې د مالکي مذهب په نظر باندې استناد کوي چې د دې بحث په اوږدو کې وروباندې بحث وشو.

د حکمینو د تصمیم د قانونی ارزښت په اړه د دې قانون ۱۹۰ ماده وایي: حکم به خپل تصمیمونه محکمې ته وړاندې کوي او محکمه به د هغې سره سم حکم صادروي.

د یادولو وړ ده چې په فقهي بحثونو کې د زوجینو تر منځ د اختلاف په صورت کې د حکم لېږل یو اتفاقي کار دی خو د زوجینو تر منځ د نکاح په انحلال کې د هغوی د صلاحیت د حدودو په اړه د فقهاوو تر منځ اختلاف شته دی، لومړی نظر چې په سر کې یې حنفي مذهب دی وایي د حکمانو دنده د زوجینو تر منځ اصلاح راوستل دي او د تفریق د واقع کولو اختیار نه لري مګر دا چې د زوجینو له اړخه دوی وکیلان وټاکل شي.[38] دویم نظر چې په سر کې یې مالکي مذهب دی وایي چې حکمان باید د امکان تر کچې د زوجینو تر منځ د اصلاح د راوستلو کوښښ وکړي خو که امکان یې نه وو او ویې نه کړای شو چې د هغوی تر منځ اصلاح راولي نو صلاحیت لري چې د هغوی تر منځ نکاح منحله کړي د عوض په بدل کې وي او که نه، همدا راز د نکاح په انحلال کې د زوجینو توکیل او د هغوی رضا ته اړتیا نه لري دوی دا هم وایي چې حکمان به خپل تصمیم قاضي ته وړاندې کوي او قاضي به د دغه تصمیم پر اساس حکم صادروي، د دوی تصمیم د قاضي له مذهب سره مخالف هم وي پر قاضي واجب دی چې د دوی د تصمیم مطابق حکم وکړي،[39] نو داسې معلومېږي چې د افغانستان مدني قانون لکه څرنګه چې د تفریق په باب کې په نورو احکامو کې د مالکي مذهب باندې استناد کوي پدې موضوع کې هم د مالکي مذهب د حکم متابعت کوي.

که په لنډه توګه ووایو نو د افغانستان مدني قانون د ۱۸۸ مې مادې د حکم پر اساس حکمانو ته چې د قاضي له خوا تعینېږي د زوجینو له موافقې پرته د خلع له لارې د نکاح د انحلال

[38] کمال الدین ابن الهمام، *فتح القدیر* (بیروت: دار الفکر، نشته)، ۴: ۲۴۴.

39. محمد بن احمد الدسوقی، *حاشیة الدسوقي علی الشرح الکبیر* (بیروت: دار الفکر، نشته)، ۲: ۳۴۶

صلاحیت ورکوي او د ۱۹۰ مادې د حکم پر اساس په قاضي لازموي چې په خلع باندې د هغوی د تصمیم مطابق فیصله وکړي.

پایله

جمهور فقهاء پدې نظر دي چې خلع د زوجینو تر منځ یو رضایي عقد دی او پدې اساس قاضی دا صلاحیت نه لري چې د مېرمن په غوښتنه د مېړه د موافقې پرته د هغوی تر منځ د خلع له لارې نکاح منحل کړي. د مالکي مذهب فقهاء پدې نظر دي چې د زوجینو تر منځ د اختلاف په صورت کې د هغوی تر منځ د نکاح د دوام او یا انحلال په اړه د حکمانو (منځګړیتوب کوونکو) فیصله معتبره ده او د دوی په فیصله باندې د مېړه او مېرمن رضایت مطلوب او معتبر ندی. پدې اړه د مالکي مذهب فقهاء د سورت بقرې د ۲۲۹ آیت پر ځای د سورت النساء په ۳۵ آیت باندې اتکاء کوي. د افغانستان مدنی قانون پدې موضوع کې د قاضي د صلاحیت په اړه او یا د قضایي خلع په اړه په صراحت حکم نه کوي خو د ۱۸۸ مادې پر اساس د خلع په فیصله کې د حکمانو (منځګړیتوب کوونکو) صلاحیت بیانوي او د ۱۹۰ مادې پر اساس قاضي د حکمانو د دغه فیصلې پر اساس حکم کوي. نو له دې ښکاره ده چې حکمان او قاضي دا صلاحیت لري چې د خلع فیصله وکړي، او زوجین، په خاصه توګه مېړه، موافقه شرط نه ده.

About the Author

Ms. Fahima Hatam, Former Lecturer, *Faculty of Law, Kardan University, Kabul Afghanistan.* *<f.hatam@kardan.edu.af>*