



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پرنامه ماسټری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
ریاست پوهنتونهای خصوصی

دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت و قوانین افغانستان

رساله ماسټری

محصل: عبدالقاهر "عبد"

استاد رهنما: محترم پوهنمئل وزیر محمد "سعیدی"

سال تحصیلی:

1395 هـ ش و 1437 هـ ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
برنامه ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
ریاست پوهنتونهای خصوصی

دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت و قوانین افغانستان

رساله ماستری

محصل: عبدالظاهر "عبید"

استاد رهنما: محترم پوهنمل وزیر محمد "سعیدی"

۱۳۹۵ هـ ش و ۱۴۳۷ هـ ق

سال تحصیلی:

صلى الله عليه وسلم



پوهنتون سلام



پوهنځی شریعات و قانون

دپارتمنت فقه و قانون

بورډ ماستری

تصدیق نامه

محترم عبد الظاهر عبید ولد اسماعیل ID نمبر Sh-mst-94-045 (از دور سوم فقه و قانون) از پیاپی نامه ماستری خویش زیر عنوان: دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت و قوانین افغانستان. به روز دوشنبه تاریخ ۱۳۹۸/۶/۴ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و از نظر هیأت ژوری مستحق ۸۸ (نمره به عدد) هشتاد و هشت (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

امضاء اعضای هیأت ژوری:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور مصباح الله عبد الباقي	عضو هیأت	
۲	دکتور نجیب الله صالح	عضو هیأت	
۳	استاد وزیر محمد سعیدی	رهنما و رئیس جلسه دفاعیه	

..... معاون علمی

..... آمر بورډ ماستری

إهداء

به والدین گرامی ام که در راه تعلیم و تحصیل مشوق اصلی ام بوده اند، به ارواح شهدای انقلاب اسلامی افغانستان و شهدای تمام مبارزین اسلامی که بخاطر اعلاء کلمه الله، حاکمیت قانون الهی و آزادی این سرزمین و دیگر سرزمین های اسلامی از دست اشغال گران ملحد، ظالمین و طواغیت جان های شیرین خود را از دست داده اند.

تقدیر و سپاسگذاری

حمد و ثناء مر خداوندي را که ما را از عالم نيستي به دنيا هستي به وجود آورد و در میان تمام مخلوقاتش افتخار انسان بودن را برايمان بخشش نموده و از میان انسانها به ما توفيق عنايت فرمود تا اینکه مفتخر به دين مقدس اسلام باشيم و سپاس مر ذاتي را که ما را از جمله امت بهترين پيامبران خود حضرت محمد رسول الله صلي الله عليه وسلم گردانيد و از همه مهم اینکه به ما توفيق عنايت فرمود تا اینکه طبق توان بشري خویش از علم شريعت و دين چيزي بياموزيم .

سپاس فراوان از پوهنتون سلام و دست اندر کاران شان که زمينه تحصيل دوره ماستري را با معيار هاي پيش بيني شده وزارت محترم تحصيلات عالي افغانستان براي ما محصلين مهيا نموده اند تا اینکه توانيستيم دوره ماستري خویش را در بخش فقه و قانون پوهنحي شرعيات به اتمام برسانم هم چنان از وزارت محترم تحصيلات عالي دولت جمهوری اسلامی افغانستان و رياست محترم موسيسات تحصيلات عالي خصوصی آن وزارت محترم بر اینکه بسترهای تحصيلی رادر مقاطع لسانس و ماستری برای نهادهای تحصيلی زمينه سازی نموده اظهار امتنان و قدردانی ميکنم و یک تشکري خاص از جناب استاد گران قدرم و استاد رهنما ام محترم استاد پوهنمل وزير محمد «سعیدی» که واقعاً در ترتيب و تحقيق اين بحث از اول تا آخر بدون احساس خستگي بنده را همکاري و رهنمائي نموده اند، از رهنمائي هاي سودمندانه جناب استاد ممنونم، هم چنين از تمام دوستانیکه در تحرير و تحقيق اين بحث بنده را همکاري نموده اند یک گيتی ممنونم .

بالحترام

عبدالظاهر «عبيد»

خلاصه بحث

عنوان راکه بنده تحت نام (دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت و قوانین افغانستان) تحریر نموده ام در اثبات دعوی مدنی نقش به سزایی خود را داشته ، برای اطراف دعوی و احقاق حق آنها از اهمیت خاصی برخوردار است و هم چنان برای کارمندان مراجع عدلی و قضایی به خصوص قضات محاکم نقش ارزنده ای را ایفاء خواهد کرد و خلاصه بحث متذکره قرار ذیل است.

- دلیل: عبارت است از شئی که از وجود آن به وجود شئی دیگری بپریم
- دعوی: عبارت از خواستن حق است از غیر در حضور قاضی. و دعوی مطابق حکم ماده (۵) قانون اصول محاکمات مدنی عبارت است از خواستن حق از غیر در پیشگاه محکمه.
- دعوی دارای اقسام چون دعوی صحیح ، فاسد و باطل میباشد.

۱- دعوی صحیح: عبارت از دعوی است که مرتب می شود بالای آن احکام احضار خصم و مطالبه جواب از خصم، در صورت انکار خصم ، مدعی مکلف به اثبات توسط بینه و توجه یمین می باشد.

۲- دعوی فاسد: عبارت از دعوی است که اصلا صحیح بوده ولی غیر مشروع است.

۳- دعوی باطل: عبارت از دعوی است که اصلا و صفا درست نمی باشد.

- وسایل ثبوت دعوی مدنی مطابق حکم ماده (۲۷۲) قانون اصول محاکمات مدنی عبارت است از اقرار، بینه (اسناد، شهود قرائن قاطعه و مستنبطه) ، یمین و نکول. هم چنین دعوی مدنی دارای شروط خاص خود بوده که به تفصیل بالای آن صحبت شده است.

- اقرار: عبارت است از اخبار به حق برای غیر به ضرر خود در محکمه . اقرار دارای مجویز شرعی و قانونی میباشد.

- اسناد در دعوی مدنی از اهمیت عالی برخوردار بوده و به اسناد رسمی و عرفی تقسیم می گردد.

۱- اسناد رسمی: ورقی است که از طرف موظفین عمومی در چوکات قانون در حدود صلاحیت شان ترتیب می گردد

۲- اسناد عرفی: هر سند که رسمی نباشد ، ولی دارای مهر، امضاء یا اثر انگشت اشخاص ذی نفع باشد به عنوان سند عرفی شناخته می شود.

- شهادت: شهادت در نزد فقهاء کرام عبارت از اخبار شخص صادقی است برای اثبات یک حق به لفظ اشهد در مجلس قضاء.

- قرینه: عبارت از استنباط قانون گذار یا قاضی از امر معلوم برای امر مجهول است.

- مشروعیت قرینه توسط قرآن شریف ، سنت نبوی و قوانین وضعی ثابت شده است.

- سوگند: عبارت از شاهد گرفتن خداوند متعال برای اخبار به حقی به نفع خود به زیان دیگری .

● نکول: عبارت از امتناع شخص از قسم واجبه بر نفع یا ضررش می‌باشد.

اعتبار امر قضاوت شده: به این معنی است در صورت اتحاد اصحاب دعوی، اتحاد موضوع دعوی و اتحاد سبب دعوی در دعوی حقوقی که قبلاً درباره آن از طرف محکمه فیصله صورت گرفته باشد موجود باشد آن دعوی بار دیگر در محکمه جریان پیدا نمی‌کند بلکه محکمه به همان فیصله قبلی و اولی اکتفاء نموده به رد و عدم سمع هم چون دعوی حکم خویش را صادر نموده و فیصله اولی را در زمینه قابل اجراء میداند.

فهرست موضوعات

مقدمه:	۱
فصل اول: کلیات و مفاهیم	
مبحث اول: دلیل:	۵
تعریف دلیل:	۵
تقسیم بندی دلایل:	۶
الف: دلایل مستقیم و غیر مستقیم:	۶
ب: دلایل تمهیدی و عارضی:	۷
ج: دلایل اصلی، تکمیلی و احتیاطی:	۸
د: تقسیم دلایل اثبات از جهت میزان دلالت:	۹
مبحث دوم: اثبات:	۱۰
تعریف اثبات:	۱۰
موضوع اثبات:	۱۱
قواعد اثبات:	۱۲
مبحث سوم: دعوی:	۱۴
تعریف دعوی:	۱۴
اقسام دعوی:	۱۵
ارکان دعوی:	۱۶
شرایط صحت دعوی:	۱۷
الف: شرایط عمومی صحت دعوی:	۱۷
۱- شرط عاقل و بالغ بودن طرفین دعوی:	۱۷
۲- شرط معلوم بودن مدعی علیه:	۲۰
۳- شرط حاضر بودن خصم در مجلس قضاء:	۲۱
جزء اول: دیدگاهی فقه در کیفیت دعوی بالای مدعی علیه غایب:	۲۲

- جزء دوم: دیدگاهی قانونی در مورد کیفیت دعوی بالای مدعی علیه غایب: ۲۴.....
- ۴- شرط معلوم بودن مدعی بها: ۲۷.....
- ۵- شرط است که دعوی احتمال اثبات را داشته باشد: ۲۸.....
- ۶- شرط است که دعوی امکان اثبات حکم را بالای مدعی علیه داشته باشد: ۲۹.....
- ۷- شرط است که دعوی در مجلس قضاء باشد: ۲۹.....
- ۸- شرط است تا در دعوی تناقض نباشد: ۳۰.....
- ب: شرایط خصوصی دعوی: ۳۱.....
- ۱- شرایط اختصاصی صحت دعوی عقار(اموال غیر منقول): ۳۱.....
- ۲- شرایط اختصاصی صحت دعوی شفع: ۳۲.....
- ۳- شرایط اختصاصی صحت دعوی میراث: ۳۳.....
- ۴- شرایط اختصاصی صحت دعوی فسخ عقد به سبب اکراه: ۳۳.....
- ۵- شرایط اختصاصی صحت دعوی نکاح و اسباب انحلال ازدواج: ۳۴.....
- ۶- شرایط اختصاصی صحت دعوی حضانت: ۳۶.....

فصل دوم: اقرار و اسناد

- مبحث اول: اقرار: ۳۷.....
- مطلب اول: تعریف، حجیت، ارکان و شرایط اقرار: ۳۷.....
- تعریف اقرار: ۳۷.....
- حجیت اقرار (مجوز شرعی و قانونی): ۳۸.....
- الف- مجوز شرعی: ۳۸.....
- ب: مجوز قانونی: ۳۹.....
- ارکان اقرار: ۳۹.....
- شروط اقرار: ۴۰.....
- الف- شرایط مقرر: ۴۰.....
- ب: شرایط مقرله: ۴۲.....
- ج- شرایط مقربه (اقرار شده به آن): ۴۲.....
- مطلب دوم: اقسام اقرار: ۴۴.....

- الف: اقسام اقرار به اعتبار نوع دلالت آن: ۴۴
- ب: اقسام اقرار به اعتبار دامنه ای شمول آن: ۴۴
- ج: اقسام اقرار با اعتبار مکان اخبار آن: ۴۵
- د: اقسام اقرار به اعتبار ابراز بیان آن: ۴۵
- ح: اقسام اقرار به اعتبار نقش آن در دعوی: ۴۵
- و: اقسام اقرار به اعتبار ترکیب آن: ۴۶
- مطلب سوم: انواع مقربیه، اقرار به نسب، اقرار درحالت مرض و آثار اقرار: ۴۷
- الف: انواع مقربیه: ۴۷
- ب: اقرار به نسب: ۴۸
- ج: اقرار در حالت صحت و مرض: ۵۰
- ۱- حکم اقرار در حالت صحت: ۵۰
- ۲- حکم اقرار در حالت مرض: ۵۰
- د: آثار اقرار: ۵۱
- ۱- اثبات حق: ۵۲
- ۲- قطع دعوی: ۵۲
- ۳- عدم تأثیر انکار مقرر بعد از اقرار: ۵۲
- مبحث دوم: اسناد: ۵۳
- مطلب اول: سند رسمی: ۵۳
- جزء اول: مفهوم، ارکان و شرایط سند رسمی: ۵۳
- الف: تعریف سند رسمی: ۵۳
- ب: ارکان سند رسمی: ۵۵
- ۱- تنظیم سند توسط موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی: ۵۵
- ۲- رعایت صلاحیت اختصاصی در هنگام تنظیم سند: ۵۷
- صلاحیت موضوعی موظف عمومی: ۶۷
- صلاحیت حوزوی موظف عمومی: ۵۸

- ۳- رعایت مقررات قانونی در تنظیم سند: ۵۸
- مرحله پیش از تنظیم سند: ۵۹
- مرحله تنظیم سند: ۵۹
- مرحله بعد از تنظیم سند: ۶۰
- ج: ضمانت اجرای شرایط یاد شده: ۶۰
- د: اثر بطلان: ۶۱
- ه: اعتبار سند رسمی باطل: ۶۲
- و: فرض صحت سند رسمی: ۶۳
- جزء دوم: اعتبار سند رسمی: ۶۲
- الف: اعتبار سند رسمی نسبت دو طرف: ۶۴
- ب: اعتبار سند رسمی نسبت به اشخاص سوم: ۶۷
- ج: اصل و رونوشت سند رسمی: ۶۸
- ۱- اعتبار رونوشت سند رسمی در فرض وجود اصل: ۶۹
- ۲- اعتبار رونوشت در صورت نبود اصل: ۷۰
- اعتبار رونوشت سند رسمی اصلی: ۷۰
- اعتبار رونوشت رسمی گرفته شده از روی رونوشت رسمی اصلی: ۷۲
- اعتبار رونوشت تهیه شده از روی رونوشت رسمی که از روی رونوشت اصلی گرفته شده: ۷۲
- د: قدرت اثباتی سند رسمی: ۷۳
- مطلب دوم: سند عرفی: ۷۴
- تعریف سند عرفی: ۷۴
- جزء اول: اسناد عرفی تمهیدی: ۷۴
- الف: شرایط صحت اسناد عرفی: ۷۵
- ب: اعتبار سند عرفی: ۷۵
- ج: اعتبار سند عرفی نسبت به دو طرف سند: ۷۶

- جزء دوم: سند عرفی عارضی: ۷۸.....
- سند عرفی عارضی: ۷۸.....
- قدرت اثباتی سند عرفی: ۷۹.....

فصل سوم: شهادت وقرینه

- مبحث اول: شهادت: ۸۰.....
- الف: تعریف شهادت: ۸۰.....
- ب: رکن شهادت: ۸۰.....
- ج: حکم شرعی شهادت: ۸۱.....
- مطلب دوم: شروط شهادت: ۸۱.....
- الف- شرایط مربوط به شاهد: ۸۱.....
- ۱- شروط تحمل شهادت: ۸۱.....
- ۲- شروط ادای شهادت: ۸۲.....
- ب: تزکیه شهود: ۸۴.....
- ج- شرایط مربوط به نحوه (چگونگی) ادای شهادت: ۸۵.....
- مطلب سوم: رجوع از شهادت: ۸۶.....
- الف: رجوع شاهد قبل از اصدار حکم قاضی: ۸۶.....
- ب: رجوع شاهد بعد از اصدار حکم قاضی: ۸۶.....
- مطلب چهارم: قضاء به شهادت غیر مسلمین و نصاب شهادت: ۸۶.....
- الف: شهادت غیر مسلمین بر غیر مسلمین: ۸۷.....
- ب: شهادت غیر مسلمین بر مسلمین: ۸۸.....
- ج: نصاب شهادت در دعاوی مدنی (حقوقی): ۸۹.....
- مبحث دوم: قرینه: ۹۰.....
- مطلب اول: تعریف قرینه، مشروعیت واهمیت آن: ۹۰.....

- الف: تعریف قرینه: ۹۰.....
- ب: مشروعیت قرینه: ۹۱.....
- ج: اهمیت قرینه: ۹۱.....
- مطلب دوم: انواع قرینه: ۹۱.....
- الف: قرینه قانونی: ۹۲.....
- تعریف قرینه قانونی: ۹۲.....
- رکن قرینه قانونی: ۹۲.....
- نقش قرینه قانونی: ۹۳.....
- لزوم اثبات واقعه یا عنصر اول قرینه قانونی: ۹۴.....
- حکمت قرینه قانونی: ۹۴.....
- اعتبار قرینه قانونی: ۹۶.....
- ب: قرینه قضایی: ۹۷.....
- مواد قانونی: ۹۷.....
- تعریف قرینه قضایی: ۹۷.....
- ج: تفاوت قرینه قضایی از قرینه قانونی: ۹۸.....

فصل چهارم: سوگند و اعتبار امر قضاوت شده

- مبحث اول: سوگند: ۱۰۰.....
- مطلب اول: تعریف، مشروعیت، شروط، انواع، صیغه، نیت و حکم سوگند: ۱۰۰.....
- الف: تعریف سوگند: ۱۰۰.....
- ب: مشروعیت سوگند: ۱۰۰.....
- ج: صیغه قسم نیت و حکم آن: ۱۰۱.....
- د: شروط سوگند: ۱۰۲.....

- هـ: انواع قسم: ۱۰۳
- ی: حقوق که سوگند در آن جایز و ناجائز است: ۱۰۶
- ز: قضاء به شاهد و قسم مدعی: ۱۰۷
- مطلب دوم: نکول وقضاء به علم قاضی: ۱۰۸
- جزء اول: نکول: ۱۰۸
- الف: تعریف نکول: ۱۰۸
- ب: حقیقت نکول: ۱۰۹
- ج: قضاء به نکول: ۱۰۹
- د: مجال قضاء به نکول: ۱۱۱
- جزء دوم: قضاء به علم قاضی: ۱۱۱
- الف: قضاء قاضی به علمش در فقه: ۱۱۱
- ب: قضاء قاضی به علمش در قوانین افغانستان: ۱۱۲
- مبحث دوم: اعتبار امر قضاوت شده: ۱۱۳
- الف: تشخیص اعتبار امر قضاوت شده: ۱۱۳
- ب: شرایط اعتبار امر قضاوت شده: ۱۱۴
- ۱- شرایط حکم: ۱۱۴
- ۲- شرایط لازم در حق مورد دعوی: ۱۱۶
- اعتبار حکم جزای در محکمه مدنی: ۱۱۹
- نتیجه گیری (خاتمه) بحث: ۱۲۱
- پیشنهادهات: ۱۲۳
- فهرست منابع و مآخذ: ۱۲۴

مقدمه

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ^١.

در مسایل حقوقی دبحث مطرح است: یکی ثبوت حق و دیگری اثبات حق، همه رشته های حقوق از ثبوت حق بحث میکند؛ اما دلایل اثبات دعوی از اثبات حق بحث میکند. در یک نظام حقوقی منسجم از لحاظ اهمیت و کار آمدی، دلایل اثبات دعوی به تنهای میتواند یک کفه از علم حقوق را به خود اختصاص دهد؛ به بیان دیگر، اگر قواعد حقوقی و کارآیی همه شاخه های حقوق که مورد مطالعه قرار میگیرند، کاملاً صحیح و منظم باشد؛ ولی نظام دلایل اثبات دعوی صحیح و کار آمد نباشد نظام حقوقی نمیتواند کامل و مؤثر باشد؛ زیرا تمام رشته های حقوق از بود و نبود حق در عالم ثبوت و واقع بحث میکند اما دلایل اثبات دعوی از اثبات حق و نمایانند آن در پیشگاه محکمه بحث میکند، حق وقتی ارزش دارد که مورد استفاده و بهره برداری قرار گیرد، چنانچه حقی ایجاد گردد ولی صاحب آن نتواند حق خود را اثبات کند از وجود چنین حقی محروم میشود، بود و نبود چنین حقی مساوی است. در نتیجه ارزش دلایل اثبات دعوی از لحاظ کار برد و کار آمد تقریباً با همه شاخه های علم حقوق برابری میکند، با این توضیح روشن میشود که ممکن است حقی در عالم واقع وجود داشته باشد در محکمه محل دعوی قرار نگیرد ولی اثبات شود در این صورت صاحب حق مثل کسی است که از اصل حق ندارد و برعکس ممکن است بی آن که حقی در عالم واقع وجود داشته باشد مدعی با دلایلی خود را برخلاف واقع در محکمه صاحب حق نشان دهد، در این حالت وی همانند کسی است که دارای حق میباشد و این امر نشان دهنده اهمیت بالای دلایل اثبات دعوی در علم حقوق است.

نظام های حقوقی دنیا در رابطه به دلایل اثبات دعوی روش های متفاوت را در پیش گرفته اند، در برخی نظام های حقوقی همه قواعد مربوط به ادله اثبات دعوی اعم از قواعد ماهوی و شکلی بخشی از قانون اصول محاکمات مدنی را تشکیل میدهند مانند کشور های آلمان و سویس.

برخی دیگر از نظام های حقوقی مجموع قواعد شکلی و ماهوی دلایل اثبات دعوی را به صورت کاملاً مستقل مطرح کرده اند. در این نظام ها همه قواعد مربوط به دلایل اثبات دعوی در قانون خاص تدوین میشود؛ مانند (قانون بینات) سوریه و اردن، (قانون اثبات) مصر و عراق. کشور های انگلستان و ایالات متحده آمریکا نیز از این روش پیروی نموده اند.

^١ - سوره بقره، آیه: (٢٨٢).

گروه سوم از نظام های حقوقی مباحث ادله اثبات دعوی را در دوبرخش جداگانه تنظیم نموده اند، این صورت که مباحث ماهوی در قانون مدنی و مباحث شکلی آن در قانون اصول محاکمات مدنی تدوین میشود مانند؛ حقوق فرانسه و ایران، حقوق افغانستان از گروه سوم پیروی کرده است.

در حقوق افغانستان قواعد ماهوی دلایل اثبات دعوی با ماده (۹۸۳) قانون مدنی شروع و با ماده (۱۰۳۴) این قانون پایان میپذیرد. قواعد شکلی آن با ماده (۲۷۲) قانون اصول محاکمات مدنی شروع و با ماده (۳۷۵) این قانون اختتام میابد. بنا براین از نظر حقوق افغانستان دلایل اثبات دعوی، ماهیت مختلط ماهوی و شکلی دارد.

سوالات تحقیق:

۱- دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت و قوانین افغانستان چیست؟

- دلایل اثبات دعوی مدنی در فقه کدام ها اند؟
- دلایل اثبات دعوی مدنی در قوانین افغانستان کدام ها اند؟
- آیا در میان دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت اسلامی و قوانین افغانستان تفاوت وجود دارد؟
- دلایل اثبات را که شریعت اسلام ذکر کرده در مورد کدام نوع از دعاوی میباشد؟
- از دید شریعت اسلام در دعاوی مدنی کدام وسائل یا دلایل به حیث دلیل اثبات شمرده میشود؟
- آیا دلایل اثبات دعوی مدنی در فقه اسلامی و قوانین افغانستان در عصر حاضر وظایف خود را بصورت درست اداء کرده میتواند؟

مسئله تحقیق:

دلایل اثبات دعوی مدنی در دستگاه عدلی و قضائی از اهمیت به سزائی برخوردار است، تاجاییکه دلایل اثبات دعوی مدنی است که مدار حکم محکمه قرار می گیرد و حکم محکمه بر آن بناء میشود. باید درک کرد که دلایل اثبات دعوی مدنی کدام ها اند، و در فقه اسلامی و قوانین افغانستان از چه جایگاهی برخوردار بوده، و هر کدام آن ها در کدام نقاط قرار میگیرند تا عدالت قضائی به بهترین وجه تأمین، و حقوق حقه مردم بشکل واقعی آن صیانت و حفاظت شود.

اهمیت بحث:

بحرانهای وارده بر این مرز و بوم خصوصاً نابه هنجاری های سه دهه اخیر در افغانستان، دانش پژوهان و محققین عزیزمان را در شرایطی قرار داد که از تحقیق و نوشتاری مباحث مختلف به زبانهای ملی باز ماند، از جمله مباحث مهم یکی هم دلایل اثبات دعوی است که عدالت و احقاق حق

را در زندگی اجتماعی به کرسی می‌نشانند. از آنجاییکه دلایل اثبات دارای قوت اثبات و الزام است بناءً درخور اهمیت و ارزش است تا بحثی پیرامون موضوع به یکی از زبانهای ملی نوشته شود.

انگیزه‌گزینش بحث (سبب اختیار):

طوری‌که به همه گان واضح و آشکار است زمانیکه انسان یکی از مراحل و درجات تحصیلات عالی را بدرجه لیسانس یا ماستری فرامی‌گیرد درپایان اداره پوهنخی یا مؤسسه تحصیلات مطابق لایحه وقوانین تحصیلات عالی محصل را مکلف به نوشتاری رساله (پایان نامه) علمی مرتبط به رشته می‌دارد، نوشتاری این بحث یکی از وجایی است که بورد ماستری پوهنخی محترم شرعیات پوهنتون سلام به عهده بنده گذاشته است، بر علاوه الزام پوهنتون سلام از اینکه بنده مدت هفت سال می‌شود که منحصیث وکیل مدافع در مراجع عدلی و قضایی کار میکنم از دیر زمانی به این طرف نوشتن این بحث یکی از آرزو های بنده بود که باید روزی درباره این بحث چیزی بنویسم.

در حقوق افغانستان در این زمینه تحقیقی انجام نشده است، و کتابی هم وجود ندارد، از یک سو برخی مواد قانون اشتباهات بزرگ دارد بگونه ایکه هیچ معنی نمیتوان از آن برداشت کرد (به طور نمونه ماده ۹۹۴ قانون مدنی) مگر اینکه به منابع اصلی قانون مراجعه و معنی آن درک گردد. از سوی دیگر بیشتر قاضی های ما گرفتار کم سوادی حقوقی است به گونه که نه توان مراجعه به منابع اصلی و قدرت درک آن را دارند و نه فرصت چنین تحقیقاتی را. بنابراین نگارنده این سطور تلاش نموده تا یک تحقیق نسبتاً جامع و در عین حال به زبان ساده را انجام دهد که هم برای خوانندگان سهل و آسان تمام شود و هم برای قضات گرامی به عنوان شرح قوانین در مورد دلایل اثبات دعوی باشد.

امیدوارم با تحریر این بحث مصدر خدمت برای مردم رنج دیده مان در راستایی دلایل اثبات و امورات قضایی شوم.

پیشینه تحقیق:

بدون شک، کتابها و آثار متعددی در رابطه به دلایل اثبات (وسایل ثبوت) دعوی مدنی از طرف دانشمندان نوشته شده و به زیور چاپ آراسته شده است از آن جمله کتابها میتوان چند کتاب آنرا به عنوان نمونه ذکر کرد اثبات و دلایل اثبات از ناصر کاتوزیان، اصول محاکمات مدنی از محمد ظریف علم ستانکزی، اثبات دعوی از دکتور عباس کریمی و اصول محاکمات مدنی از نصرالله ستانکزی.... کتاب های زیادی در این مورد نوشته است همچنان علمای مذاهب اربعه درباره دلایل اثبات دعوی مدنی بحث هایی زیادی کرده اند در کتاب هایی فقهی دیده میشود از آنجمله الهدایة شرح البدایة المبتدی از امام مرغینانی، نهایة المحتاج الی شرح المنهاج از محمد بن احمد رملی، الدرالمختار از امام حصکفی (رحمهم الله) بدایة المجتهد از ابن الرشد، الوسیط فی القانون المدنی از دکتور عبدالرزاق سنهوری.... ولی آنچه که در ذهنم به ارتباط دلایل اثبات از دیدگاه فقه اسلامی وقوانین بود، در کتب و بحث هایی که قبلاً نوشته شده بود، نیافتم، بناءً با وجود این نوشته

ها، تحقیق بنده تحت عنوان (دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت و قوانین افغانستان) یک تحقیق تازه بوده به این مفهوم که میخوام آنچه را که راجع به دلایل اثبات دعوی در کتب فقهی وجود دارد بعضابا قوانین افغانستان تطبیق دهم که به سیستم تفنین معاصر افغانستان ترتیب خواهد شد، و تا جایی که بنده جستجو و تفحص نمودم الی اکنون چنین یک تحقیق در مورد این محتوا نوشته نشده و از دید بنده به این نوشته ضرورت احساس میشود بناءً این موضوع را انتخاب کردم.

امیدوارم که تحقیق هذا یک موضوع تازه باشد که از طرف یک محصل دوره ماستری مورد بحث قرار میگیرد.

روش تحقیق در بحث:

شیوه تحقیق بنده در این بحث وصفی، تحلیلی و کتاب خانه ای بوده، و مباحث بعضابا اساس ضرورت و لزوم دیدطور مقایسوی بین فقه اسلامی و قوانین افغانستان مورد تحقیق قرار می گیرد، در هر بحث و مطلب کوشش حد اعظمی بر این است تا موقف فقه اسلامی، کتابهای معتبر فقهی و دیدگاه قانون تذکر یابد. حتی المقدور احادیث تخریج شده است.

نام کتب قوانین باشماره مواد آن در متن رساله تحریر گردیده و جهت معلومات برای خواننده گان محترم نام قانون متذکره در پاورقی تذکر می گردد و بعضا مواد قوانین نافذ و مرتبط به بحث در میان هم به مقایسه گرفته و راه حل آن نیز بیان می شود. و هدف از (بی تا) بدون تاریخ بودن منبع متذکره میباشد هم چنان بعضی مصطلحات در پاورقی تشریح می گردد و پاورقی به طور شماره وار از ابتداء رساله از شماره اول آغاز گردیده و به آخرین شماره مورد استفاده در این بحث خاتمه می یابد.

تقسیم بندی مطالب:

بحث هذا شامل مقدمه، چهار فصل، و دارای مباحث جداگانه و خاتمه (نتیجه گیری) میباشد. فصل اول در مورد کلیات و مفاهیم بوده و شامل مباحث ذیل میباشد: مبحث اول دلیل، مبحث دوم اثبات، مبحث سوم دعوی. فصل دوم در مورد اقرار و اسناد بوده و شامل مباحث ذیل میباشد: مبحث اول اقرار، مبحث دوم: اسناد. فصل سوم در مورد شهادت و قرینه بوده و شامل دو مبحث میباشد: مبحث اول: در مورد شهادت، مبحث دوم: قرینه. فصل چهارم در مورد سوگند و اعتبار امر قضاوت شده بوده و شامل مباحث ذیل میباشد: مبحث اول: سوگند، مبحث دوم: اعتبار امر قضاوت شده که در تحت هر مبحث مطلب جداگانه مدنظر گرفته شده است.

فصل اول

کلیات و مفاهیم

چون موضوع بحث ما دلایل اثبات دعوی مدنی در روشنی شریعت اسلامی و قانون بوده بناءً قبل از ورود به مباحث اصلی، شایسته است، بحث های کلی و مفهومی مطرح گردد تا خواننده با درک بهتر وارد بحث های اصلی گردد. بنابراین، این فصل، دارای سه مبحث بوده، که در هر مبحث آن روی موضوعات چون دلیل، اثبات و دعوی بحث صورت گرفته است.

مبحث اول: دلیل

در این مبحث، واژه دلیل از نظر لغت و اصطلاح مورد بررسی قرار گرفته، سپس به تقسیم بندی دلیل پرداخته می شود.

تعریف دلیل

الف: تعریف لغوی دلیل

دلیل واژه عربی از فعل ثلاثی مجرد (دل یدل دلالةً) و بوزن «فعلیل» و به معنای فاعل می باشد. بنابراین، دلیل به معنای (دال) راهنما، دلالت کننده و هدایت کننده می باشد. جمع مکسر دلیل ادله می باشد.^۲

ب: تعریف اصطلاحی دلیل

دلیل در علم منطق عبارت است از: ((شیی که از وجود آن به وجود شیء دیگر پی ببریم)) قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی ما دلیل را تعریف نکرده است. دلیل دو معنا دارد: یک معنای عام، دیگری خاص.

معنای عام دلیل: «فراهم آوردن وسایلی است که وجدان قاضی را قانع کند».^۳ این وسایل، ممکن است فیلم، صوت، اقرار، سند رسمی، عرفی یا هر چیزی دیگر باشد.

معنای خاص دلیل: «عبارت است از هر وسیله که در قانون پیش بینی شده و در مراجع قضایی با نمایاندن امر موضوعی سبب اقناع وجدان قاضی به واقعیت شود».^۴

مراد از دلیل در این اینجا، دلیل به معنای خاص است، براساس قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی، دلایل اثبات دعوی موارد زیر است:

^۲. المنجد فی اللغة العربية المعاصرة، بیروت، ناشر: دارالمشرق، ذیل واژه (دل). والمنجد فی اللغة والاعلام، ص ۲۲۰ ذیل واژه (دل).

^۳. شمس، عبدالله، ادله اثبات دعوی حقوق ماهوی، تهران، انتشارات دراک، چاپ پانزدهم: ۱۳۹۱، ص ۲۸.

^۴. همان اثر، ص ۲۸.

۱- سند رسمی؛

۲- سند عرفی؛

۳- اقرار؛

۴- سوگند؛

۵- شهادت؛

۶- قراین

تقسیم بندی دلایل

دلایل اثبات دعوی تقسیم بندی های زیادی دارد که بشرح زیر مورد بررسی قرار می گیرند.

الف: دلایل مستقیم و غیر مستقیم

دلایل اثبات دعوی به دو دسته تقسیم می شود: دلایل مستقیم و غیر مستقیم.

۱- دلایل مستقیم

هرگاه دلیل، امری را که سبب پیدایش یا سقوط حق مورد ادعا می شود، بی واسطه اثبات کند، مستقیم شمرده می شود.^۵ مانند سند رسمی، سند عرفی، شهادت شهود در کمتر از هزار افغانی، معاینه محلی و نظرکار شناسی^۶ (اهل خبره).

۲- دلایل غیر مستقیم:

دلایل غیر مستقیم به دلایلی گفته می شود که گرچه به صورت مستقیم، سبب حق مورد ادعا را اثبات نمی کند؛ ولی به صورت غیر مستقیم آن را اثبات می کند؛ به عبارت دیگر، دلایل غیر مستقیم به دلایلی گفته می شود که به سبب حق مورد ادعا به صورت مطابقی و تضمینی دلالت ندارد، اما به صورت التزامی دلالت دارد و قاضی می تواند از آن، حق را استنباط کند؛ مانند اقرار، سوگند و قراین.^۷

سوگند نیز چنین است، زیرا معنای آن درست بودن دعوی نیست، بلکه سوگند اماره بر درست بودن آن است.^۸

قراین، ادعای مورد نظر را به طور مستقیم اثبات نمی کند، بلکه امری دیگری را اثبات می کند که آن امر دیگر با مورد ادعا ارتباط تنگاتنگ دارد و قاضی رسیدگی کننده، مورد ادعا را از این طریق،

^۵ شمس، عبدالله، پیشین، ص ۳۲.

^۶ الکیلانی، محمود، موسوعه القضاء المدني قواعد الاثبات و احکام التفیذ، عمان، دارالثقافه، ۲۰۱۰ م، ج ۴، ص ۴۵.

^۷ الشهاوی، قدری عبدالفتاح، نظریة الاثبات فی موادالمدنیة والتجاریة فی التشریح المصرالعربی، ص ۱۰۱ قاهره دارالنهضة، چاپ اول، ۲۰۰۶ م.

^۸ کاتوزیان، ناصر، ادله اثبات دعوی، ص ۲۸. والشهاوی، قدری عبدالفتاح، ص ۱۰۱.

استنباط می کند؛^۹ مانند ماده ۱۳۷۴ قانون مدنی که بیان می دارد. ((پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آن که دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.)) و مانند بند ۲ ماده ۵۲۳ قانون مدنی که وصول قبولی به آدرس ایجاب کننده را قرینه علم ایجاب کننده به محتوای قبولی دانسته است.

ب: دلایل تمهیدی و عارضی

گاه دلیل مورد استناد، پیش از وقوع اختلاف و مطرح شدن دعوی، فراهم می شود؛ مانند سند قرار دادی که با تراضی و توافق دو طرف تنظیم می شود، و به امضای آن ها می رسد، تا در زمان لزوم به آن استناد شود، یا مانند سند ولادت و وفات که نشان دهنده وقوع روی داد مورد نظر است. این گونه دلایل، به طور معمول کتبی است که به آن سند و دلیل تمهیدی گفته می شود.^{۱۰} گاه شهادت شاهد از دلایل تمهیدی شمرده می شود و آن در جای است که ذی نفع پیش از وقوع اختلاف و دعوی آن را تهیه و فراهم کرده باشد؛ مانند شهادت شهود که صاحب حق در زمان ایجاد و انشای حق، آن ها را در نظر گرفته است.

گاه دلیل مورد استناد عارضی است، بعد از وقوع دعوی و به مناسبت اختلاف تهیه می شود؛ مانند معاینه محل آسیب دیده، نظر کارشناس (اهل خبره)^{۱۱} و تحقیق از شاهدان رویداد؛ به بیان دیگر، شهادت شهود دلیل عارضی است؛ زیرا شهادت شهود دلیل شمرده نمی شود، مگر زمانی که نزاع برپا و از شاهد درخواست شود تا شهادت شان را در پیشگاه محکمه ارایه کند، در نتیجه شهادت شاهدان از دلایل عارضی است که بعد از اقامه دعوی تهیه و فراهم می شود.^{۱۲}

دلایلی عارضی گاه از دلایل تمهیدی شمرده می شود و آن وقتی است که ذی نفع پیش از وقوع اختلاف و دعوی، آن را تهیه و فراهم کرده باشد؛ مانند شهادت شاهد که صاحب حق در زمان ایجاد و انشای حق، آن ها را در نظر گرفته است. عکس این مطلب، نیز صادق است.

یعنی گاهی دلیل تمهیدی از دلیل عارضی شمرده می شود و آن، جای است که دلیل از اول به عنوان دلیل اثبات دعوی در نظر گرفته نشده، بلکه برای ثبت معاملات تجاری فراهم شده است؛ اما در جریان دعوی، به طور عارضی، به آن استناد می شود و در شمار دلایل اثبات قرار می گیرد؛ مانند دفتر تجارتي تاجر در دعاوی تجارتي. (مواد ۷۵ و ۸۰ قانون تجارت)^{۱۳}.

۹. الشهاوی، قدری عبدالفتاح، پیشین، ص ۱۰۱. والسنهوری، عبدالرازق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید ج ۲، ص ۹۹ و ۱۰۱.

۱۰. الشهاوی، قدری عبدالفتاح، پیشین، ص ۱۰۲.

۱۱. همان، ص ۱۰۳.

۱۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ص ۳۲. والسنهوری، عبدالرازق احمد، پیشین، ص ۱۰۰.

۱۳. وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون تجارت، ص ۳۱ و ۳۳.

مهمترین فایده این تقسیم، تشخیص قانون حاکم بردلایل است؛ زیرا اعتبار دلایل تمهیدی تابع قانون زمان تنظیم آن است؛ اما دلایل عارضی، که در جریان دعوی تهیه می شود، تابع قانون حاکم در جریان محاکمه و رسیدگی است.^{۱۴}

ج: دلایل اصلی، تکمیلی و احتیاطی

دلیل به اعتبار نقش و جایگاه آن در اثبات دعوی به اصلی، تکمیلی و احتیاطی تقسیم می شود.

۱- دلیل اصلی

مقصود از دلیل اصلی دلیلی است که قائم به ذات است؛ یعنی وابسته به غیر نیست، و به تنهای رویداد مورد نظر را اثبات می کند و نیاز به چیز دیگر ندارد، و خودش نیز تکمیل کننده دلیل دیگر نیست مانند سند، شهادت و قراین قضائی در حادثه حقوقی به طور کلی، و در تصرفات حقوقی مدنی - که از هزار افغانی بیشتر نباشد - به عنوان دلیل اصلی شمرده می شود.^{۱۵} (ماده ۱۰۲۵ و ۱۰۳۴ قانون مدنی) دلیل اصلی گاه ممکن است برای اثبات موضوع به تنهای کافی نباشد و نیاز به دلایل تکمیلی داشته باشد؛ مانند سندی که اصل وقوع معامله را اثبات می کند؛ اما برای رفع ابهام از مقدار و اوصاف در عوض، به شهادت شاهد یا قراین قضائی یا به هر دو نیاز دارد. معاینه و نظراهل خبره دلیل اصلی است که قاضی رسیدگی کننده به آن ها اکتفا می کند، و گاه به آن ها اکتفائی کند و دلیل تکمیل کننده می خواهد. قراین قانونی قطعی (ماده ۳۳۸ قانون اصول محاکمات مدنی) دلیل اصلی و کافی است؛ اما قراین قانونی غیر قطعی (ماده ۳۳۹ قانون اصول محاکمات مدنی) دلیل اصلی است؛ ولی کافی نیست.^{۱۶}

۲- دلیل تکمیلی

دلیل تکمیلی قائم به ذات نیست؛ به بیان دیگر، به تنهای قدرت اثبات رویداد مورد نظر را ندارد، بلکه تکمیل کننده دلیل دیگر می باشد؛ مانند شهادت، قراین قضائی و سوگند متهم.^{۱۷} شهادت به تنهای نمی تواند ادعای بیش از هزار افغانی را اثبات کند، بلکه در چنین مواردی از دلایل تکمیلی شمرده می شود. گاه شهادت و قراین قضائی از دلایل اصلی است و آن در حادثه حقوقی و تصرفات^{۱۸} حقوقی است که از هزار افغانی بیشتر نباشد (ماده ۱۰۲۵ و ۱۰۳۴ قانون مدنی)

یکی از دلایل تکمیلی سوگند متمم است که ماده ۱۰۲۲ قانون مدنی در این مورد، بیان میدارد: «(۱) محکمه می تواند، مستقیماً قسم را به یکی از طرفین، جهت استناد حکم در موضوع دعوی یا قیمت آنچه به آن حکم می نماید، راجع نماید. (۲) این نوع قسم، وقتی توجیه شده می تواند که در دعوی دلیل

^{۱۴} کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۳۱ و ۳۲.

^{۱۵} السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۲، ص ۱۰۲.

^{۱۶} وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، منتشره جریده رسمی، ۷۲۲، سال ۱۳۶۹.

^{۱۷} الشهاوی، قدری، عبدالفتاح، پیشین، ص ۱۱۳، کاتوزیان، ناصر، ص ۳۲.

^{۱۸} فرق میان حادثه حقوقی و تصرفات حقوقی را ماده ۴۹۳ و ۴۹۶ قانونی مدنی بیان نموده است که حادثه حقوقی عبارت از تصرف فعلی است که به اختیار یا بدون اختیار شخص واقع گردیده و قانون بر آن آثار معینی را مرتب نموده باشد. و تصرف حقوقی عبارت از قولی است که از اداره قاطع شخص برای ایجاد اثر حقوقی معین مطابق به احکام قانون بوجود آمده باشد.

کامل وجود نداشته و خالی از دلیل هم نباشد». یکی از موارد توجیه سوگند متمم بند ۱ ماده ۹۹۸ قانون مدنی است که بیان میدارد: «(۱) دفاتر تجارتي بر غير تجار دليل شده نمي تواند، مگر اظهاراتي که در دفاتر مذکور به ثبت رسیده باشد، اساس توجیه قسم برای یکی از طرفین نزد محکمه شده می تواند، و آن هم در مواردی که اثبات آن به شهادت جواز داشته باشد».^{۱۹}

۳- دليل احتیاطی

دلایل احتیاطی، در واقع وسیله معاف شدن مدعی از اثبات ادعا است و به دلیلی گفته می شود که مدعی در صورت نداشتن دلیل به آن متوسل می شود؛ مانند سوگند قطعی (ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی) و اقرار. در جای که مدعی دلیل نداشت باشد، به سوگند مدعی علیه رجوع می کند، به این امید که مدعی علیه از سوگند خود داری کرده و اقرار کند، برخی حقوق دانان سوگند را دلیل اثبات نمی دانند. این ها، معتقد اند سوگند وسیله است که قانون گذار؛ برای حل و فصل سریع دعوی و معاف شدن از اثبات، انتخاب کرده است.^{۲۰}

د: تقسیم دلایل اثبات از جهت میزان دلالت

دلایل اثبات از جهت اعتبار به دلایل اعتبار الزامی و غیر الزامی تقسیم می شود.

۱- دلایل اعتبار الزامی

منظور از دلایل الزامی، دلایلی است که قانون گذار میزان اعتبار آن را تعیین کرده و الزامی دانسته و به افتناع وجدان قاضی واگذار نکرده است؛ این طور نیست که اگر وجدان قاضی قانع شد، معتبر و اگر قانع نشد معتبر نباشد، بلکه قاضی مکلف است مطابق آن حکم کند؛ مانند سند، اقرار، سوگند و قراین قانونی.^{۲۱}

شایسته یاد آوری است که برخی از این دلایل، دارای اعتبار قطعی است که اثبات خلاف آن امکان پذیر نیست؛ مانند سوگند و قراین قانونی قطعی؛^{۲۲} ماده ۳۳۸ قانون اصول محاکمات مدنی قرینه قانونی قطعی را تعریف کرده است.^{۲۳} برخی دیگر از دلایل یاد شده، دارای اعتبار قطعی نیست و اثبات خلاف آن امکان پذیر است؛ مانند سند، اقرار و قراین غیر قطعی؛ (ماده ۳۳۹ قانون اصول محاکمات

۱۹. وزارت عدلیه، قانون مدنی، منتشره جریده، ۳۵۳، سال ۱۳۵۵.

۲۰. همان، شماره ۶۴، ص ۱۰۲ و کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۲ و ۳۳ الشهاوی، قدری عبدالفتاح، پیشین ص ۱۱۰۳ و ماده ۱۰۲۲ قانون مدنی در مورد سوگند متمم چنین مقرر می دارد؛ «(۱) محکمه می تواند، مستقیماً قسم را به یکی از طرفین، جهت استناد حکم در موضوع دعوی یا قیمت آنچه به آن حکم می نماید، راجع نماید. (۲) این نوع قسم وقتی توجیه شده می تواند که در دعوی دلیل کامل وجود نداشته و خالی از دلیل هم نباشد.»

۲۱. السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، شماره ۶۴، ص ۱۰۲.

۲۲. همان، شماره ۶۳، ص ۹۱.

۲۳. ماده ۳۳۸ قانون اصول محاکمات مدنی در مورد قرینه بیان می دارد: «(۱) قرینه قاطعه آن است که به دلالت آن وجود یک امر مجهول معلوم می گردد این دلالت قرینه را به حد یقین رسانیده از ظاهر آن در اصل موضوع متنازع فیها استفاده به عمل می آید. (۲) هرگاه شخصی تصرفات مالکانه شخص دیگری را مدتی مشاهده نماید و راجع به مالک بودن خود با وجود نبودن اعدار قانونی مانند صغارت، جنون و امثال آن دعوی نکند بعداً اگر دعوی نماید دعوی ملکیت وی به دلالت قرینه منتفی است.»

مدنی)^{۲۴} زیرا اسناد عرفی قابل انکار است (ماده ۹۹۵ قانون مدنی) اسناد رسمی ممکن است مجعول باشد و جعلی بودن آن قابل اثبات است. (ماده ۹۹۲ قانون مدنی) اقرار کننده می تواند عکس اقرار خود را اثبات کند. (ماده ۱۰۰۸ قانون مدنی) همچنین، عکس قراین غیر قطعی قابل اثبات است. (ماده ۱۰۳۱ قانون مدنی)^{۲۵}

۲: دلایل دارای اعتبار غیرالزامی

اعتبار برخی دلایل اثبات الزامی نیست؛ به بیان دیگر، قبول آن ها برای قاضی اجباری نیست، بلکه قاضی در ارزش گذاری آن ها آزاد است؛ مانند شهادت و قراین قضایی.^{۲۶} شایسته یادآوری است که برخی، شهادت دو شاهد عادل را از دلایل قطعی دانسته اند.^{۲۷} و برخی دیگر، حکم کردن قاضی بر اساس شهادت را واجب دانسته اند.^{۲۸}

مبحث دوم: اثبات

در این مبحث روی تعریف لغوی و اصطلاحی، موضوع اثبات وقواعد اثبات بحث خواهیم نمود.

تعریف اثبات

الف: تعریف لغوی اثبات

اثبات مصدر باب افعال (اثبت یثبت اثباتاً) از ریشه «ثبت» و به معنای ثابت کردن، پابرجا کردن، به ثبوت رساندن و قرار دادن آمده است.^{۲۹}

ب) تعریف اصطلاحی اثبات

مرحله علم به چیزی را مرحله اثبات آن چیز نامند.^{۳۰} اثبات در مقابل ثبوت به کار می رود. از آن جای که در علم احتمال خطا وجود دارد، ممکن است مرحله اثبات با مرحله ثبوت (واقع) نباشد. گاه در محاورات عمومی ثبوت به جای اثبات به کار می رود؛ مانند عبارت به ثبوت رساندن، این، غلط است؛^{۳۱} اما متأسفانه قانون گذار ما در ماده ۲۷۲ قانون اصول محاکمات مدنی مرتکب این اشتباه شده و مقرر می دارد: (وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل می دهد قرار ذیل است:...) ^{۳۲}

^{۲۴} . وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، منتشره جریده رسمی، ۷۲۲، سال ۱۳۶۹.

^{۲۵} . وزارت عدلیه، قانون مدنی، منتشره جریده، ۳۵۳، سال ۱۳۵۵.

^{۲۶} الشهبازی، قدری عبدالفتاح، پیشین، ص ۱۰۲. و السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، شماره ۶۳، ص ۱۰۱.

^{۲۷} مرقس، سلیمان، اصول الاثبات والاجراءات فی الموادالمدنیة، ص ۳۵، به نقل از السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۰۱.

^{۲۸} کریمی، دکتر عباس، ادله اثبات دعوی، ص ۳۱ و ۳۲.

^{۲۹} عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ بیست و هشتم، ص ۸۲.

^{۳۰} جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ دوازدهم: ۱۳۸۱، ص ۵.

^{۳۱} همان، ص ۵

^{۳۲} . وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، منتشره جریده رسمی، ۷۲۲، سال ۱۳۶۹.

اثبات اقامه دلیل در پیشگاه محکمه به شیوه پیش بینی شده در قانون بر وجود واقعیت حقوقی است که آثار بر آن مرتب می شود.^{۳۳} برخی دیگر، اثبات را چنین تعریف کرده اند: « اقامه دلیل بر حقیقت امر ادعا شده، به دلیل آثار حقوقی که بر آن مرتب می گردد.»^{۳۴}

موضوع اثبات:

موضوع اثبات چیست؛ به بیان دیگر، اثبات کدام امر به عهده مدعی است؟ پیش از پاسخ دادن به پرسش یاد شده، شایسته است مقدمه مطرح شود. اثبات حق در محکمه به شناخت مقدمات زیر وابسته است:

الف: دلیل موضوعی

دلیل موضوعی شامل تصرف حقوقی (ماده ۴۹۳ قانون مدنی) و حادثه حقوقی (ماده ۴۹۶ قانون مدنی) می شود. تصرف حقوق؛ مانند قرارداد (ماده ۴۹۷ و مواد بعدی آن) و ایقاع یا اراده یک جانبه (ماده ۷۵۱ تا ۷۷۳ قانون مدنی) و اعمال مضر که بر نفس واقع می شود (مواد ۷۷۴ و ۷۷۵ قانون مدنی). فعل مفید خود دو نوع است: یک- دارا شدن بدون حق (مواد ۸۰۰ تا ۸۱۰ قانون مدنی)، دو- اداره فضولی. (مواد ۸۱۱ و ۸۱۲ قانون مدنی).^{۳۵} دلایل موضوعی شامل اسباب یا منابع حق و تعهد است که اثبات آن در دعوی به عهده مدعی یا اصحاب دعوی می باشد؛ به بیان دیگر، مدعی مکلف به اثبات خود حق نیست، بلکه مکلف به اثبات سبب یا منبع حق و تعهد است.^{۳۶}

ب: دلیل حکمی

دلیل حکمی دلیلی است که حکم قانون را برای موضوع بیان می کند؛ به بیان دیگر، سبب تعهدی را که مدعی به اثبات رسانده، قانون گذار آن را می پذیرد یا نه؟ اثبات دلیل حکمی از وظایف اصحاب دعوی نیست و از بحث ادله اثبات دعوی خارج است. بنابراین، اثبات آن از تکالیف قاضی رسیدگی کننده دعوی است.^{۳۷}

برای این که قاضی بتواند دعوی را با قانون تطبیق دهد و حکم شایسته صادر کند باید هر دو مقدمه را احراز کند. آنچه که در اعمال یا حوادث حقوقی مورد دعوی رخ می دهد «مسائل ماهوی یا دلیل موضوعی» نامیده می شود و آنچه که در چگونگی اجرای قواعد حقوقی مربوط می شود «مسائل قانونی یا دلیل حکمی» خوانده می شود.

فرض کنید شخصی ادعا دارد که در نتیجه عدم احتیاط لازم مدعی علیه، سگ او به من آسیب رسانده است و از محکمه می خواهد که مالک سگ را به جبران خسارت محکوم کند. محکوم ساختن مدعی

^{۳۳} . الکیلانی، محمد، پیشین، ص ۲۰.

^{۳۴} . مرقس، سلیمان، اصول الاثبات و اجراءاته فی المواد المدینة فی القانون المصری مقارنا بتقنیات سائر البلاد العربیة، القاهرة، ناشر عالم الکتاب، بی تا، ص ۱۱.

^{۳۵} . وزارت عدلیه، قانون مدنی، منتشره جریده، ۳۵۳، سال ۱۳۵۵.

^{۳۶} . کریمی، عباس، ادله اثبات دعوی، تهران، نشر میزان، چاپ سوم: ۱۳۹۱، ص ۳۴.

^{۳۷} . همان، ص ۳۴.

علیه وابسته بر این است که در مرحله نخست عدم اتخاذ احتیاط لازم از طرف مالک و آسیب دیدن مدعی به وسیله این حیوان، ثابت گردد. (مسائل ماهوی دلیل موضوعی) و در مرحله دوم احضار شود که قانون مالک حیوان را مسئول خساراتی که در نتیجه عدم اتخاذ احتیاط لازم در حفظ حیوان به بار آمده است، می داند یا نه. (مسائل قانونی یا دلیل حکمی)^{۳۸} اثبات مسائل ماهوی یا دلیل موضوعی با مدعی است و او باید دلایل وقوع حوادثی را که مبنای حق خویش می داند به محکمه بدهد؛ ولی تشخیص قانون حاکم بر دعوی با قاضی محکمه است و هیچ محکمه نمی تواند به بهانه سکوت طرفین و نقص دلایل آن، از تطبیق قانون خود داری کند.

طوری که در مثال بیان شده، مدعی باید دلیل مالکیت حیوان و تقصیر در حفظ آن و ورود ضرر را به محکمه بدهد؛ اما تشخیص قانونی که بر این رابطه، حاکمیت می کند و چگونگی تطبیق ماده ۷۹۳ قانون مدنی با محکمه است.

تفسیر قانون در جای که نیاز به تفسیر دارد از تکالیف قاضی است. بنابراین، اگر اصحاب دعوی تفسیری از قانون ارایه کند، این کار او، تلاشی است برای این که قاضی را به فهم قانون به گونه که مصلحت او را در بر دارد، کمک کند؛ اما قاضی هیچ تعهدی به قبول آن ندارد.^{۳۹}

قواعد اثبات

- ۱- دلیلی که یکی از اصحاب دعوی برای اثبات ادعا یا دفاع از حق خود، در محکمه ارایه می کند، دلیل ارایه شده در محکمه، باید در اختیار طرف مقابل قرار گیرد؛ به بیان دیگر، رقیب از وجود آن آگاه شود، تا در مورد آن، مناقشه کند؛ یعنی رقیب دلیل طرف مقابل را بررسی کرده یا تأیید، یا از طریق قانونی آن را رد می کند. بند ۲ ماده ۲۱۳ قانون اصول محاکمات مدنی در این مورد، بیان می دارد: «بعد از قرائت دعوی مدعی و جوابیه مدعی علیه اولاً به مدعی موقع داده می شود تا دعوی و اسناد مربوط را توضیح نماید، ثانیاً به مدعی علیه موقع داده می شود تا جوابیه خود را در برابر دعوی مدعی با ارایه اسناد توضیح نماید» بنابراین، قاضی نمی تواند به استناد دلیلی که در اختیار طرف مقابل قرار نگرفته، حکم کند. همچنین، قاضی نمی تواند به استناد علم خود حکم کند.^{۴۰} همین طور، قاضی نمی تواند به دلایلی استناد کند که اصحاب دعوی آن را نیاورده اند.^{۴۱}
- ۲- قاعده این است که شخص حق ندارد برای خود دلیل بسازد، بلکه دلیل باید ساخته رقیب باشد تا به عنوان دلیل پذیرفته شود.^{۴۲} هر یک از اصحاب دعوی چنانچه ادعای به ضرر طرف مقابل داشته باشد، برای ادعای خود دلیلی برضد طرف مقابل اقامه کند. این دلیل، باید از طرف مقابل صادر شده باشد تا بتواند به ضرر صادر کننده دلیل باشد، مانند نامه با دست خط و امضای مدعی. نامه

^{۳۸} . حادثه جنایی که از حیوان بوقوع میرسد، مسئولیت بار نمی آورد. مالک وقتی مسئول جبران خساره عاید از حیوان میگردد که عدم اتخاذ احتیاط لازم از طرف وی، برای جلوگیری از وقوع حادثه ثابت گردد. قانون مدنی ماده (۷۹۳).

^{۳۹} . الشهاوی، قدری، عبدالفتاح، پیشین، ص ۴۶ و السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۵۰.

^{۴۰} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۳۳. والکیلانی، محمد، پیشین، ص ۳۸.

^{۴۱} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین ص ۳۲ و ۳۳ والکیلانی، محمد، پیشین ص ۳۸.

^{۴۲} . فرج، توفیق حسن، و فرج، عصام توفیق حسن، پیشین، ۳۳ و العامری، سعدون، موجز نظریة الاثبات، بغداد، مطبعة معارف، چاپ اول:

۱۹۶۶م، ص ۱۴. و ابو عمرو، مصطفی احمد و سعد، نبیل ابراهیم، پیشین، ص ۴۷.

که خود مدعی علیه نوشته باشد، نمی تواند به ضرر طرف مقابل دلیل باشد؛ اما به طور استثناء، در برخی موارد، قانون گذار اجازه داده است که یک طرف دعوی به دلیلی تمسک کند که از طرف خود وی تنظیم شده است؛ مانند تمسک تاجر به دفتر تجاری خودش. البته، به شرطی که دفتر تجاری براساس قانون تنظیم شده باشد.^{۴۳} ماده ۸۰ قانون تجارت در این مورد، بیان می دارد: «مندرجات دفاتر قانونی تجارتی خواه با احکام قانون مطابق باشد خواه نباشد، علیه صاحب آن و یا خلف آن و یا خلف اخیر الذکر دلیل شده می تواند، مندرجاتی که برله تاجر باشد در صورتی که دفاتر تجاریه مطابق قانون ترتیب شده باشد معتبر می باشد».^{۴۴}

۳- قاعده این است که اصحاب دعوی به رایۀ دلیل به ضرر خود مجبور نمی شود؛^{۴۵} یعنی چنانچه نزد یکی از اصحاب دعوی دلیلی وجود داشته باشد که به نفع طرف مقابل است، قاضی نمی تواند او را مجبور به آوردن چنین دلیل کند، تا طرف مقابل وی از آن سود ببرد؛^{۴۶} زیرا هرکس مکلف است اوراق و مصالح خود را خود حفظ کند، نه دیگران؛ اما اگر یکی از اصحاب دعوی دلیلی را به نفع خود در محکمه ارایه کرد، دلیل ارایه شده متضمن مطالبی باشد که به نفع طرف مقابل است، رقیب می تواند از آن سود ببرد و به آن استناد کند و قاضی هم می تواند از دلایلی ارایه شده به نفع طرف مقابل استنباط کند.^{۴۷}

چنین کاری مخالف قاعده نیست که مقرر می دارد: ((اصحاب دعوی به رایه ی دلیل به ضد خود مکلف نمی شود)).^{۴۸}

قانون گذار به طور استثنای از قاعده یاد شده خارج شده است و آن درجای است که قاضی می تواند رأساً دستور دهد که طرف مقابل دفاتر تجاری خود را در محکمه ارایه کند. این کار، برای اثبات موضوع نزاع و تقدیم دلیل مربوط به موضوع نزاع است که در نزد او نگهداری می شود. ماده ۷۵ قانون تجارت در این مورد، بیان می دارد: «در اثنای جریان دعاوی در مورد ارائه دفاتر و اوراق تجاریه امر بدهد».^{۴۹}

^{۴۳} . الیکلانی، محمود، پیشین، ص ۳۹

^{۴۴} . وزارت عدلیه، قانون تجارت، منتشره جریده رسمی، طبع ۱۳۸۶.

^{۴۵} . فرج، توفیق حسن، و فرج، عصام توفیق حسن، قواعد الاثبات فی المواد المدنیة والتجاریة، ص ۳۳ و العامری، سعدون، موجز نظریة الاثبات،

بغداد، مطبعة معارف، چاپ اول: ۱۹۶۶م، ص ۱۴. و ابو عمرو، مصطفی احمد و سعد، نبیل ابراهیم، پیشین، ص ۴۷.

^{۴۶} . شعله، سعیداحمد، فی احکام النقص المدنیة الاثبات، ص ۴۳، بی تا، چاپ اول: «لایجبر خصم علی ان یعدم دلیلاً یری انه لیس فی مصلحته. فان من حق کل خصم ان یخلف بأوراقه الخاصة به، و لیس لخصمه ان یلزمه بتقدیم مستند یملکه و لایرید تقدیمه».

^{۴۷} . فرج، توفیق حسن، و فرج، عصام توفیق حسن، پیشین، ص ۳۳ و ۳۴.

^{۴۸} . الیکلانی، محمود، پیشین، ص ۴۰.

^{۴۹} . وزارت عدلیه، قانون تجارت، منتشره جریده رسمی، طبع ۱۳۸۶.

مبحث سوم: دعوی

در این مبحث روی موضوعات چون تعریف دعوی، اقسام دعوی، ارکان دعوی و شرایط دعوی صحبت خواهیم نمود.

تعریف دعوی

دعوی را علماء از دید گاه ها و زوایای مختلف تعریف نموده اند، در اینجا به تعاریف ذیل اکتفا می نماییم.

الف: تعریف فقهی دعوی

از دیدگاه فقها برای دعوی تعاریف متفاوت گذاشته شده است در اینجا به تعریف که در مجلة الاحکام العدلی اشاره شده است می پردازیم:

(الدعوی هی طلب احد حقه من آخر فی حضور القاضی و یقال له المدعی و للاخر المدعی علیه) ماده (۱۶۱۳) مجلة الاحکام.^{۵۰}

(دعوی عبارت از خواستن حق از غیر در حضور قاضی و به شخص که حق را می خواهد مدعی و کسیکه حق از او خواسته می شود مدعی علیه است).

ب: تعریف قانونی دعوی

قانون اصول محاکمات مدنی طی ماده (۵) دعوی را چنین تعریف نموده است:

(دعوی خواستن حق است از غیر در پیشگاه محکمه)

عین تعریف فوق در فقرة (۱۱) ماده (۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضایه نیز اشاره شده است.

در بین هر دو تعریف فوق تفاوت زیادی وجود ندارد، تعریف قانون اصول محاکمات مدنی هم مانند تعریف فقهی مجلة الاحکام است با تفاوتی که مجله در تعریف خویش به نزد قاضی دعوی را تعریف نموده است و قانون به نزد محکمه که هر دو تفاوت لفظی است، در محتوی تعریف کدام تفاوتی وجود ندارد، چون قاضی و محکمه لازم و ملزوم یکدیگر اند، محکمه بدون قاضی بوده نمی تواند و برای قاضی مکانی محکمه به خاطر اصدار حکم لازم است، همچنان مجله در تعریف خویش به اطراف دعوی نیز اشاره داشته است که عبارت است از (مدعی، مدعی علیه) و تفاوت را نیز بین مدعی و مدعی علیه بیان داشته است، ذیلاً به توضیح قیود تعریف می پردازیم.

توضیح قیود تعریف:

در هر دو تعریف فوق دعوی یک سلسله قیود گذاشته شده است که هر کدام آنرا جداگانه اشاره می نمایم.

^{۵۰} . برخی علماء احناف، مجلة الاحکام عدلیه، ماده، ۱۶۱۳، سال طبع، ۱۳۸۱ هـ ش مطبوعه بهیر کابل.

۱- خواستن حق: حق در بر گیرنده تمام حقوق مادی و معنوی است که قوانین افغانستان آن ها را منحیث حق به رسمیت شناخته باشد، حق مادی مانند حق زمین، پولی نقد و اشیاء که مورد دعوی قرار گیرد و حق معنوی مانند حق مالکیت فکری حق اختراع، حق تالیف .

۲- خواستن حق از جانب شخصی که خواسته می شود مدعی نامیده می شود .

۳- از غیر: هدف از قید غیر، مدعی علیه می باشد زیرا که مدعی علیه سائر (پوشاننده) حق مدعی می باشد که مدعی از او حق خویش را طلب می نماید.

۴- در پیشگاه محکمه: دعوی در پیشگاه محکمه اقامه می گردد. این قید احترازی بوده زیرا خواستن حق از غیر در مقام غیر از محکمه دعوی گفته نمی شود: زیرا که محاکم صلاحیت حل و فصل دعوی را دارند نه ادارات و محلات دیگر .

چنانچه در مورد دایره صلاحیت محاکم ماده (۱۲۰) قانون اساسی و ماده (۸) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در مورد چنین حکم می نماید:

(صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی، به شمول دولت، به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود).^{۵۱}

در مورد هدف تأمین عدالت که محل آن محاکم و قوه قضائیه در ارکان ثلاثه دولت می باشد از جمله صلاحیت های اختصاصی قوه قضائیه در جامعه حل و فصل منازعات و خصومات که توسط دعاوی به محاکم اقامه می گردد می باشد چنانچه در مورد ماده (۳) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه چنین حکم می نماید.

(قوه قضائیه حل و فصل قضایا و منازعات بین اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت، تأمین عدالت، حمایت از حقوق فرد و جامعه مطابق احکام قانون به مقصد توحید مرافق قضائی در کشور تأمین می گردد).

هدف فوق قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه عام می باشد، تمام انواع دعاوی (مدنی، جزائی و تجارتي) را شامل می باشد لیکن ماده (۳) قانون اصول محاکمات مدنی به طور خاص در مورد دعاوی چنین حکم می نماید:

(رسیدگی به دعاوی مدنی از صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان است).^{۵۲}

^{۵۱} . وزارت عدلیه، قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده رسمی ۸۵۱ سال ۱۳۸۴
^{۵۲} . وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، منتشره جریده رسمی، ۷۲۲، سال ۱۳۶۹ .

اقسام دعوی

- ۱- دعوی صحیح: دعوی صحیح عبارت از دعوی است که مرتب می شود بالای آن احکام احضار خصم و مطالبه جواب از خصم، در صورت انکار خصم مدعی مکلف به اثبات توسط بینه و توجیه یمین می باشد.^{۵۳}
 - ۲- دعوی فاسد: عبارت از دعوی است که اصلاً صحیح است، اما غیر مشروع است به اعتبار اوصاف خارجی آن مانند مجهول بودن مدعی علیه و این دعوی قابلیت تصحیح را دارد.^{۵۴}
 - ۳- دعوی باطل: عبارت از دعوی است که اصلاً درست نیست و این دعوی قابلیت تصحیح را ندارد اگر محکمه به اثبات هم حکم کند بالای خصم کدام چیزی مرتب نمی شود.
- مانند اینکه شخص دعوی نماید که همسایه من شخص پولدار است و برای من که غریب هستم صدقه نمی دهد.

در این قسم دعوی باید قاضی در ابتدای مرحله چنین دعوی را رد نماید.^{۵۵} مانند اینکه دعوی بالای مشروبات الکولی از جانب مدعی به محکمه اقامه گردد که مدعی علیه مقدار مشروبات الکولی او را تلف نموده است و حال بنابر خساره که به او وارد گردیده از مدعی علیه طلب خساره دارد، محکمه مکلف به رسیدگی چنین دعوی نیست زیرا چنین دعوی باطل است و بالای آن احکام صحت دعوی شرعاً و قانوناً مرتب نمی گردد.

اما دعوی از لحاظ موضوع به دعاوی مدنی و جزایی تقسیم بندی گردیده که هدف بحث اینجا دعوی مدنی بوده و دعوی مدنی از لحاظ موضوع دارای اقسام و انواع متعدد بوده که از آن جمله ۱_ دعوی عقار ۲_ دعوی میراث ۳_ دعوی حضانت ۴_ دعوی مهر ۵_ دعوی نسب ۶_ دعوی عقود ۷_ دعوی منقولات ۸_ دعوی نفقه ۹_ دعوی فسخ عقد ۱۰_ دعوی طلاق ۱۱_ دعوی شفع ۱۲_ دعوی رضاعت ۱۳_ دعوی نکاح میباشد

ارکان دعوی

در تعداد ارکان دعوی بین جمهور فقهاء و فقهاء احناف اختلاف است:

الف) به نزد جمهور فقهاء ارکان دعوی چهار است (مدعی، مدعی علیه، مدعی به، قولیکه از جانب مدعی یا ممثل اش - به مقصد طلب حق برای خودش - صادر می گردد).^{۵۶}

ب) رکن دعوی به نزد علماء احناف: در صورتی که مدعی اصیل باشد خواستن حق برای خودش و اگر ممثل اصیل مانند ولی، وصی، قیم و وکیل باشد، خواستن حق برای کسی که از او مماثلت می نماید.^{۵۷}

^{۵۳} . حیدر، علی، دُر الحکام شرح مجلة الاحکام، ج ۴ ص ۱۵۴، تحقیق محامی الفهمی الحسینی.

^{۵۴} . مرجع فوق ج ۴ ص ۱۵۴

^{۵۵} . مرجع فوق، ص ۱۵۴

^{۵۶} . کسانانی، علاءالدین زین الدین بن مسعود، بدایع الصنایع ج ۶ ص ۲۲۲ بیروت دارالکتب العربی.

^{۵۷} . مرجع فوق/ ج ۶ ص ۲۳۲

فقهاء مذهب احناف به این دلیل رکن دعوی را (به خواستن شی از جانب مدعی برای خودش) اطلاق می نمایند زیرا که رکن شی در داخل آن قایم بر شی است، از همین جهت رکن دعوی عبارت از خواستن و طلب کردن شی از جانب مدعی برای خودش است.^{۵۸}

ج) ارکان دعوی از دیدگاه قانون: در قوانین موضوعه برای دعوی به صورت واضح ارکان مدنظر گرفته نشده است اما هرگاه در قانون حکمی موجود نباشد رهنمائی قانون اساسی و قانون مدنی افغانستان برای محاکم و قضات طبق حکم ماده (۱۳۰) قانون اساسی و فقره (۲) ماده (۱) قانون مدنی به فقه حنفی است بنابراین گفته می توانیم که ارکان دعوی در سیستم قانونی افغانستان طبق فقه حنفی یک رکن محسوب می گردد.^{۵۹}

شرایط صحت دعوی

الف: شرایط عمومی صحت دعوی

۹- شرط عاقل و بالغ بودن طرفین دعوی

طرفین دعوی باید در دعوی عاقل و بالغ باشند هرگاه یک طرف دعوی و یا هر دو طرف صغیر، مجنون و معتوه باشند دعوی آنها نسبت نقصان و فقدان اهلیت درست نمیباشد زیرا که شرط متذکره دعوی متحقق نمی گردد.

صرفاً در بعضی موارد استثنائاً صغیر ممیز مأذون به تجارت از جانب ولی اش می تواند در خصوص همان موضوع یکه برایش اجازه داده شده باشد، منحصراً مدعی و مدعی علیه قرار گیرد. هرگاه دعوی بالای اموال و حقوق صغیر، و معتوه دایر باشد نائبان آنها که ولی، وصی، و قیم هستند می توانند نیابتاً به حیث مدعی و مدعی علیه در پیشگاه محکمه قرار گیرند.

در مورد این شرط دعوی ماده (۱۶۱۶) مجله الاحکام العدلیه چنین صراحت دارد:

(یشترط أن یکون المدعی و المدعی علیه عاقلین، فدعوی المجنون و الصبی الغیر الممیز لیست بصحیحة ولكن یصح أن یکون أولیاءهما مدعیین او مدعی علیهم فی محلها)^{۶۰}

ترجمه: شرط است که مدعی و مدعی علیه عاقل باشند. لذا دعوی دیوانه و طفل خورد سال که قدرت تمیز را ندارند صحیح نیست.

اما این صحیح است که به جای دیوانه و طفل غیر ممیز، وصی و یا ولی شان به حیث مدعی و یا مدعی علیه واقع شوند.

ماده (۷) قانون اصول محاکمات مدنی نیز به شرط عقل و بلوغ مدعی و مدعی علیه تصریح میدارد.

^{۵۸} . وزارت الاوقاف والشؤون الاسلامیه الكويتیه ، الموسوعة الفقهیه ج ۲۶ ص ۳۳۲

^{۵۹} . وزارت عدلیه، قانون اساسی، منتشره جریده رسمی، ۸۱۸، ۱۳۸۲. و قانون مدنی ماده ۱.

^{۶۰} . برخی علماء احناف، مجله الاحکام العدلیه، ماده، ۱۶۱۳، سال طبع، ۱۳۸۱ ه ش مطبوعه بهیر کابل.

(طرفین دعوی مطابق احکام قانون دارای اهلیت قانونی باشند. در صورت نقصان یا فقدان اهلیت قانونی و غیابت احکام ولایت، وصایت و قیمومیت قابل تطبیق است.)

همچنان ماده (۵۰۲) قانون اصول محاکمات مدنی در مورد خصم شرعی بودن اشخاص ناقص اهلیت و فاقد آن چنین تصریح می دارد.

(صغیر، مجنون، معتوه، محجور و غایب نمی توانند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند).^{۶۱}

بیجا نخواهد بود تا در این قسمت از بحث در مورد اهلیت و اقسام آن نکاتی چندی داشته باشیم تا معلوم گردد که چی نوع اهلیت در دعوی شرط می باشد و در صورت فقدان اهلیت در دعوی چی تأثیر بوجود می آید.

تعریف اهلیت و انواع آن:

تعریف اهلیت در لغت: به معنای صلاحیت است:^{۶۲}

اهلیت به دو نوع تقسیم می گردد (اهلیت وجوب و اهلیت اداء)

اول: اهلیت وجوب:

۱- تعریف فقهی اهلیت وجوب:

(صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه)^{۶۳}

صلاحیت انسان از برای لزوم حقوق مشروعه از برای او و علیه او است.

بنابر تعریف فوق برای شخص در حالت اهلیت وجوب او تثبیت حقوق در قسمت صلاحیت او داده می شود و همچنان واجبات هم بالای او ثابت می گردد.

اهلیت وجوب برای انسان در بر گیرنده ثبوت ذمه هم محسوب می گردد.

۲- تعریف قانونی اهلیت وجوب

قانون مدنی افغانستان در ضمن ماده (۳۶) در مورد اهلیت حکم نموده که از فہوای هر دو فقره ماده متذکره در می یابیم که مقنن از تعریف که در قانون مدنی نموده است اهلیت وجوب است، که ذیلا اشاره می گردد.

(۱) شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز و با وفات انجام می یابد

^{۶۱} . وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، منتشره جریده رسمی، ۷۲۲، سال ۱۳۶۹.

^{۶۲} . الموسوعة الفقهية ج ۷، ص ۱۵۱.

^{۶۳} . مرجع فوق

متن ماده فوق قانونی حکم می نماید که شخصیت انسان توسط تولد آغاز و با فوت ختم می گردد جنین در این حکم قانون اشاره نگردیده است این به معنا آن است که جنین دارای اهلیت و جوب نبوده بلکه مقنن به این منظور جنین را در فقره جداگانه حکم نموده است که چنین صراحت دارد:

(۲) جنین دارای حقوق می باشد که قانون بر آن تصریح نموده است.^{۶۴}

با تصریح این فقره معلوم می گردد که مقنن افغانستان اهلیت و جوب را تنها برای انسان که زنده به دنیا آمده باشد اطلاق نمی نماید بلکه جنین را در بطن مادر هم دارای حقوقی می داند که قانون بر آن تصریح کرده باشد، در قانون احکامی را در می یابیم که برای جنین نیز حقوقی را پیشبینی نموده است از جمله می توانیم به احکامی که در جلد (۴) قانون مدنی در بحث میراث و وصیت ذکر گردیده است اشاره نماییم.

دوم: اهلیت اداء:

1 - تعریف فقهی اهلیت اداء:

2 - (اهلیت اداء هی صلاحیة الانسان لصدور الافعال و الاقوال منه علی وجه یعتد به شرعاً)^{۶۵}

اهلیت اداء عبارت از صلاحیت انسان است برای صدور افعال و اقوال از نزدش به وجه معتاد شرعی.

- اساس اهلیت اداء:

مبنای و اساس اهلیت اداء عقل و تمیز است و قتیکه این دو صفت در انسان موجود باشد وی دارای اهلیت اداء می باشد اما در صورت نبود آنها اهلیت وی نفی می شود زیرا موجودیت عقل و تمیز است که انسان به آثار مرتبه اقوال و افعال خویش پی می برد.^{۶۶}

نزد جمهور علماء اهل سنت عقل انسان در آوان بلوغ تکمیل می شود پس کسیکه در آوان بلوغ عاقل باشد. اهلیت ادائی وی ثابت بوده و از دیدگاه شرع اهلیت ادائی کامل را پیدا می نماید.

اما به نزد احناف اشخاصی که به تمیز یا هفت سالگی نرسیده اند و همچنان معتوی را که عته اش به درجه اختلال عقلی و فقدان نه رسیده بلکه درک و تمیزش ضعیف باشد، ناقص اهلیت می دانند زیرا انسان با داشتن قدرت فهم خطاب که به عقل تعلق دارد و قدرت عمل که به بدن تعلق دارد مکلف به ادای واجبات می باشد. اما کودک هم از لحاظ قدرت عقلی و هم از لحاظ قدرت بدنی عاجز است و معتوه گرچه از حیث قوت بدنی نیرومند است ولی از جهت قوت عقلی از آن برخوردار نیست و عقلش کامل نیست، بناً متوجه آنها صحت اداء می باشد نه وجوب اداء.^{۶۷}

^{۶۴} . وزارت عدلیه/ جریده رسمی شماره (۳۵۳) سال ۱۳۵۵. ش ماده) ۳۶ قانون مدنی .

^{۶۵} . زحلی، «توکتوره» اصول الفقه الاسلامی ج ۱/ ص ۱۶۴-۱۶۵

^{۶۶} . لامدی، «علی ابن محمد» الاحکام فی اصول الاحکام/ ج ۱/ ص ۱۱۹

^{۶۷} . حسامی، محمدین محمدین عمرحسام الدین الاخسیکشی، ص ۱۲۱

هرگاه برای یک شخص هر دو نوع از اهلیت وجوب و اهلیت اداء موجود نباشد، شخص نفساً مدعی باالاصاله در دعوی شده نمی تواند از نظر سیستم حقوقی افغانستان باید برای چنین اشخاص در صورت دایر شدن دعوی به نزد محاکم به نیابت ولی، وصی و یا قیم آنها دعوی را دایر نمایند زیرا که نفساً خود آنها دارای اهلیت دعوی نیستند.^{۶۸}

عوارض اهلیت و انواع آن:

اهلیت عبارت از حالتی است که با داشتن آن انسان از حقوق خویش استفاده کامل نموده میتواند و همچنان وجایب نیز در قبال خود دارد، اما گاه گاهی این اهلیت توسط عوارض که به انسان بوجود میآید صلاحیت انسان را محدود می گرداند و یا کاملاً از بین میرود.

عوارض اهلیت در چارت ذیل به معرفی گرفته شده است:

انواع عوارض اهلیت	
عوارض سماوی	عوارض مکتسبه
جنون	جهل
عته	خطا
نسیان	هزل
نوم و اغماء	سفه
مرض	سکر
موت	اکراه

هرآن عوارضی که صلاحیت انسان را از بین می برد مانند جنون، عته و موت اهلیت دعوی را در نزد محاکم نیز از بین می برد و به نیابت از چنین اشخاص ولی، وصی، قیم و ورثه آنها به نزد محاکم صلاحیت اقامه دعوی را کسب می نمایند.

اما هر آن عوارضی که صلاحیت انسان را محدود می سازد مانند نسیان، نوم، اغماء، مرض، جهل، خطا، هزل، سفه سکر و اکراه در چنین احوال اشخاص دارای صفت اهلیت اند و می تواند به محاکم دعوی خویش را اصالتاً اقامه نمایند و یا هم نیابتاً به صلاحیت خویش وکیل مدافع تعیین نمایند.^{۶۹}

۱۰- شرط معلوم بودن مدعی علیه

یکی از جمله شرایط عمومی صحت دعوی معلوم بودن مدعی علیه است در صورتی که در دعوی مدعی علیه معلوم نباشد چنین دعوی صحت ندارد به طور مثال در دعوی مدعی گفته شود:

^{۶۸} . علم ستانکزی، محمد ظریف. اصول محاکمات مدنی، ص ۵۷.

^{۶۹} . همان، ۵۷ و ۵۸.

که بالای اهل این قریه یا اهل این دفتر به مبلغ ده هزار افغانی قرض دارم و فعلاً برایم تادیه نمی نماید در این صورت دعوی مدعی صحت ندارد به خاطر عدم متحقق شدن شرط فوق دعوی اما اینکه مدعی دعوی خویش را تصحیح نماید و مدعی علیه را معلوم نماید و بگوید در دعوی خویش که از جمله اهل این قریه من بالای خالد ولد محمود ولدیت قاسم مبلغ ده هزار افغانی قرض دارم و فعلاً برایم نمی دهد چنین دعوی صحیح میباشد.

در مورد این شرط ماده (۱۶۱۷) مجله الاحکام ذیلاً تصریح میدارد:

(یشتراط ان یکون المدعی علیه معلوماً بناءً علیه اذا قال المدعی: لی علی احد من اهل القرية الفلانية او علی اناس من اهلها مقدار کذا لا تصح دعواه و یلزم علیه تعیین المدعی علیه)

ترجمه: شرط است که مدعی علیه معلوم باشد، از این رو اگر مدعی می گوید من بالای یک نفر از اهل فلان قریه و یا فلان شهر، اینقدر طلب دارم چنین دعوی صحت ندارد و لازم است که مدعی علیه را معین بسازد).

برای این شرط به خاطری در دعوی بسیار اعتبار داده می شود زیرا که بعداً بالای همین دعوی سبب حکم قاضی استوار می باشد و هرگاه در دعوی مدعی شخص مدعی علیه معلوم نباشد بعداً حکم به الزام مدعی علیه اثری تنفیذی ندارد.

لیکن لازم نیست که مدعی اسم مدعی علیه را بداند.^{۷۰} اما شخص مدعی علیه را نشان دهد، اشاره کردن به مدعی علیه در صورت دعوی لازمی است به طور مثال مدعی در صورت دعوی خویش بگوید(مدعی علیه حاضر هذا جلسه قضائی ده هزار افغانی از من مدعی مقروض می باشد و فعلاً پولم را نمی دهد...)^{۷۱}

۱۱- شرط حاضر بودن خصم در مجلس قضاء

در جریان دعوی حضور خصم یک امر لازمی است، خصم در جریان دعوی باید حاضر باشد تا دعوی مدعی را استماع نماید و در جواب دعوی مدعی نظر خویش را به تأیید یا انکار دعوی مدعی ابراز دارد، تا بعداً محکمه در روشنائی قوانین نافذہ اصدار حکم در حضور خصمین مبادرت ورزد.

در مورد ماده (۲۰۴) قانون اصول محاکمات مدنی به دو رکن عمده محاکمه اشاره می نماید که یکی آن عبارت از حضور خصم(مدعی علیه) است، ماده متذکره چنین تصریح میدارد:

(مدعی و مدعی علیه مکلف اند که خود یا وکیل، ولی، وصی یا قیم آنها با اسناد مربوط به محکمه حاضر شوند)^{۷۲}

۷۰. حیدری، علی، درالحکام شرح مجلة الاحکام، ج ۴ ص ۱۵۸
۷۱. علم ستانکزی، محمد ظریف. اصول محاکمات مدنی، ص ۵۸ و ۵۹.
۷۲. قانون اصول محاکمات مدنی، همان.

متن ماده فوق به یک موضوع دیگر نیز اشاره می نماید که هرگاه مدعی علیه حاضر جلسه قضائی نگردد باید نایب (ولی، وصی یا قیم) خویش را به محکمه به خاطر جواب دعوی مدعی بفرستد، عین مطلب در ماده (۱۶۱۸) مجله الاحکام نیز صراحت دارد:

(یشترط حضور الخصم حين الدعوى و اذا امتنع المدعى عليه من الحضور الى المحكمة او ارسال وكيل عنه...)

ترجمه: شرط است که در دعوی خصم حاضر باشد اگر مدعی علیه از حضور خود یا ارسال وکیل خویش به محمه امتناع ورزد...

کیفیت دعوی بالای مدعی علیه غایب.

چینکه مدعی دعوی خود را به محکمه اقامه نماید، خواهان حل و فصل آن میگردد لیکن مدعی علیه غالباً علاقه بحضور محکمه ندارد و از همین جهت فقها در فرق بین مدعی و مدعی بیان میدارند که:

(المدعى من لا يجبر على الخصومة و المدعى عليه من يجبر على الخصومة)^{۷۳}

مدعی مجبور به خصومت نمیشود لیکن مدعی علیه مجبور به خصومت میشود (جلب میگردد) روی همین قاعده و اصل فوق است که مدعی علیه نسبت خاصیت کناره گیری به خصومت مجبور کرده میشود، از نظر فقهی و قانون مدعی علیه جلب و احضار میگردد برای مدعی علیه طبق حکم ماده (۱۲۸ و ۱۳۰) قانون اصول محاکمات مدنی جلب ارسال میگردد تا بروز معینه در جلسه قضائی حاضرگردد.

اگر خواسته باشیم که کیفیت دعوی بالای مدعی علیه غایب را مورد بررسی قرار دهیم در این مورد دیدگاه فقه و قانون هر دو را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

جزء اول: دیدگاهی فقه در کیفیت دعوی بالای مدعی علیه غایب

کتاب فقه از نامه حضرت عمر (رض) که به ابو موسی اشعری (رض) قاضی کوفه ارسال نموده بود، در مورد حکم غیابی منبع میگیرد که حکم بالای غایب جواز دارد در مورد به همان قسمت از نامه حضرت عمر (رض) اشاره مینماییم.

(کسیکه ادعای حق غائب را مینماید و یا ادعای موجودیت دلایل و شواهد را دارد برایش میعاد تعیین نما و مهلت ده تا به آن برسد، تا اگر بتواند مدعایش را ثابت سازد حقش را برایش بدهی، در غیر آن اصدار حکم را علیه وی روا داشته ئی، با این شیوه عذر قاضی ظاهر و اشتباه مرفوع میگردد.)^{۷۴}

در کتاب حاشیه ابن عابدین شرح رد المختار علی در المختار در مورد حکم بالای مدعی علیه غایب بیان میدارد که:

۷۳ . ابن نجیم، زین الدین، بحر الرائق شرح کنز الدقایق ج ۷ ص ۲۱
۷۴ . الاتلسی، طاهر محمد الاتلسی، شرح مجله الاحکام العدلیه، ج ۴ ص ۵

(فتوی: بجواز قضاء بالای غایب عین قضاء بالای غایب است، تفسیر وکیل مسخر را طوری نموده است که: تعیین مینماید قاضی برای غایب وکیل تا وکیل تعیین شده بشنود دعوی خصم را، یکی از شروط حکم بالای غایب اینست که اگر شخصی برای قاضی بگوید که من بالای فلانی حقی دارم و او در منزل خود پنهان است، قاضی برای والی آن منطقه مکتوبی مینویسد مبنی بر احضار مدعی علیه هرگاه حاضر نشد قاضی رسولی میفرستد برای مدعی علیه همراه دو نفر شاهد و ندا میکند رسول در حضور دو نفر شاهد به مدعی علیه سه روز در هر روز سه بار (ای فلانی ابن فلانی) قاضی برایت می فرماید که حاضر شوید در فلان مجلس قضاء و اگر حاضر نشوی قاضی برایت وکیل تعیین مینماید و همچنان بینه را نیز علیه تو از جانب مدعی قبول مینماید و هرگاه از خانه خود خارج نشود و به محکمه حاضر نشود پس قاضی برایش وکیل تعیین مینماید و استماع مینماید شهود مدعی را و حکم میکند قاضی علیه غایب در حضور وکیل اش)^{۷۵}

از دیدگاه صاحب کتاب حاشیه ابن عابدین جواز دارد حکم کردن بالای مدعی علیه غایب اما مشروط براینکه برای غایب جلب و احضار او از جانب قاضی اعلام شود و هرگاه جلب مدعی علیه برایش اعلام نشده باشد در اینصورت جواز ندارد حکم بالای غایب و همچنان شرط است تا وکیل مسخر برای غایب تعیین گردد تا ارکان محاکمه تکمیل گردد و وکیل مسخر نیز از حقوق غایب دفاع نماید در اینصورت عدالت تامین میگردد زیرا هدف فقها معلوم است که همانا تامین عدالت است از همین رو قانون اصول محاکمات مدنی از متون فقهی استفاده نموده است و اجازه داده است حکم را بالای مدعی علیه غایب، قانون متذکره طی فصل نهم احکام غیابی را انعکاس داده است که متعاقبا اشاره خواهد شد.

در مورد جلب مدعی علیه و عدم حضور او پیامبر (صلی الله علیه وسلم) میفرماید:

((من دعی الی حکم حاکم فلم یجب فهو ظالم))^{۷۶}

کسیکه جلب شود بنزد قضاوت قاضی و جواب ندهد یا حاضر نشود آن شخص ظالم است.

در متن حدیث به مدعی علیه که از جانب قاضی جلب میگردد لیکن از جلب قاضی ترمد مینماید و حاضر نمیگردد دیانتاً مرتکب معصیت شده است، زیرا کلمه ظالم بالای شخصی اطلاق میگردد که مرتکب معصیت شده باشد حتی فقها در صورت عدم حضور مدعی علیه به جلب قاضی، برای قاضی اجازه میدهد، مجلوب را که بدون عذر حاضر نگردیده باشد تعزیر نماید.

در مورد با تبعیت از کتب معتبر فقه حنفی مجله الاحکام نیز حکم بالای شخص غایب را جواز داده است و طی چند ماده در ضمن احکام فوق کتب فقهی را انعکاس داده است که عبارت اند از:

ماده (۱۸۳۳) مدعی علیه از جانب قاضی به اثر تقاضا و درخواست مدعی، دعوت میشود. اگر او از آمدن ویا فرستادن وکیل به محکمه بدون اینکه کدام عذر شرعی داشته باشد، امتناع ورزد، به حضور محکمه مجبور ساخته میشود.

^{۷۵} . الدسوقی، احمدین عرفه، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۸
^{۷۶} . اخرجہ البیهقی فی السنن الکبری ج ۱۰ ص ۲۳۶

ماده (۱۸۳۴): اگر مدعی علیه از آمدن به محکمه و از فرستادن وکیل خویش به آنجا خود داری کرد و حضارش میسر نشد، به محکمه خواسته شود به این ترتیب که تا سه بار ورقه اطلاعیه مخصوص در روز های جداگانه به او فرستاده شود و از او خواسته شود که به محکمه حاضر گردد. اگر باز هم حاضر نشد تفهیم شود که اگر نیاید و وکیل خود را نیز نفرستد، محکمه به جای او وکیلی تعیین میکند و دعوی مدعی را مورد استماع و بررسی قرار میدهد به همین ترتیب اگر باز هم حاضر نشد و وکیل خود را هم نفرستاده قاضی به جای مدعی علیه وکیل تعیین کند تا حقوق او را حفظ نماید و دعوی و شهود را به حضور وکیل نصب شده استماع نماید.

ماده (۱۸۳۵): حکم غیابی طوریکه توضیح بعمل آمده به مدعی علیه ابلاغ میگردد.

ماده (۱۸۳۶): وقتیکه محکوم علیه حکم غیابی به محکمه حاضر شده و به آنطور دعوی تشبث کرد که صلاحیت دفع دعوی مدعی را داشت و طوری تفصیل داد که موجب دعوی میگردد، مورد استماع قرار گیرد. و اگر بدعوی دفع تشبث نشد و یا به آنطور دعوی تشبث گردید که صلاحیت دفع را نداشت حکمیکه غیاباً صادر شده است نافذ و جاری میگردد.^{۷۷}

جزء دوم: دیدگاهی قانونی در مورد کیفیت دعوی بالای مدعی علیه غایب.

قانون اصول محاکمات مدنی نیز به دو رکن عمده محکمه اشاره مینماید که یکی آن عبارت از حضور خصم(مدعی علیه) است، در ضمن حکم ماده (۲۰۴) چنین تصریح میدارد:

(مدعی و مدعی علیه مکلف اند که خود یا وکیل، ولی، وصی یا قیم آنها با اسناد مربوط به محکمه حاضر شوند.)

متن ماده فوق به یک موضوع دیگر نیز اشاره مینماید که هرگاه مدعی علیه حاضر جلسه قضائی نمیگردد باید نایب (وکیل، ولی، وصی یا قیم) خویش را به محکمه به خاطر جواب دعوی مدعی بفرستد.

شرط متذکره به یک رکن قضاء تمرکز دارد، به همین منظور سوال مطرح میگردد. هرگاه مدعی علیه به دعوی مدعی نزد محکمه حاضر نشود و همچنان نایب (وکیل، ولی، وصی، یا قیم) خویش را هم به خاطر دفع دعوی مدعی به محکمه نفرستد در اینصورت چگونه اجراءات صورت میگیرد؟

به پاسخ در این مورد قانون اصول محاکمات مدنی صریحاً قواعد را وضع نموده است و موضوع محکمه غیابی را طی فصل نهم خود اساس میگذارد که به هر کدام از مواد متذکره طی احکام متعدد ذیلاً اشاره خواهیم نمود.

اول: حضور حکمی مدعی علیه غایب.

هرگاه مدعی علیه در جریان جلسات قضائی حاضر و به حق مدعی اقرار نموده باشد از اینکه اقرار هم در دعاوی از جمله وسایل اثبات حق محسوب میگردد لیکن در زمان صدور حکم خود را کناره نماید و

^{۷۷}. مجله الاجکام العدلیه، .

یا هم بعداز شهادت شهود و استماع آنها از جانب قاضی در حضور مدعی علیه صورت گرفته باشد، لیکن مدعی علیه خود را در زمان اصدار حکم قضائی غایب نماید در این حالت طبق حکم قانون اصول محاکمات مدنی ضرورت به وکیل مسخر نمی باشد محکمه به حضور حکمی مدعی علیه غایب اکتفا نموده اصدار حکم مینماید که این موضوع را قانون اصول محاکمات مدنی در ضمن ماده (۱۵۵) چنین بیان میدارد:

(هرگاه مدعی علیه بعداز اقامه دعوی مدعی، اقرار کند و در وقت صدور حکم خود را کناره نماید یا بعداز شهادت شهود غایب گردد، محکمه در هر دو صورت مدعی علیه را حاضر حکمی دانسته در موضوع اصدار حکم مینماید.)^{۷۸}

دوم : جلب مدعی علیه و عدم حضور آن

اصولاً هرگاه مدعی استدعا خود را به محکمه تقدیم نماید و خواهان حل و فصل قضیه خود از جانب محکمه گردد و محکمه بنابر تعریف و منطق تأسیس خویش باید در مورد موضوع به قطع منازعه حکم نماید، بنابراین محکمه باید مدعی علیه را جلب و ادعای مدعی را برایش تقدیم نماید که در مورد مدعی علیه چی میگوید، اما گاه گاهی واقع میگردد که مدعی علیه از حضور به محکمه امتناع میورزد لیکن مدعی بر ادعا و حق خود ذریعه حل و فصل قضائی موضوع اصرار دارد محکمه براساس احکام قانون اصول محاکمات مدنی طی فصل هشتم در مورد جلب و احضار، برای مدعی علیه جلب ارسال میدارد در صورت عدم حضور قبل از دوران دعوی یا بعداز دوران دعوی محکمه طبق حکم ماده (۱۴۵) قانون اصول محاکمات مدنی سه بار جلب را بطور متواتر ارسال و تکمیل مینماید و هرگاه باز هم مدعی علیه حاضر نشده محکمه طبق حکم ماده (۱۴۶) قانون اصول محاکمات مدنی موضوع جلب مدعی علیه غایب را به اعلان رادیو میدهد در صورت عدم حضور احکام غیابی بالایش تطبیق میگردد.

سوم: تعیین وکیل مسخر در محاکمه غیابی

در صورتیکه مدعی علیه بر علاوه جلب های متعدد به محکمه غرض حل و فصل موضوع خود بالانتر اعلان رادیو هم حاضر نگردد محکمه در این حالت برای مدعی علیه غایب وکیل مسخر تعیین مینماید تا رکن محاکمه تکمیل گردد طریقه تعیین وکیل مسخر به گونه است که:

الف) به اقارب درجه اول یا زوج و زوجه مدعی علیه غایب، محکمه وکالت غایب را تقدیم مینماید تا این اقارب او به محکمه حاضر شده و از حقوق مدعی علیه غایب در پیشگاه محکمه در مقابل دعوی مدعی دفاع نماید و هرگاه اقارب مدعی علیه غایب و زوج یا زوجه او از وکالت امتناع ورزند و یا هم اهلیت وکالت را نداشته باشند در اینصورت.

^{۷۸} . قانون اصول محاکمات مدنی، پشین.

ب) برای مدعی علیه غایب از اداره لوی حارنوالی، حارنوال منحصیث وکیل مسخر تعیین میگردد تا از حقوق غایب دفاع نماید، در مورد قانون اصول محاکمات مدنی در ضمن حکم مواد (۱۵۸ و ۱۵۹) ذیلاً چنین صراحت دارند:

(هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلاً حاضر نگردد و یا قبل از دوران دعوی یا بعد از آن غایب گردد و مدعی بحل و فصل موضوع اصرار ورزد محکمه با رعایت فصل هشتم این باب اجراءات و بعد از منقضی شدن میعاد معینه یکی از اقارب درجه اول، زوج یا زوجه غایب را وکیل تعیین و دعوی را رسیدگی مینماید).^{۷۹}

(در صورتیکه اقارب درجه اول غایب، یا زوجه وی حایز شرایط وکالت نبوده یا اقارب وی از قبول وکالت امتناع ورزد به اثر تجویز تحریری محکمه حارنوال مدنی را بحیث وکیل غایب تعیین و دعوی را رسیدگی مینماید.)

چهارم: طریقه تعیین وکیل مسخر در اوراق قضائی

رسیدگی دعاوی در محاکم ضرورت به اجراءات دارد و هر رسیدگی دعوی دارای اجراءات خاص خود میباشد، در تعیین وکیل مسخر برای مدعی علیه غایب نیز قانون اصول محاکمات مدنی رسیدگی معین را تعیین نموده است که تعیین وکیل مسخر توسط اوراق حکم که ورق های مخصوص قضائی است صورت میگیرد یعنی قاضی در قدم اول باید حکم به غیابت مدعی علیه را صادر نماید و ثانیاً بخاطر تکمیل رکن محاکمه باید وکیل مسخر تعیین نماید که این موضوع در قانون اصول محاکمات مدنی در ضمن حکم ماده (۱۶۰) چنین تصریح گردیده است:

(تعیین وکیل برای شخص غایب از طرف محکمه بداخل اوراق حکم صورت میگیرد این وکیل صلاحیت های دفاعی غایب را حایز میباشد).

پنجم: تعطیل رسیدگی قضائی بنا بر عذر مدعی علیه.

احکام فوق قانون مطلق نبود بلکه در بعضی موارد بخاطر عذر معقول مدعی علیه محکمه میتواند برای مدعی علیه قانوناً وقت بدهد و این وقت هم محدود به دو ماه است در صورت ضرورت محکمه میتواند مدتی متذکره را تمدید نماید چنانچه در مورد مواد (۱۶۱ و ۱۶۲) قانون اصول محاکمات مدنی چنین حکم مینماید:^{۸۰}

(در صورتیکه مدعی علیه غایب عذر معقول داشته و به محکمه اطلاع بدهد بغرض رفع عذر رسیدگی قضیه الی دو ماه معطل قرار داده میشود.)

(هرگاه مدتی تعطیل از دو ماه متجاوز گردد محکمه میتواند در رسیدگی قضیه با استفاده از وسایل ممکنه قانونی اقدام و در حالات خاص مدتی متذکره را تمدید نماید.)

^{۷۹}. قانون اصول محاکمات مدنی،

^{۸۰}. قانون اصول محاکمات مدنی،

ششم: حضور مدعی علیه بعد از تعیین وکیل مسخر

زمانیکه بعد از تعیین وکیل مسخر شخصی مدعی علیه حاضر شود در اینصورت صلاحیت وکیل مسخر زایل می‌گردد و محکمه در حضور شخص مدعی علیه دایر می‌گردد. لیکن اگر هدف مدعی علیه تعلل و اضرار به جانب مقابل باشد در این صورت جلسه محکمه در حضور وکیل مسخر دایر می‌گردد و حضور مدعی علیه غایب کدام اثری به محکمه وارد نمی‌نماید، قانون اصول محاکمات مدنی طبق حکم ماده (۱۶۳) در این مورد ذیلاً تصریح می‌دارد:

(هرگاه غایب بعد از تعیین وکیل از طرف محکمه حاضر گردد محکمه در حضور وی جریان می‌یابد. هرگاه غیابت وی مکرر و یا ناشی از تمرد و اضرار بطرف مقابل باشد این حضور اعتبار نداشته محاکمه در حضور وکیل تعیین شده از طرف محکمه ادامه می‌یابد.)

هفتم: محدودیت صلاحیت وکیل مسخر

وکیل مسخر صلاحیت دارد تا از حقوق غایب طوری دفاع نماید مانند اینکه خودش مدعی علیه حقیقی است و یا هم بطور واضح بیان گردد وکیل مسخر تمام صلاحیت‌ها را در حفظ حقوق مدعی علیه غایب دارا می‌باشد لیکن وکیل مسخر صلاحیت ندارد اجراءات را در حین محاکمه غیابی انجام دهد که به ضرر مدعی علیه غایب باشد در مورد مواد (۱۷۰ و ۱۷۳) قانونی اصول محاکمات مدنی ذیلاً تصریح مینماید:

(وکیل غایب صلاحیت اقرار، ابراء، اصلاح، قناعت و سایر اقداماتی را که به ضرر غایب تمام شود حایز نمی‌باشد صلاحیت وکیل تعیین شده از طرف محکمه با نظر داشت حکم ماده (۱۶۳) این قانون بعد از اطلاع و حاضر شدن شخص غایب ختم می‌شود)

(وکیل غایب و ممثل حقوق عامه در برابر حکم صادره محکمه صلاحیت قناعت را ندارد)

هشتم: ابلاغ و اطلاع دهی حکم قضائی برای مدعی علیه غایب

زمانیکه هر حکم قضائی از جانب محاکم در حل و فصل منازعات صادر می‌گردد باید به طرفین ابلاغ شود در محکمه غیابی هم باید حکم قضائی برای طرفین ابلاغ گردد از همین جهت است که حکم قضائی محکمه برای وکیل مسخر مدعی علیه غایب ابلاغ و برای مدعی علیه غایب اطلاع داده می‌شود. و همچنان هرگاه مدعی علیه غایب موجود نباشد؛ به اعضای فامیل اش یا به اداره محل بود باش او اطلاع داده می‌شود در مورد ماده (۱۷۲) قانون اصول محاکمات مدنی چنین حکم مینماید.

(احکام غیابی، به وکیل ابلاغ و به محکوم علیه اطلاع داده می‌شود در صورت عدم امکان ابلاغ به محکوم علیه اطلاع نامه به یکی از اعضای فامیل غایب تسلیم و در صورت عدم موجودیت اعضای فامیل به اداره بود و باش و یا اداره محل کارش سپرده می‌شود.)

۴- شرط معلوم بودن مدعی بها

در دعوی مدعی، معلوم بودن مدعی بها شرط است هرگاه مدعی بها در دعوی مدعی معلوم نباشد جهالت در دعوی بوده و جهالت در دعوی مواجه به بطلان دعوی میگردد در این شرط دعوی باید نوع جنس و اندازه مدعی بها و یا اوصاف مدعی بها معلوم گردد. در دعوی عقار ضروری است تا تحدید حدود اربعه ذکر گردد و موازی (مساحت) آن نیز ذکر گردد که بعداً در شرایط اختصاصی دعوی عقار (اموال غیر منقول) مفصلاً ذکر خواهیم نمود.^{۸۱}

در مورد این شرط دعوی ماده (۱۶۱۹) مجله الاحکام تصریح میدارد:

(یشترط ان یکون مدعی به معلوماً و لا تصح الدعوی اذا کان مجهولاً)

ترجمه: شرط است که مدعی به معلوم باشد لذا دعوی مجهول صحت ندارد.

قاعده فقهی فوق نیز در جهالت مدعی به، به عدم صحت آن حکم می نماید، در شرح مجله الاحکام الاتاسی از کتاب بحر الرائق چنین نقل می نماید:

(از اینکه مال مورد دعوی باید معلوم باشد دلیلش اینست که قاعده دعوی الزام است به اساس اقامت حجت (دلیل) و در مجهول الزام متحقق نمی شود).^{۸۲}

برای اینکه وظیفه قاضی فصل خصومات و قطع منازعات در بین طرفین دعوی میباشد، این وظیفه از جانب قاضی زمانی تحقق میابد که مدعی بها معلوم باشد و قاضی بالای آن اصدار حکم نماید، در غیر اینصورت حکم قاضی به جهالت مدعی بها اثر تنفیذی ندارد.

۵- شرط است که دعوی احتمال اثبات را داشته باشد:

در دعوی شرط است که احتمال اثبات را داشته باشد و هر آن دعوی که عقلاً و عادتاً احتمال اثبات را نداشته باشد صحت ندارد و قابل سمع نزد محکمه دانسته نمی شود. محال عقلی و محال عادتاً را در دو مثال ذیل واضح می سازیم:

الف) محال عقلی: مثلاً شخصی (۲۰) ساله بالای شخص (۴۰) ساله ادعاء می نماید که پسر او می باشد در این مثال عقلاً محال است که پسر از پدر بزرگتر در سن باشد.

ب) محال عادتاً: مثلاً شخصی فقیری که به فقر در جامعه مشهور است بالای شخصی که مشهور سرمایه داری ادعا می نماید که از او مبلغ (یک میلیون افغانی) از درک معامله تجارته بین او و تجار قرضدار است این دعوی مدعی (شخص فقیر) محال عادتاً است که قابل سمع نمی باشد.

در مورد این شرط دعوی مانند سایر شروط که قبلاً تذکر یافت نیز مجله الاحکام طی ماده (۱۴۲۹) خویش چنین تصریح می دارد:

^{۸۱} . علم ستانکزی، محمدظریف. اصول محاکمات مدنی، صفحات ۶۳- ۶۶ و قانون اصول محاکمات مدنی پیشین..

^{۸۲} . الاتلسی، شرح مجلة الاحکام، ج ۴ ص ۲۴

(بیشتر آن یکون المدعی به محتمل الثبوت بناء علیه لا یصح الادعاء بشیء وجوده محال عقلا او عادتاً)^{۸۳}

ترجمه: یکی از شرایط صحت دعوی این است که مال مورد دعوی محتمل الثبوت باشد بنابر آن اگر مدعی چیزی را ادعا کرد که عقلاً و عادتاً محال باشد ادعایش صحیح نمی شود.

۶- شرط است که دعوی امکان اثبات حکم را بالای مدعی علیه داشته باشد.

یکی از اثرات دعوی در صورت اثبات الزام مدعی علیه است، بنابراین شرط است تا دعوی امکان اثبات حکم را بالای مدعی علیه داشته باشد در غیر آن دعوی در صورت اثبات اثری تنفیذی را در قبال نخواهد داشت.

مثالهای بیشتر در این شرط دعوی وجود دارد که ذیلاً اشاره میگردد.

مثال اول: هرگاه مؤکل بالای وکیل در عزل اش از جانب وکیل، دعوی کند دعوی مؤکل قابل سمع نمی باشد زیرا که مؤکل صلاحیت عزل او را طبق احکام قانون دارد در این خصوص به سبب الزامی مدعی علیه ضرورت به دعوی دیده نمیشود.

مثال دوم: شخص به دیگری چیزی را به عاریت داد، شخص دیگر می آید و ادعای می کند که من از دوستان همان شخص (عاریت دهنده) می باشم باید به من مال عاریت داده شده دوستم را بدهد، در چنین دعوی نیز شرط متذکره متحقق نمی گردد و دعوی صحیح و قابل سمع نزد محاکم نمی باشد.

مثال سوم: یک شخص، شخصی دیگری را وکیل تعیین می نماید شخص سوم می آید و دعوی می نماید که من همسایه شما می باشم و در وکالت نسبت به شخص وکیل مقدمتر می باشم باید عوض او عقد وکالت را با من منعقد نمایند چنین دعوی نیز نسبت عدم امکان اثبات و الزام مدعی علیه صحیح نمیگردد.

شرط متذکره در ماده (۱۶۳۰) مجله الاحکام چنین تصریح گردیده است:

(بیشتر آن یحکم و یلزم المدعی علیه بشیء فی حالة الثبوت الدعوی...)

ترجمه: از شرایط صحت دعوی اینست که به اندازه ثبوت دعوی مدعی علیه ملزم و محکوم علیه قرار گیرد.^{۸۴}

۷- شرط است که دعوی در مجلس قضاء باشد

این شرط از جمله شرایط مکانی قضاء هم محسوب می گردد بر علاوه شرط مکانی از جمله شرایط دعوی می باشد دعوی باید در مجلس قضاء باشد، هرگاه دعوی در غیر از مجلس قضاء باشد به آن وصف حقیقی دعوی اطلاق نمی گردد اگر چه در کتاب در الاحکام شرح مجله الاحکام در ابتداء بحث

^{۸۳}. مرجع فوق ص ۲۴.

^{۸۴}. علم ستانکزی، محمدظریف. اصول محاکمات مدنی، ص ۶۷ و ۶۸ و شرح مجله الاحکام مرجع پیشین..

کتاب الدعوی در ضمن شروط دعوی شرط دعوی در مجلس قضاء را ذکر نموده، بعداً در توضیح مفصل، دیگر شروط را تذکر داده است، اما از این شرط ذکر ننموده است لیکن در تعریف دعوی یکی از قیود تعریف این بود که دعوی باید در مجلس قضا باشد و همچنان در کتاب فقه اسلامی دکتور وهبه زحیلی در شرط دومی دعوی اشاره داشته که دعوی باید در مجلس قضاء باشد و تذکر می نماید که دعوی در غیر مجلس قضاء صحیح نمی باشد.^{۸۵}

در این شرط قید گردیده است که دعوی در مجلس قضاء باشد نه نزد قاضی به خاطر که در قضاء قیود زمانی و مکانی شرط است تاکید در شرط متذکره به قید مکانی و زمانی قضاء بیشتر تمرکز دارد.

در امثله های ذیل می توانیم خوبتر موضوع را واضح سازیم:

مثال اول- شخصی بالای شخص دیگری ادعا نمود، شخصی مدعی به خاطر حل و فصل دعوی خویش به نزد قاضی در منزل او رفته تا قاضی در منزلش دعوی او را رسیدگی نماید چنین دعوی چون در غیر مکان قضاء است شرط صحت دعوی متحقق نمیگردد پس چنین دعوی صحت ندارد و قانوناً چنین موضوع را وصف قانونی دعوی داده نمی توانیم.

مثال دوم- شخصی مدعی به نزد قاضی در محکمه رفته به ساعت (۶) بجه عصر تا دعوی او را حل و فصل نماید چون قید زمانی از نظر وقت رسمی که به کارمندان دولت مدنظر گرفته شده است نسبت به فصول مختلف سال از ساعت (۴:۳۰) عصر بیشتر نمی باشد و قاضی هم چون یکی از جمله کارمندان دولت است وظیفه اش از این ساعت مستثنی نیست چنین دعوی نیز قابل سمع نیست و نسبت نبودن شرط مجلس قضاء بنابر قید زمان دعوی درست نمیباشد.

در مورد این شرط دعوی قانون اصول محاکمات مدنی در ضمن ماده (۴۹۵) تصریح میدارد: (قضاوت قاضی با نظر داشت زمان، محل، موضوع و حادثه تقیید، تخصیص و تجزیه شده می تواند).^{۸۶}

۸- شرط است تا در دعوی تناقض نباشد.

در دعوی مدعی باید تناقض نباشد هرگاه در دعوای مدعی تناقض موجود گردد چنین دعوی صحت ندارد، چنانچه در مورد ماده (۱۶۱۵) ملجۀ الاحکام چنین صراحت دارد:

(التناقض هو سبق کلام من المدعی مناقض لدعواه ای سبق کلام موجب لبطلان دعواه)

ترجمه: تناقض عبارت است از گفته سابق مدعی که با دعوی اش متناقض باشد یعنی کلام سابق موجب بطلان دعوی می گردد.

تناقض در لغت: به معنای تدافع است. گفته می شود آن دو نفر با یکدیگر تناقض کردند یعنی یکدیگر را دفع نمودند، به این معنی که هر یک شان حرف آن دیگری را شکستاندند.

^{۸۵}. زحیلی، دکتور وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۸ ص ۵۹۸۰.

^{۸۶}. قانون اصول محاکمات مدنی، مرجع پیشین.

تناقض در اصطلاح: مدعی در کلام خویش مطلبی را به حضور قاضی بر زبان آورده که بعضی از بیانش بعضی دیگری را ابطال کند.

تناقض به دو نوع است:

الف) تناقض در دعوی: عبارت از تناقض است که قاضی را منع مینماید از شنیدن دعوی بدون اینکه مدعی و یا مدعی علیه را به اقامه شهادت و یا قسم مکلف بسازد، این تناقض وقتی متحقق می شود که هر دو بیان متناقض به محضر قضاء افاده شود.

مانند اینکه: شخص ادعاء می کند که این مال مشخص (عین) را از فلانی خریده ام و باز ادعاء می کند همان مال برای من به ارث مانده است، به مجردیکه این دو بیان متناقض به حضور قاضی افاده شود، قاضی مدعی را از دعوی باز میدارد.

ب) تناقض در کلام: این نوع تناقض عبارت است از اینکه قاضی دعوی را شنیده اما به سبب دیگری دعوی رد می شود، این موضوع در صورتی تحقق میابد که تنها افاده دومی به حضور قاضی صورت گرفته باشد به طور مثال شخصی مال مشخصی (عینی) را که به تصرف دیگری است، ادعا کرده و می گوید، این مال از من است و به من میراث مانده است.^{۸۷} بعد از آن مدعی علیه به اثبات می رساند که مدعی مذکور قبل از دعوی خواهش خریداری همین مال را کرده بود در حالیکه قاضی دعوی مدعی را قبلاً شنیده است قاضی در صورت تناقض دعوی او را رد می کند.

ب: شرایط خصوصی دعوی

در بخش (الف) به شرایط عمومی دعوی مکماً اشاره شد در این بخش از بحث خویش به شرایط بعضی از دعاوی به شکل نمونه و مثال اشاره خواهیم نمود.

هر دعوی شرایط صحت به خصوص خود را دارد که تحت عنوان شرایط خصوصی دعوی مورد مطالعه قرار می گیرد.

در شرط چهارم از شرایط عمومی دعوی به معلوم بودن مدعی بها اشاره نمودیم که شرایط خصوصی دعوی بیشتر به خاطر تأمین همین شرط عمومی دعوی مطرح میگردد یا به عباره دیگر منبع شرایط خصوصی دعوی بیشتر به خاطر تأمین همین شرط عمومی دعوی مطرح میگردد یا به عباره دیگر منبع شرایط خصوصی دعوی به شرط چهارم از شرایط عمومی دعوی استوار می باشد که عبارت از معلوم بودن مدعی بها است.

اما شرایط خصوصی دعوی نسبت به خصوصیات هر دعوی فرق می نماید که ذیلا در ضمن ارقام جداگانه به آن اشاره خواهیم نمود.

۱- شرایط اختصاصی صحت دعوی عقار (اموال غیر منقول)

^{۸۷}. الاتاسی، شرح مجلة الاحکام، ج ۴ ص ۱۲.

در دعوی عقار دو شرط بیشتر مد نظر گرفته می شود:

الف) تحدید مدعی بها:

در دعوی عقار شرط است تا حدود اربعه عقار تحدید شود، زیرا که احضار مدعی بها عقار در مجلس قضاء امکان ندارد.^{۸۸} هرگاه سه حد در دعوی عقار ذکر گردد و حد چهارم ذکر نگردد باز هم دعوی درست می باشد، اما اگر در ذکر حدود اشتباه شود در اینصورت دعوی، درست نمی باشد و اگر زمین مثلث شکل.^{۸۹} (سه کنجی) باشد ذکر سه حد درست می باشد زیرا حد چهارمی در چنین عقار وجود ندارد.

ب) ذکر اسم ولد ولدیت اصحاب حدود:

در دعوی عقار شرط است که در ضمن تحدید حدود اربعه ذکر اسماء صاحبان حدود را با ذکر ولد آنها، مدعی در صورت دعوی تذکر دهد، به نزد امام ابوحنیفه (رح) شرط است ذکر ولدیت (اسم جد) صاحبان حدود اربعه نیز، اما اگر شخصی مشهوری صاحب حدی از حدود اربعه مدعایها عقار باشد صرفاً به ذکر نام آن اکتفا صورت گیرد دعوی درست است.^{۹۰}

به طور مثال مدعی در دعوی خویش حد شرقی را چنین بیان می دارد:

مدعایها شرقاً متصل است به زمین مملوکه محمد خالد وزیر تحصیلات عالی.

اما در این قسمت هم شرط است که وصف شهرت و منصب شخص ذکر گردد. زیرا وصف منصب او را نسبت به سایر اشخاص به شهرت رسانیده است.

۷- شرایط اختصاصی صحت دعوی شفع

در شفع براساس ماده (۲۲۲۷) قانون مدنی مطالبه شفع به سه طریق صورت می گیرد.

۱- طلب مواثبت (مبادرت)

۲- طلب اشهاد (تقدیر)

۳- طلب تملک (دعوی)

هرکدام از طالبات در دعوی شفع در مواد (۲۲۳۰-۲۲۲۹-۲۲۲۸) قانون مدنی توضیح گردیده است که هدف ما طلب سوم (طلب تملک دعوی) است و ماده (۲۲۳۰) قانون مدنی چنین توضیح گردیده است.

ماده ۲۲۳۰:

^{۸۸} هدایة کتاب الدعوی ج ۳ ص ۲۰۰.

^{۸۹} مولوی عبدالباقی، رهنمای وثایق سجلات دعوی محاکم ص ۴۲

^{۹۰} هدایة کتاب الدعوی ج ۳ ص ۲۰۰

(۱) طلب تملک عبارت از مخاصمت است در پیشگاه محکمه.

(۲) هرگاه شفع به اساس طلب میادرت و طلب اشهدا به گرفتن مییعه قادر نگردد، مکلف است درخلال یکماه از تاریخ علم او برای هر یک از بایع و مشتری مبنی بر رغبت خود به خریداری مییعه به طریق شفع، اخطار رسمی صادر نماید ودر غیر آن حق شفع او ساقط می شود.^{۹۱}

بر اساس صراحت ماده فوق هرگاه مدعی بعد از طلب میادرت (احتجاج کردن) به عقد بیع و یا طلب اشهدا (گرفتن شهود در مورد اینکه او به این عقد بیع به سبب شفع بین بایع و مشتری رضایت ندارد) در خلال یکماه بعد از علم او بر عقد، دعوی ننماید شرط خصوصی دعوی شفع متحقق نمی گردد و چنین دعوی شفع در نزد محکمه قابل رسیدگی نمی باشد.

۸- شرایط اختصاصی صحت دعوی میراث

در دعوی میراث نیز یک سلسله شروط اختصاصی موجود می باشد که ذکر آن در دعوی میراث شرط است و هرگاه چنین شروط وجود نداشته باشد دعوی صحیح نمی باشد شرایط خصوصی دعوی میراث عبارت اند از:

۱- شرط است که موت مورث را بیان نماید بعد از ذکر اسم و نسب او؛

۲- شرط است که متروکه مدعی بها را مشرحاً بیان نماید با بیان جرارت (تقسیم متروکه به ورثه)

۳- شرط است هرگاه دعوی ارث به سبب اخوت یا عمومیت یا جدیت باشد ذکر این مطلب که پدری است یا مادر و یا هر دو.^{۹۲}

۴- وثیقه حصر وراثت باید وجود داشته باشد که توسط آن ثابت گردد مدعی از جمله ورثه مستحق الارث مورث (متوفی) است. همچنان در صورت دعوی شرط است که شماره حصر وراثت و محکمه مرتبه آنرا تذکر دهد.

۹- شرایط اختصاصی صحت دعوی فسخ عقد به سبب اکراه

عقد از نظر اصول حقوقی دارای ارکان و شرایط به خصوص خود می باشد که از جمله رکن عقد بیع عبارت است از ایجاب و قبولی به رضایت هرگاه در عقد بیع رضایت وجود نداشته باشد و توسط اکراه صورت گرفته باشد اگر چه این اکراه مادی، معنوی یا تام و یا ناقص باشد عقد فاسد می گردد که در مورد مواد (۵۵۱-۵۶۱) قانون مدنی صراحت دارد.

بناءً هرگاه عقد فاسد گردد به سبب اکراه یکی از متعاقبین و جانب دیگر صحت عقد را توسط ارکان (ایجاب و قبول) تمسک نماید، در این صورت طبعیاً دعوی به وجود می آید در چنین دعوی باید شرایط ذیل مدنظر گرفته شود:

^{۹۱} . قانون مدنی، مرجع پیشین.

^{۹۲} . مولوی عبدالباقی کتاب رهنمای وثایق و سجلات دعاوی محاکم ، ص ۴۹

۱- شرط است که بیان نماید اصل عقد بیع به اکراه واقع گردیده است؛

۲- شرط است که ذکر نماید تسلیم مبیعه نیز به اکراه واقع گردیده است؛

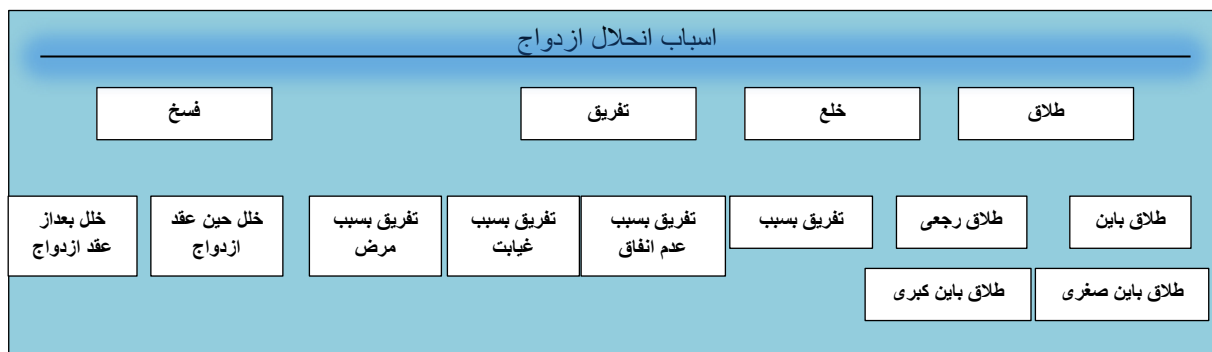
۳- اگر ثمن مبیعه گرفته شده باشد شرط است که مدعی بگوید ثمن مبیعه را نیز به اکراه گرفته است؛

۴- شرط است مدعی ذکر نماید شخصیکه بالایم فشار وارد نمود به تهدید قتل یا ضرب شدید یا حبس بوده و مکره مذکور قادر به انجام دادن این اعمال بود و نیز من می ترسیدم و ظن غالب داشتم بر تحقق قتل یا ضرب شدید یا حبس و به اثر آن عقد بیع را منعقد نمودم؛

۵- شرط است که مدعی ذکر نماید عقد مذکور به حضور شخصی که اکراه نموده و یا به حضور شخص که اکراه به او تعلق داشته واقع گردیده زیرا اگر عقد در غیاب آنها واقع گردد اکراه اعتبار ندارد.^{۹۳}

۱۰- شرایط اختصاصی صحت دعوی نکاح او اسباب انحلال ازدواج

ازدواج یک امر مشروع می باشد و به خاطر بقاء نسل بشریت به شکل شرعی و قانونی استوار و یک عقد استمراری می باشد که توسط آن طرفین در زندگی مشترک با هم معاشرت زوجیت خویش را استمرار می بخشند اما در بعضی حالات نسبت بعضی اسباب امکان انحلال آن به وجود میآید قانون مدنی طی مواد متعدد خویش به اسباب انحلال ازدواج با تبعیت از فقه اسلامی اشاره داشته است که در ضمن چارت ذیل به آن اشاره می نمایم و هدف از اشاره اسباب انحلالی ازدواج این است که هر کدام در ذات خویش موضوع دعوی قرار گرفته می توانند بناءً دارای شرایط خاص خویش نیز می باشند.



^{۹۳}. رهنمای وثایق و سجلات دعاوی محاکم ص ۲۵

بخاطر که دعاوی فوق الذکر ناشی از نکاح صحیح شرعی می باشد و مشابهت بیشتر با هم دارند و حتی در بعضی از شرایط با هم مشترک می باشند بناءً به شرایط اختصاصی بعضی آنها ذیلاً اشاره خواهیم نمود:

شرایط اختصاصی صحت دعوی نکاح

هرگاه دعوی بالای نکاح صحیح شرعی دایر باشد شخص مدعی مکلف است تا شرایط اختصاصی که ذیلاً اشاره می گردد در صورت دعوی خویش انعکاس دهد:

۱- ذکر رکن عقد نکاح لفظ ایجاب و قبول؛

۲- ذکر شرط عقد نکاح که نکاح در حضور دو نفر شاهد که دارای اوصاف عقل، بلوغ و اسلام می باشند صورت گرفته و شاهدان موصوف کلام هر دو عاقد را سمع و شنیده باشند؛^{۹۴}

۳- شرط است که کلام ایجاب و قبول از هر دو طرف متعاقبین استماع گردیده باشد و بالأخره همین ایجاب و قبول عقد نکاح متنازع فیہ منعقد گردیده باشد.

۴- شرط است که مدعی زمان و مکان نکاح را ذکر نماید؛

۵- شرط است که ثمره ازدواج را ذکر نماید که چند اولاد پسر و چند دختر است و ذکر عمر آنها نیز شرط می باشد.

- شرایط صحت دعوی طلاق

هرگاه زوجه به نزد محکمه دعوی مبنی بر طلاق از جانب زوج اش را دایر نماید لازم است در صورت دعوی خویش بر علاوه شرایط متذکره که در بخشی دعوی نکاح اشاره شد شرایط آتی را نیز مدنظر گیرد.

۱- شرط است در صورت دعوی ذکر گردد که زوج طلاق دهنده عاقل و بالغ و در حالت بیداری بود؛

۲- براساس حکم قانون مدنی افغانستان طلاق در حالت غضب واقع نمی گردد پس شرط است که در صورت دعوی ذکر گردد که طلاق در حالت عادی و نورمال از جانب زوج واقع گردیده است؛

۳- ذکر الفاظی که زوج توسط آن به زوجه طلاق داده است.^{۹۵}

شرط صحت دعوی تفریق

در شرایط صحت دعوی تفریق نیز با نظر داشت شرایط دعوی نکاح شرط است تا نوع تفریق را ذکر نماید با ذکر سبب آن مانند اینکه هرگاه تفریق به سبب عیب باشد ذکر عیب زوج از قبیل عنین بودن یا

^{۹۴} . ستانکزی، اصول محاکمات مدنی، ۷۳ و ۷۴.

^{۹۵} . مولوی عبدالباقی، رهنمای وثایق و سجلات دعاوی محاکم ص ۶۶.

خصی بودن او ذکر گردد. یا دعوی تفریق به سبب عدم انفاق دایر باشد ذکر میعاد عدم تادیه نفقه از جانب زوج ذکر گردد و یا هم هرگاه دعوی تفریق به سبب غیابت باشد ذکر میعاد غیابت زوج ذکر گردد.

۱۱- شرایط اختصاصی صحت دعوی حضانت

در دعوی حضانت شرایط ذیل ضروری است:

۱- هرگاه حاضنه زن اول که عبارت از مادر است نباشد شرط است که مدعی در دعوی خویش درجه قرابت را با طفل ذکر نماید و همچنان تذکر دهد که حاضنه قبلی فوت نموده یا اهلیت حضانت را ندارد و یا هم از حق خویش تبرع نموده است.

۲- شرط است که در دعوی حضانت پسر سن هفت سالگی و دختر سن نو سالگی را تکمیل ننموده باشد.

فصل دوم

اقرار و اسناد

این فصل دارای دو مبحث میباشد که در مبحث اول آن اقرار، و در مبحث دوم آن اسناد مورد تحلیل و بررسی قرار میگیرد.

مبحث اول

اقرار

مطلب اول: تعریف، حجیت، ارکان و شرایط اقرار

تعریف اقرار

اقرار در لغت: ضد جحد بمعنی اثبات و اعتراف آمده است.^{۹۶}

در اصطلاح فقهاء: اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیره ضرر خود. عین تعریف فوق در ماده (۱۵۷۲) مجله الاحکام عدلی نیز صورت گرفته است.^{۹۷}

اقرار در ماده ۱۰۰۱ قانون مدنی افغانستان چنین تعریف شده است: اقرار عبارت است از اعتراف خصم نسبت به حق غیر بالای خودش در محکمه: در ماده ۲۷۳ اصول محاکمات مدنی افغانستان اقرار چنین تعریف شده است: اقرار عبارت از اخبار بامری است در محکمه که بقای دعوی و یا حالتی را علیه مقرر ثابت سازد.

مقایسه تعریف بین دیدگاه فقهاء و قانونگذار

وقتی تعریف اقرار از دیدگاه فقهاء و قانون گذار افغانی مورد مقایسه و مقارنه قرار گیرد درمی یابیم که قانون گذار مجلس قضاء یا محکمه را در تعریف اقرار شرط می داند یعنی اقرار خارج از محکمه و بدون حضور قاضی دلیل اثبات شده نمی تواند چنانچه ماده (۲۷۳) اصول محاکمات مدنی چنین وضاحت

^{۹۶} این فارس معجم المقاییس اللغة، ج ۵، ص ۸- مختار الصحاح، رازی ص ۵۶.

^{۹۷} این نجم، البحر الرائق شرح کثر دقائق، ج ۴ ص ۲۴۹- درالحکام شرح مجله الاحکام، حیدری ج ۴ ص ۷۰.

دارد: اقرار عبارت از اخبار بامری است در محکمه که بقای حق طرف دعوی و یا حالتی را علیه مقرر ثابت سازد، همچنان قید مجلس قضاء یا محکمه در ماده (۱۰۰۱) قانون مدنی نیز تذکر یافته است که قبلاً بیان شد.^{۹۸}

اما فقهاء در مجموع مجلس قضاء یا محکمه را در تعریف اقرار بیان نمی‌دارند. بناءً این توهم می‌رود که اقرار خارج از محکمه نظر به تعریف فقهاء دلیل اثبات شده می‌تواند، اما اگر رویه قضایی از صدر اسلام تا الحال را مورد مطالعه قرار دهیم دیده می‌شود که اقرار همیشه در محاکم اسلامی در حضور قاضی بوده است و اقراریکه در خارج محکمه صورت گرفته باشد نیاز به اثبات به شاهد را در محکمه دارد. اما نظر به تعریف قانون‌گذار، اقرار خارج از محکمه دلیل اثبات شده نمی‌تواند.^{۹۹}

حجیت اقرار (مجوز شرعی و قانونی)

الف- مجوز شرعی:

اقرار در قرآن کریم، سنت پیامبر(صلی الله علیه و سلم و اجماع امت اسلامی بعنوان دلیل اثبات دعوی شناخته شده است که ذیلاً به ترتیب پیرامون هر یک بحث می‌نمائیم.

۱- در قرآن کریم در سوره آل عمران و قتیکه که الله جل جلاله از رسولانش میثاق و پیمان می‌گیرد

چنین می‌فرماید: «قَالَ أَقْرَبْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَيَّ دَلِيمًا لَكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَبْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ».^{۱۰۰}

ترجمه: آیا اقرار نمودید و عهد و پیمان مرا گرفتید؟ پیامبران گفتند بلی، گفت: پس گواهی دهید

و من همراه شما از جمله شهادت دهندگان هستم! همچنان در سوره نساء چنین می‌خوانیم: « يَا

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ»^{۱۰۱}، ترجمه: ای ی مومنان بر پا

دارنده گان عدلی باشید اگرچه به ضرر خود تان باشد. شهادت بر نفس به معنی اقرار است.

۲- در سنت پیامبر اسلام دیده می‌شود که به اقرار و اعتراف اشخاص صادر شده است چنانچه در

قضایای ضد اخلاقی (زنا) در مورد ماعز و غامدیه بر مبنای اقرار شان حکم صادر شده است و

در حدیث چنین آمده است: (واغديا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها)^{۱۰۲}

همچنان در روایت دیگری می‌یابیم که ماعز نزد رسول الله آمد و گفت: {طهرنی} مرا پاک کن و بعد

از یک سلسله سوالات رسول الله صلی الله علیه و سلم نظر به اقرارش بالای وی حکم رجم را صادر

^{۹۸}. وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون مدنی ص ۱۵۰- اصول محاکمات مدنی ص ۸۶.

^{۹۹}. حامد، عبدالوحد، طرق اثبات دعوی در فقه اسلامی و قوانین افغانستان، ص ۱۰، انتشارات سعید، ۱۳۹۴ ه. ش، کابل.

^{۱۰۰} - سوره آل عمران، آیه: (۸۱).

^{۱۰۱} - سوره نساء، آیه: (۱۳۵).

^{۱۰۲} . الجامع الصحيح المختصر بخاری ج ۶ ۲۵۰۲۶.

نمودند. و در مورد زن غامدیه بعد از نان خورده شدن طفلش باساس اقرارش بالایش اصدار حکم شد.^{۱۰۳}

اجماع امت اسلامی و رویه قضایی از زمان رسول الله تا حال به همین بوده که اقرار دلیل ثابت بر مقراست، و براساس اقرار خویش با آن معامله شده است و به مقتضی اقرارش مورد حکم قرار گرفته است چنانچه قبلاً در قضیه معز و غامدیه بیان شد.^{۱۰۴}

ب: مجوز قانونی:

وقتی صحبت از مجوز قانونی می شود واضح است که اشاره به قوانین موضوعه نافذ در یک کشور است بناءً مجوز قانونی برای اقرار را، میتوان در سیستم حقوقی افغانستان در ماده (۳۰) قانون اساسی افغانستان دریافت و مواد (۱۰۰۱) الی (۱۰۱۱) قانون مدنی و مواد (۲۷۳) الی (۲۸۰) اصول محاکمات مدنی کشور نیز مبین قواعد اقرار و احکام آن می باشند.^{۱۰۵}

ارکان اقرار

در مورد ارکان اقرار فقهاء دارای دو نظر مختلف می باشند و دیدگاه هر گروه براساس و مبنی تعریف شان از رکن بناء یافته است.

الف- فقهای احناف براین نظراند که اقرار دارای یک رکن است و عبارت از صیغه (الفاظیکه به آن اقرار صورت می گیرد) می باشد (صراحتاً باشد یا دلالتاً) و رکن را چنین تعریف می کنند: رکن چیزیست که وجود شی بر آن متوقف بوده و جزء ماهیت آن باشد.^{۱۰۶}

ب- جمهور فقهاء به این نظر اند که اقرار دارای چهار رکن می باشد و عبارت از مقر، مقرله، مقربه، و صیغه (الفاظ اقرار) می باشد، و رکن را چنین تعریف می کنند: رکن چیزیست که کمال و تمامیت شی به آن منوط بوده برابر است که جزء آن باشد یا لازم آن، نظر به این تعریف مقر، مقرله، و مقربه نیز شامل ارکان اقرار می شود. زیرا جهت کمال و تمامیت اقرار به آنها ضرورت می باشد و اشیای مذکور لازمه اقرار می باشند.^{۱۰۷}

قانون مدنی افغانستان و اصول محاکمات مدنی در مورد ارکان اقرار صراحت تام ندارند و ارکان اقرار را به طور واضح و عدد واربر نمی شمارند، اما تعریفی که ماده (۱۰۰۱) قانون مدنی از اقرار ارائه میدارد میتوان ارکان اقرار را بر مبنی هر دو دیدگاه (نظریه فقیهان و نظریه قانون گذار) از آن استنباط کرد، ماده مذکور چنین بیان می کند: اقرار عبارت (از اعتراف خصم نسبت به حق

^{۱۰۳} . الجامع الصحیح المسمی بصحیح المسلم، نیشاپوری ج ۵ ص ۱۱۹.

^{۱۰۴} . المغنی فی الفقه الامام احمد بن حنبل، ابن قدامه ج ۵ ص ۲۷۱.

^{۱۰۵} . قانون مدنی، وقانون اصول محکاماتی مدنی مرجع پشین.

^{۱۰۶} . کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷ ص ۲۰۷-۲۰۸.

^{۱۰۷} . شریینی، محمدخطیب، مغنی المحتاج، ج ۳ ص ۲۳۸- عبدری، محمدبن یوسف، التاج والاکلیل، ج ۵ ص ۲۱۶- نهاییه المحتاج، رملی ج ۵ ص ۴۵۶.

غیربالای خودش در محکمه)^{۱۰۸} بناءً خود اعتراف کردن صیغه را لازم دارد و می توان نتیجه گرفت که صیغه رکن اقرار است و همچنان جمله حق غیر که درین ماده بکار رفته است افاده رکن بودن مقرله و مقربه را نموده میتواند و کلمه خصم افاده رکن بودن مقر، را می کند.

شروط اقرار:

وقتی شروط اقرار را مورد بحث قرار دهیم دیده می شود که بعضی شرایط متعلق به مقر است، و بعضی شروط متعلق به مقرله، و بعضی شروط متعلق به مقربه می شود، که هر یک را به بحث می گیریم:

الف- شرایط مقر

مقر شخصی است که از ثبوت حق غیر بر خودش خبر میدهد. و شرایط ذیل در آن قابل ملاحظه می باشد.

شرایط مقر در فقه:

۱- مقر باید معلوم باشد:

دانشمندان فقه مذاهب اربعه شرط نمودند که مقر باید معلوم باشد بناً اگر دو نفر چنین اقرار نمودند که: فلان شخص بالای یکی از ما دوصد افغانی دارد، اقرار صحیح نیست زیرا وقتی مقر معلوم نباشد برای مقرله امکان مطالبه باقی نمی ماند و نمی داند که از کدام شخص حقتش را مطالبه نماید.

۲- عقل: فقهاء به اتفاق نظر عاقل بودن را در مقر شرط میدانند بناً براین دیدگاه، اقرار صبی غیر ممیز، دیوانه، معتوه (کم خرد) و نائم (خوابیده) صحیح نبوده و اثری هم بر آن مرتب نمی شود.

۳- بلوغ: در مورد بلوغ فقهاء دارای دو نظر می باشند:

الف- امام شافعی رحمت الله علیه به این باور است که بلوغ شرط صحت اقرار است بنابراین دیدگاه اقرار صبی ممیز عاقل حتی اگر از طرف ولیش به تجارت اجازه داده شده باشد صحیح نیست و بر آن اثری مرتب نمی شود، بتایید قولش دلیل می جوید به قول پیغمبر (صلي الله عليه وسلم) که میفرمایند: (رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل).^{۱۰۹}

^{۱۰۸} . قانون مدنی پشین.

^{۱۰۹} . احمدابن حنبل، مسند، ج : اول، ص : ۱۱۸، حدیث : ۹۵۶، راوی حدیث : علی بن ابی طالب «رضی الله عنه».

از سه کس قلم برداشته شده (اثر مرتب بر عملش) از خوابیده تا بیدار شود. از صبی تا بالغ شود و از دیوانه تا صحت یابد.

ب- جمهور فقهاء به این نظر اند که بلوغ شرط صحت اقرار نیست بلکه شرط تمیز و عقل است بنابراین این نظر اقرار صبی ممیز ماذون در تجارت در حدود یکه به آن اجازه داده شده صحیح است.

۴- اختیار: باتفاق نظر فقهاء به این باور اند که اختیار برای مقرر در وقت اقرار شرط است، بناءً اقرار تحت اکراه صحیح نیست و برآن اثری مرتب نمی شود.

۵- عدم وجود اتهام: همچنان باتفاق نظر فقهاء شرط است که مقرر در اقرارش متهم به کذب در ضیاع حق دیگران نباشد چون اتهام خلل وارد می کند در رجحان جانب صدق بر کذب زیرا اقرار انسان بر نفسش شهادت است چنانچه الله متعال می فرماید: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ ». ^{۱۱۰} ترجمه: (ای کسانی که ایمان آورده اید همواره برای خدا قیام کنید و از روی عدالت گواهی دهید)

شهادت بر نفس اقرار است. مثال متهم در اقرار عبارت از مفلس (مدیون محجور علیه) می باشد زیرا اقرار به دین برای یک دائن برحق دیگر دائنین ضیاع را متوجه می سازد. ^{۱۱۱}

شرایط مقرر در قانون

قبل از فهرست نمودن شروط مقرر مناسب است مواد قانونی مرتبط به بحث مقرر را تذکر دهیم: ماده (۱۰۰۳) قانون مدنی چنین بیان میدارد: برای صحت اقرار شرط است که مقرر عاقل، بالغ غیر محجور علیه باشد، اقرار صغیر ممیز ماذون در اموریکه برایش اجازه داده شده صحت دارد. همچنان ماده (۱۰۰۵) قانون مدنی در زمینه چنین بیان میدارد: برای صحت اقرار مقرر شرط است که ظاهر الحال مکذب آن نباشد. ^{۱۱۲}

از خلال مطالعه این مواد میتوان شروط مقرر را در قانون چنین برشمرد:

۱- عقل ۲- بلوغ ۳- مقرر باید محجور علیه نباشد ۴- ظاهر الحال مکذب مقرر نباشد، برای اینکه ظاهر الحال واضح شود نیاز به یک مثال می باشد و روشن ترین مثال را میتوان اقرار به نسب بیان کرد در حالتیکه سن مقررله نسبت به سن مقرر زیاد تر باشد مثلاً شخص اقرار به فرزند بودن احمد برای خودش نماید در حالیکه سن احمد از سن مقرر بیشتر باشد.

^{۱۱۰} .سوره نساء آیه ۱۳۵.

^{۱۱۱} .کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷ ص ۲۲۲- نهایة المحتاج الی شرح المنهاج، رملی ج ۵ ص ۶۵ مغنی المحتاج، شریب ج ۳ ص ۲۷۱ التاج والاکلیل، عبدی ج ۵ ص ۲۱۶

^{۱۱۲} قانون مدنی افغانستان ص ۱۲۸.

ب: شرایط مقرله

مقرله شخصی است که حق برایش اقرار شده و صلاحیت مطالبه و عفو آن برای وی ثابت می شود و شرایط آن قرار ذیل بیان می شوند:

۱- مقرله باید معلوم باشد:

باتفاق نظر فقهاء برای صحت اقرار شرط است که مقرله معین (معلوم) باشد، چي موجود باشد یا حمل در بطن مادر، تا حق مطالبه برایش ثابت شده بتواند، بناءً اگر کسی چنین اقرار نماید که یکی از مردم دنیا بالایم یک هزار افغانی دارد اقرار وی صحیح نیست.

۲- مقرله باید اهلیت استحقاق مقربه را حساً و شرعاً داشته باشد:

فقهاء اتفاق نظر دارند که مقرله باید آدمی باشد و دارای اهلیت استحقاق باشد بناءً اگر شخص برای حیوانی یا اشیاء جامد چیزی را اقرار کند این اقرار صحیح نیست.

۳- مقرله باید مقراً تکذیب نکند.

برای صحت اقرار شرط است که مقرله، اقرار کننده را تکذیب نکند، این هم یک شرط اتفافی است زیرا اقرار از آن اموری است که به رد و تکذیب رد می رشود مگر در بعضی مسائل از جمله میتوان طلاق عتاق و جزیه را نام برد که به رد و تکذیب مقرله، رد نمی شود.^{۱۱۳}

لازم به ذکر است که راجع به شروط مقرله قانون مدنی افغانستان صراحت ندارد و نیاز را باید از فقه اسلامی پوره کرده که موقف فقه در زمینه تذکر یافت.

ج- شرایط مقربه (اقرار شده به آن)

مقربه عبارت است از هر حقی که بتوان نسبت به آن به نفع غیروبه ضرر خود اخبار نمود.

از مطالعه آراء و نظریات فقهاء چنین نتیجه گرفته می شود که مقربه دو نوع حقوق را احتوی می کند گاهی اوقات مقربه حق الله است و گاهی اوقات مقربه حق العبد می باشد که مختصراً پیرامون هر نوع بحث می شود:

اول- شروط مقربه در اقرار به حق الله:

فقهاء احناف در اقرار به حق الله سه چیز را در مقربه شرط نمودند که قرار ذیل بیان می شود:

۱- تعداد یا تکرار اقرار:

^{۱۱۳} . ابن قدامه، المغنی، ج ۹ ص ۱۶۵- نهایی المحتاج، رملی ج ۵ ص ۷۲- حاشیه رد المختار، ابن عابدین ص ۵۸۸- ۵۹۱ حاشیه دسوقی، دسوقی ج ۳ ص ۳۹- کشاف الغناع، بهوتی ج ۶ ص ۴۷۶.

هرگاه مقربه حق الله خالص باشد برای صحت اقرار، تکرار اقرار شرط است مثلاً در جرم ضد اخلاقی فعل زنا شرط است که مقرر چهار مرتبه اقرار نماید، و اقرار در چهار مجلس متفرق صورت گیرد.

۲- مجلس قضاء یا محکمه (در اقرار به حق الله، اقرار خارج از محکمه صحیح نیست).

۳- بیان عبارات:

عبارات مخصوصی که در اقرار به حق الله تلفظ و تکلم به آن لازم است باید از طرف شخص مقرر در حین اقرار بیان شود. بنا براین اگر شخص گنگ عبارات اقرار را نوشت اقرار وی جائز و صحیح دانسته می شود.

دوم- شروط مقربه در اقرار به حق العبد: هرگاه مقربه حق العبد باشد برای صحت اقرار شروط آتی لازم است:

۱- فراغ از تعلق حق غیر:

فقهاء احناف به این باورند که: عین یا دینی که به آن اقرار صورت می گیرد باید فارغ از تعلق حق غیر باشد، اگر به مقربه حق غیر تعلق داشته باشد مثلاً تحت رهن قرار داشته باشد اقرار بدون رضاء غیر (رهن گیرنده) صحت ندارد.

۲- تقوم:

باتفاق آراء فقهاء شرط است که مقربه در شریعت اسلامی متقوم باشد زیرا چیز غیر متقوم (فاقد بهاء در شریعت اسلام) در ذمه ثابت نمی شود.

۳- ذوالید بودن مقرر:

ذوالید بودن مقرر شرطی است که فقهاء حنابله به آن تصریح می دارند که مقربه باید در دست مقرر، تحت ولایت و اختصاصی وی قرار داشته باشد بناءً اقرار به چیزیکه در دست و ذوالیدی غیر باشد صحیح نیست مانند اقرار به مال وقف.^{۱۱۴}

در مورد شرایط مقربه قانون مدنی افغانستان بشکل واضح و فهرست وار کدام شرط یا شروط بیان نکرده است اما از خلال مواد قانون علاوه از شروط مذکور یک شرط دیگر راهم میتوان از محتوای ماده (۱۰۰۴) استنباط کرد و آن اینکه اقرار به شی مجهول در عقودیکه جهالت مانع صحت آن باشد صحیح نیست و نص ماده چنین صراحت دارد: اقرار به مجهول صحیح است مگر در عقودیکه جهالت مانع صحت آن باشد.^{۱۱۵}

^{۱۱۴} . کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۱۴-۲۲۳-۲۲۴ المذهب شیرازی ج ۳ ص ۳۴۳ - نهاییه المحتاج رملی ج ۵ ص ۸۶- مغنی المحتاج، شربینی ج ۲ ص ۴۵۳.

^{۱۱۵} . قانون مدنی ص ۱۶۸

مطلب دوم

اقسام اقرار

برای فهم و شناخت هرچه بهتر مفهوم اقرار و آثار آن میتوان اقرار را به اعتبارات گوناگون مورد تقسیم بندی قرار داد، از جمله به اعتبار دلالت، به اعتبار دامنه شمول، از حیث محل اقرار، از جهت قالب به اعتبار قاطعیت و عدم قاطعیت و برحسب ترکیب می توان اقسام اقرار را شناخت.

الف: اقسام اقرار به اعتبار نوع ودلالت آن

۱- اقرار صریح

اقرار صریح اقراری است که در آن دلالت بدون هیچ شک و تردیدی صورت می گیرد. و در قالب عبارات خالی از ابهام اداء می شود. مثلاً شخص بگوید که از احمد یک هزار افغانی قرضدار هستم یا بایع بگوید ثمن مبیعه را از مشتری دریافت نمودم.

۲- اقرار ضمنی

اقرار ضمنی اقراری است که نوع دلالت در آن التزامی می باشد یعنی از مجموع الفاظ و عبارات و کلماتی که کسی به کار برده وجود حقی به زیان او و به نفع غیر استنباط می شود. به عبارت دیگر هرگاه مجموع اوضاع و احوال و یا عبارات به کار رفته به طور غیر مستقیم حاکی از وجود حقی به ضرر گوینده و به نفع دیگری باشد این اقرار ضمنی است. اقرار ضمنی در صورت اثبات، هیچ تفاوتی از حیث ارزش با اقرار صریح ندارد. کاسانی از جمله فقهاء احناف در کتابش «بدائع الصنائع» رکن اقرار را به صریح و دلالت تقسیم نموده. یعنی صیغه را چی به الفاظ صریح و یا دلالتی (ضمنی) باشد رکن اقرار دانسته و هر دو را در پیمانۀ ارزش مساوی دانسته است.^{۱۱۶}

ب: اقسام اقرار به اعتبار دامنه ای شمول آن:

۱- اقرار کلی:

اقرار کلی اقرار است که در آن مضمون اخبار، تمام ادعای طرف مقابل را شامل می شود.

۲- اقرار جزئی:

اقرار جزئی اقراری است که در آن مضمون اخبار، بخشی و یا جزئی از ادعای طرف مقابل را در بر می گیرد. برای مثال اگر مدعی ادعای مبلغ (۱۰۰۰) افغانی قرض را نمود و مدعی علیه اقرار نمود که

^{۱۱۶} . کاسانی ، بدائع الصنائع، ج ۷ ص ۲۰۷-۲۰۸- المغنی لابن قدامه ج ۹ ص ۳۰۷- ادله اثبات دعوی کریمی ص ۴۷-۵۶

من مبلغ (۵۰۰) پنجصد افغانی قرض دارهستم این اقرار جزئی است زیرا به جزئی از ادعای مدعی اقرار نموده است.^{۱۱۷}

ج: اقسام اقرار با اعتبار مکان اخبار آن:

۱- اقرار در محکمه:

هرگاه اقرار در وثیقه شرعی (اقرار خط) در محاکم و ثایق ترتیب یابد یا در حین مذاکره و گفتگو در جلسه قضائی در محکمه اظهار شده و درج فیصله یا قرار محکمه شود، اقرار در محکمه گفته می شود چنانچه ماده (۱۰۰۱) قانون مدنی اقرار در محکمه را معتبر دانسته و چنین صراحت دارد: اقرار عبارت است از اعتراف خصم نسبت به حق غیر بالای خودش در محکمه.^{۱۱۸}

۲- اقرار در خارج از محکمه:

هر نوع اقراریکه در وثیقه شرعی محکمه طی مراحل نشده باشد ویا در مجلس قضاء اظهار نشده و درج فیصله یا اقرار محکمه نشده باشد اقرار خارج از محکمه محسوب می شود. این گونه اقرار بذات خود دلیل نیست اما این گونه اقرار از طریق شهادت شهود قابل اثبات می باشد و هرگاه این گونه اقرار از طریق شهادت شهود به اثبات رسید ارزش آن مساوی با ارزش اقرار در محکمه می باشد.

د: اقسام اقرار به اعتبار ابراز بیان آن:

۱- اقرار شفاهی:

اقرار شفاهی از طریق صحبت کردن و تکلم به عمل می آید هرچند ممکن است بعد از اداء به صورت نوشته درآمده ثبت شود.

۲- اقرار کتبی:

اقراریکه با نوشته تحقق یابد، اقرار کتبی است، و معمولاً این نوع اقرار طی وثیقه اقرار خط یا دیگر وثایق مختلف در محکمه صورت می گیرد اما امکان این هم است که طی نوشتاری عرفی خارج از محکمه هم اقرار کتبی صورت گیرد که باز هم از طریق شهادت شهود نیاز به اثبات دارد.^{۱۱۹}

ح: اقسام اقرار به اعتبار نقش آن در دعوی:

۱- اقرار قاطع دعوی:

اگر اقرار دلیل مستقیم حکم باشد، این اقرار قاطع دعوی می باشد. به عبارت دیگر هر اقراریکه به طور مستقیم نسبت به مدعی بها صورت گیرد و قطع کننده دعوی به طور کلی یا جزئی باشد و به دعوی در آن قسمت خاتمه دهد اقرار قاطع دعوی محسوب می شود. این نوع اقرار دارای دو اثر مهم است؛

اول- هرگاه بر اقرار قاطع دعوی حکم محکمه صادر شود این حکم تابع استیناف و فرجام خواهی نیست. چنانچه ماده (۴۷۹) اصول محاکمات مدنی افغانستان در زمینه چنین صراحت دارد: قرار و فیصله های صادره محکمه تحتانی در موارد ذیل غیر قابل فرجام خواهی است؛

^{۱۱۷} . کریمی ، دکتر عباس، ادله اثبات دعوی، ص ۵۶- ۶۱

^{۱۱۸} . قانون مدنی ص ۱۷۶

^{۱۱۹} . کریمی ، ادله اثبات دعوی، ص ۵۶- ۶۱

۱- احکامیکه مستند به اقرار صریح و یا ابراء حضوری خود انکار کننده و دلایل قوی که وثیقه را مشبوه بسازد موجود نباشد. موجودیت شهود نفی متواتر به عدم حضور و عدم اقرار از این امر مستثنی است.

۲- سقوط حق فرجام خواهی به اثر قناعت طرفین که شکل رسمی را حاصل نموده باشد.

۳- حکم حکمی که طرفین به رضایت خود بر قاطعیت حکم او اقرار حکم درج وثیقه شرعی شده باشد.^{۱۲۰}

دوم- اقرار قاطع دعوی از سوی وکیل علیه موکلش پذیرفته نمی شود مگر اینکه موکل صلاحیت اقرار را بوکیل تفویض کرده باشد چنانچه این موضوع را میتوان در مواد (۱۶۰۱ و ۱۶۰۲) قانون مدنی دریافت. ماده ۱۶۰۱ قانون مدنی چنین مشعر است: اقرار وکیل بدعوی در حالیکه صلاحیت اقرار بوی از طرف موکل تفویض شده باشد نزد محکمه صحیح پنداشته می شود مگر اینکه موکل مطابق احکام قانون اصول محاکمات مدنی از آن منع شده باشد. و ماده ۱۶۰۲ چنین بیان میدارد: هرگاه موکل وکیل را از اقرار علیه خود منع نموده باشد وکیل به اقرار موکل عزل می گردد.^{۱۲۱}

۲- اقرار غیر قاطع دعوی:

اگر اقرار به طور غیر مستقیم دلیل و مستند حکم قرار گیرد، این اقرار قاطع دعوی نخواهد بود به عبارت دیگر اگر اقرار نسبت به اسباب حکم صورت گیرد نه خود حکم این اقرار غیر قاطع دعوی است. مثلاً اگر مدعی به پاسخ ادعای مدعی علیه اقرار به اصالت سند نموده و امضای ذیل آن را تصدیق کند و این سند مستند حکم قرار گیرد و به اساس آن حکم علیه مدعی صادر شود. این اقرار غیر قاطع دعوی می باشد زیرا دلیل مستقیم حکم سند است نه اقرار این موضوع را ماده (۲۸۹) اصول محاکمات مدنی چنین بیان میدارد؛ اسناد عرفی که بین طرفین تحریر و به امضاء، مهر و یا شصت شان رسیده باشد در صورتیکه جانبین مهر و امضاء و شصت شانرا تصدیق کنند مانند اسناد رسمی قابل اعتبار می باشد.^{۱۲۲}

مثال دیگر آنرا می توان اقرار به عدالت شهود مورد استناد طرف مقابل یا تصدیق شهود طرف مقابل دانست چنانچه این موضوع را ماده (۳۲۸) اصول محاکمات مدنی افغانستان چنین بیان می دارد: هرگاه مدعی علیه بعد از اقامه شهود، شهادت شهود را تصدیق و یا به اصل مدعی بها اقرار نماید محکمه حکم خود را متکی به اقرار مدعی علیه صادر می کند.^{۱۲۳}

و: اقسام اقرار به اعتبار ترکیب آن:

۱- اقرار ساده:

^{۱۲۰} . وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان ص ۱۴۵.

^{۱۲۱} . قانون مدنی ص ۲۰۲.

^{۱۲۲} . اصول محاکمات مدنی ص ۸۹.

^{۱۲۳} . همان اثر، ص ۱۰۲.

اقراریکه وابسته به قید یا وصف یا اخباری دیگری نباشد اقرار ساده است. چنین اقراری متضمن پذیرش تمام ادعای طرف مقابل یا بخشی آن می باشد.

۲- اقرار مقید (موصوف)

اقرار مقید اقراری است که متضمن پذیرش تمام ادعای طرف مقابل یا بخشی از آن یا قید و وصفی غیر از آنچه ابراز داشته می باشد. اقرار مقید اخبار واحدیست که نمی توان آنرا مورد تجزیه قرار داد.

۳- اقرار مرکب:

اقراریکه مرکب از دو جزء مستقل باشد، اقرار مرکب نام دارد، اقرار مرکب ترکیبی است از دو اخبار که یکی اقرار است و دیگری ادعا، با این توضیح که در این نوع اقرار دو نوع اخبار صورت می گیرد که بطور مستقل می توان آنها را از یک دیگر تفکیک و تجزیه نمود. اخبار اول، اخباری است به نفع غیر و به ضرر خود (اقرار) و اخبار دوم، اخباری است به نفع خود و به ضرر غیر (ادعا). اقرار مرکب برخلاف اقرار مقید قابل تجزیه است و مقرله می تواند از جزء اول آن به نفع خودش سود ببرد و اثبات جزء دوم آنرا به عهده مدعی آن بگذارد چنانچه مصداق این نوع اقرار را میتوان در ماده (۱۰۱۱) قانون مدنی افغانستان پیدا نمود که چنین وضاحت دارد: اقرار تجزیه را نمی پذیرد مگر اینکه بروقاع متعدد غیر مرتبط نسبت شده که وجود یکی از وقایع مستلزم وجود وقایع دیگر نباشد.^{۱۲۴}

از ماده فوق چنین نتیجه گرفته می شود که اگر شخصی در محکمه اقرار نموده اقرار وی طی وثیقه شرعی مقید به وصفی باشد مقرله نمی تواند آنرا تجزیه کرده و از قسمتی از آن که به نفع اوست به ضرر مقر استفاده نماید از جزء دیگر آن صرف نظر کند، چنانچه جزء اول ماده مذکور این موضوع را بیان میدارد که اقرار تجزیه را نمی پذیرد، و این اقرار را مقید یا موصوف می نامند. از طرف دیگر از جزء دوم ماده مذکور چنین برمی آید که اقرار مرکب قابل تجزیه است و مقرله می تواند از یک جزء آن به نفع خودش استفاده نماید و اثبات جزء دیگر آنرا به عهده مدعی آن بگذارد چنانچه این موضوع را جزء دوم ماده (۱۰۱۱) قانون مدنی بیان میدارد که قبلاً تذکر یافت.^{۱۲۵}

مطلب سوم: انواع مقربه، اقرار به نسب، اقرار درحالت مرض و آثار اقرار

الف: انواع مقربه

قبلاً هم تذکر یافت که مقربه عبارت است از هر حقی که بتوان نسبت به آن نفع غیر و به ضرر خود اخبار نمود و مقربه بطور عموم سه نوع حقوق را شامل می شود: حقوق الله، حقوق مختلط و حقوق العباد که پیرامون هر سه نوع حقوق بطور فشرده بحث می نمایم.

۱- حقوق الله

^{۱۲۴} . قانون مدنی ص ۱۶۹.
^{۱۲۵} . کریمی، ادله اثبات دعوی، ص ۶۲-۶۵.

آنچه حقوق را شامل می‌شود که فقط حق اجتماع یا حق الله و حق العبد را در آن دخل و ارتباط نیست مانند حد زنا، حد سرقة، حدشرب خمر و غیره مسکرات.

۲- حقوقیکه در آن حق الله و حق العبد مختلط باشد

و آن عبارت از حد قذف می‌باشد که در آن حق اجتماع و حق مقذوف هر دو شامل است. اقرار در هر دو نوع، این حقوق صحیح بوده و موجب اقامه حد و تطبیق جزاء شده می‌تواند و برآن اثر حقوقی مرتب می‌شود.^{۱۲۶}

۳- حقوق العباد

از عنوان بحث پیداست که مقربه در این نوع حقوق تنها حقوق العباد است، و حق الله در آن ربط و رمزی ندارد و این نوع حقوق شامل حقوق مالی و غیر مالی می‌شود، که حقوق مالی شامل اموال نقدی، عینی، دینی و منفعت را می‌شود، و حقوق غیر مالی شامل حقوقی همچون نسب، طلاق، شفعه و غیره می‌شود. اقرار در این نوع حقوق هم صحیح بوده و دلیل الزام می‌باشد.^{۱۲۷}

ب: اقرار به نسب

در مباحث گذشته تذکر یافت که اقرار حجت قاصره می‌باشد و یکی از مسائل مهم در بحث اقرار موضوع اقرار به نسب می‌باشد بناءً مناسب است یک بررسی گوتاهی پیرامون اقرار به نسب داشته باشیم و اقرار به نسب دو نوع یا حالت را احتوای می‌کند که هر یک را به بحث می‌گیریم.

۱- اقرار شخص به نسب، نسب مقررله را به مقرر ملحق می‌سازد

این نوع اقرار، اقراری است که در آن تحمل نسب بر غیر نیست و مقرر نسب مقررله را مستقیماً به خود ارتباط می‌دهد. مثلاً شخصی اقرار کند که فلان شخص پسر، پدر، و یا مادر اوست و یا اقرار به زوجه بودن شخصی نماید در صورتیکه مانع زوجیت در حین اقرار بین آنها موجود نباشد. این نوع اقرار در حالتی که متضمن شرایطی که فقهاء برای صحت آن تعیین نموده اند باشد، نسب مقررله از مقرر ثابت گردیده، و بعد از فوت مقرر مانند سائر ورثه از او مستحق میراث می‌باشد.^{۱۲۸}

شروط اقرار در صورتیکه مقرر نسب را به نفس خود ملحق سازد:

۱- مقررله باید مجهول النسب باشد در صورتیکه مقرر، اقرار به بنوت (فرزند) بودن او کند زیرا نسب ثابت از یک شخص به دیگری انتقال نمی‌کند.

۲- مقررله مقرر را درین اقرار تکذیب نکرده باشد.

^{۱۲۶} . کاسانی، بدائع النصاب، ج ۶ ص ۲۲۳ - ۲۲۴

^{۱۲۷} . کریمی، ادله اثبات دعوی، ص ۷۶

^{۱۲۸} . حامد، عبدالواحد. طرق اثبات دعوی در فقه اسلامی وقوانین افغانستان، ص ۲۹.

۳- نسب مقرله از مقر محتمل الثبوت بوده و عقلاً مورد قبول باشد یعنی باید ظاهر الحال مکذب این اقرار نباشد مثلاً اگر مقر که سن او از مقرله خورد تر است اقرار به نبوت مقرله می نماید این اقرار مورد قبول نیست.

۴- در اقرار حمل نسب بر غیر نباشد برابر است که مقرله تصدیق کرده باشد یا تکذیب زیرا اقرار حجت قاصره بر نفس است نه متعدی بر غیره.

۵- در صورتیکه اقرار به نبوت باشد مقرله دارای اهلیت شرعی باشد. یعنی مقرله که مقر را در اقرار تصدیق می کند باید اهلیت تصدیق را داشته باشد، عاقل، بالغ و مکلف باشد زیرا در نسب حق فرزند هم تعلق دارد و به اعتبار و آبروی وی پیوسته است بناءً در قبول آن اهلیت شرط است.^{۱۲۹}

۲- مقر نسب را به غیر خود ملحق سازد

این نوع اقرار، اقراری است که در آن تحمیل نسب بر غیر باشد و مقر نسب را مستقیماً به خود ارتباط ندهد و به شخص دیگری تحمیل کند. مثلاً شخصی اقرار کند که فلان شخص برادر کاکا، پسر پسر، دختر پسر او است، و امثال چیزهای گفته شده. این نوع اقرار متضمن دو امر است: یکی اقرار به نسب از غیر و دیگری اقرار به استحقاق مقرله در متروکه مقر بعد از وفات او. از اینکه اقرار حجت قاصره بوده و به خود مقر راجع می باشد نسب مقرله از غیر به اقرار مقر ثابت نمی گردد. اما اقرار او به استحقاق مقرله از متروکه او مورد قبول قرار می گیرد. زیرا این اقرار راجع به نفس مقر بوده و ضرر آن به شخص دیگری عاید نمی شود. مقرله نسب از غیر وقتی وفات نماید و وارثی از ذوی الفروض، عصبه و ذوی الارحام نداشته باشد مقرله مستحق متروکه او می باشد مشروط به شروط ذیل.

شروط اقرار در صورتیکه مقر نسب را به غیر ملحق سازد:

۱- مقرله مجهول النسب باشد.

۲- نسب مقرله از شخصی که او منسوب گردیده و طریقی از طرق اثبات چون اقرار، بینه و تصدیق اقرار مقر ثابت نگردیده باشد؛ زیرا در صورت ثبوت نسب او از آن شخص مقرله مانند سائیر ورثه از متروکه او مستحق میراث می شود.

۳- مقرله مقر را درین اقرار تکذیب نکرده باشد.

۴- مقر به نسب اقرار خود اصرار داشته و الی حین وفات از اقرار خود منصرف نگردیده باشد.

^{۱۲۹} . کاسانی، بدائع النصاب، ج ۶ ص ۲۲۸- مغنی المحتاج، شریبانی ج ۲ ص ۲۵۹- المغنی، ابن قدامه ج ۵ ص ۳۲۷- الشرح الکبیر، در دیرج ۴۱۷-۴۱۲ - احکام میراث، عزیز ص ۲۳۸-۲۳۹.

۵- اقرار مقربه ثبوت نسب مقررله از غیر عقلاً ممتنع نباشد. مثلاً اگر شخصی تحمیل نسب شخص پناه ساله را بر شخصی که چهل ساله است نماید یعنی شخص پناه ساله را برادر بگوید در حالیکه پدر او چهل ساله باشد این اقرار مورد قبول نیست.^{۱۳۰}

قانون مدنی افغانستان مقررله به نسب از غیر را تحت شروط مذکور مستحق متروکه میت دانسته و در ماده (۲۰۵۱) چنین صراحت دارد:

۱- هرگاه متوفی به نسب کسی که نسب او مجهول باشد، اعتراف نموده باشد و نسب شخص مذکور از غیر ثابت نگردیده و مقرر نیز از اقرار خود منصرف نشود مقررله مستحق متروکه شناخته می شود.

۳- برای کسب استحقاق ارث در این حالت حیات شخص مقررله حین وفات یا هنگام حکم به وفات حکمی شخص مقرر حتمی است، در غیر آن موانع ارث مقدم شناخته می شود.

ج: اقرار در حالت صحت و مرض

قبل از دخول در بحث اقرار در حالت صحت و مرض لازم است تعریفی از صحیح، مریض و مرض الموت داشته باشیم چون این موضوعات ارتباط تنگاتنگ به بحث مان دارند.

صحیح: عبارت از شخص است که در مرض الموت قرار نداشته باشد برابر است که اصلاً مریض نباشد یا مرض غیر مرض الموت باشد.

مریض: شخصی است که در حالت مرض الموت باشد.

مرض الموت: عبارت از مرضی است که مریض یا شخص مبتلی به آنرا از فعالیت های معمولی و عادت شده به آنها منع نموده و غالباً هلاک شدن مریض در آن متصور بوده و مرگ را در پی داشته باشد. از تعریف فوق دانسته می شود که مرض الموت سه شرط مذکور در تعریف را در قبال دارد و بفوت یکی از آنها اطلاق مرض الموت به آن نمی شود.^{۱۳۱}

۱- حکم اقرار در حالت صحت

فقهاء و قانون گذار افغانی در مجموع به این نظر اند که اقرار شخص در حالت صحت برای وارث و غیر وارث صحیح است و تمامی تصرفات مقرر در تمام اموال وی نافذ است زیرا در حالت صحت حق ورثه در مال شخص تعلق ندارد.^{۱۳۲}

۲- حکم اقرار در حالت مرض

^{۱۳۰} کاسانی، بدائع النصاب، ج ۶ ص ۲۲۸- مغنی المحتاج، شریب ج ۲ ص ۲۵۹- المغنی، ابن قدامه ج ۵ ص ۳۲۷- الشرح الکبیر، در دیر ج

۴ ص ۴۱۷-۴۱۲- احکام میراث، عزیز ص ۲۳۸-۲۳۹

^{۱۳۱} زحیلی، الوجیز، ج ۲ ص ۱۷۳-۱۷۴

^{۱۳۲} کاسانی، بدائع النصاب، ج ۶ ص ۲۲۴- شریب ج ۲ ص ۳۴۲- شریب المغنی، ابن قدامه، ج ۵ ص ۲۴- تسولی

البهجه، ج ۲ ص ۵۲۵-۵۲۶

اقرار در حالت مرض دو نوع می باشد یا دو حالت را احتوای می کند:

- اقرار مریض به استیفاء دین از غیر

اقرار مریض باستیفاء دین از غیر در صورتیکه دین بر اجنبی (غیر وارث) از حالت صحت باشد اقرار وی صحیح است، و در صورتیکه دین ناشی از حالت مرض باشد اقرار صحیح نیست، چون حق غرماء به آن تعلق می گیرد، و اقرار مریض باستیفاء، دینیکه بر وارث خود داشته اقرار وی صحیح نیست؛ زیرا اقرار مریض باستیفاء دین اقرار به دین است و اقرار مریض برای وارث باطل است.

- اقرار مریض به دین برای غیر:

اقرار مریض به دین برای غیر دارای دو حالت است.

۱- اقرار مریض به دین برای اجنبی (غیر وارث).

فقهاء، به اتفاق نظر به این باور اند که اقرار مریض در مرض الموت برای غیر وارث جواز دارد؛ زیرا مقرر در چنین قضیه غیر متهم است در حق خودش، و این اقرار از تمام متروکه وی جاری می شود، این قول از حضرت عمر و پسرش عبدالله نیز مروی است.^{۱۳۳}

۲- اقرار مریض بدین برای وارث:

فقهاء حنفی مالکی و حنبلی به این نظراند که اقرار مریض بدین در مرض الموت برای وارث صحیح نیست؛ زیرا مقرر درین اقرار متهم به ضیاع حقوق دیگر ورثه می باشد، و درین نوع اقرار امکان بروز ترجیح بعضی از ورثه بر بعضی دیگر می باشد و این ممکن سبب منازعات در بین ورثه شود. از سوی دیگر چون مرض الموت مرگ را در پی دارد حق ورثه به مال مریض تعلق می گیرد بناءً مقرر از تبرع به وارث بطور کلی ممنوع است. فقهاء شافعی درین مسئله دو نظر دارند بعضی به این باورند که اقرار مریض در مرض الموت برای وارث جواز دارد مانند اقرار وی برای غیر وارث، وعده ای دیگر به این نظر اند که اقرار مریض در مرض الموت برای وارث جواز ندارد چون در اقرارش متهم ضیاع حق دیگر ورثه می باشد.^{۱۳۴}

د: آثار اقرار

چنانچه در بحث و دلیل بودن، اقرار را در امور حقوقی بعنوان دلیل الزام و اثبات شناختیم لازم است آثاریکه از این دلیل متولد می شود نیز مختصراً مورد بحث قرار گیرد.

^{۱۳۳} . کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۴ - . شریبانی، مغنی المحتاج، ج ۲ ص ۳۴۲ - ابن قدامه، المغنی، ج ۵ ص ۲۴ - تسولی، البهجه، ج ۲ ص ۵۲۵-۵۲۶

^{۱۳۴} . کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۴ - مغنی المحتاج، شریبانی ج ۲ ص ۳۴۲ - المغنی، ابن قدامه ج ۵ ص ۲۴ - البهجه، تسولی ج ۲ ص ۵۲۶ ۵۲۵.

۱- اثبات حق:

اولین و مهم ترین اثر اقرار اثبات حق برای مقررله می باشد، و اقرار می تواند به تنهایی دلیل این امر باشد چنانچه ماده (۱۰۰۸) قانون مدنی در زمینه چنین صراحت دارد: مقرر به اقرار خود ملزم می باشد مگر اینکه از طرف محکمه حکم به کذب اقرار او صادر شود در این صورت به اقرار واقعی داده نمی شود.^{۱۳۵}

همچنان ماده (۲۷۹) اصول محاکمات مدنی در زمینه چنین حکم می کند؛ هرگاه مدعی علیه نزد محکمه به ادعای مدعی اقرار کند محکوم علیه شناخته می شود.^{۱۳۶}

۲- قطع دعوی:

اقرار یکی مطابق احکام شرع و قانون صورت گرفته و درج وثیقه یا فیصله محکمه شود قاطع دعوی بوده و منازعه بین طرفین را اختتام بخشیده، و مقرر ملزم به اعطاء ما ادعاء مدعی می باشد و حتی میتوان قطع دعوی را چنین معنی کرد که دیگر شخص مقرر حق استیناف خواهی و تمیز خواهی را از دست می دهد، حتی اگر مراجعه به محاکم فوقانی هم بکند درخواست وی رد می شود زیرا اساس حکم محکمه تحتانی بر اقرار مقرر گذاشته شده است. چنانچه فقره (۱) ماده (۴۷۹) اصول محاکمات مدنی این موضوع را چنین بیان میدارد: قرار و فیصله های محاکم تحتانی در موارد ذیل غیر قابل فرجام رسی است؛ احکامیکه مستند به اقرار صریح و یا ابراء بوده و فرجام خواه صرف از اقرار یا ابراء حضوری خود انکار و دلایل قوی که وثیقه را مشبوه سازد موجود نباشد موجودیت شهود نفسی متواتر بر عدم حضور و عدم اقرار از این امر مستثنی است.^{۱۳۷}

۳- عدم تأثیر انکار مقرر بعد از اقرار

انکار پس از اقرار در امور مدنی شنیده نمی شود هرگاه اقرار شخص بدون جبر و اکراه مطابق احکام قانون و شریعت صورت گرفته باشد انکار بعدی مقرر ارزش حقوقی ندارد. لکن اگر مقرر ادعا کند که اقرار او فاسد بوده یا مبنی بر اشتباه و غلطی بوده، یا تحت اکراه صورت گرفته است در صورتیکه عند المحکمه به اثبات برساند دعوی وی شنیده می شود. چنانچه ماده (۱۰۰۹) قانون مدنی در زمینه چنین مشعر است: رجوع از اقرار اعتبار ندارد. (و همچنان ماده (۲۷۷) اصول محاکمات مدنی عین موضوع را بیان میدارد.^{۱۳۸}

^{۱۳۵} . قانون مدنی ص ۱۶۹

^{۱۳۶} اصول محاکمات مدنی ۸۷

^{۱۳۷} قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان، ص ۱۵۴.

^{۱۳۸} قانون اصول محاکمات مدنی، ص ۸۷.

مبحث دوم: اسناد

مطلب اول: سند رسمی

جزء اول: مفهوم، ارکان و شرایط سند رسمی

الف: تعریف سند رسمی

ماده ۹۹۱ قانون مدنی در مورد تعریف سند رسمی، بیان میدارد: «سند رسمی ورقی است که موظف عمومی یا کارکنان خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاصی خویش آنچه را به حضور شان گزارش می یابد، یا از اشخاص ذی علاقه کسب می کند، در آن درج و ثبت نموده باشند».

شایسته یاد آوری است که ماده ۹۹۱ قانون مدنی ما از ماده ۳۹۰ قانون مدنی مصر گرفته شده است و در ابتداء توسط حقوق دانان مصری به زبان عربی تدوین شد، ماده ۹۹۱ قانون مدنی که به زبان عربی تدوین شده شماره (۱۰۰۰) است که بیان می دارد: «(۱) السند الرسمي هو الورقة التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عام ماتم امامه او ما يتلقاه من ذوى الشأن و ذلك طبقاً للاوضاع القانونية و فى حدود سلطته و اختصاصه». اما متأسفانه ترجمه آن دقیق نیست و در دو مورد اشتباه صورت گرفته است: یکی «ماتم امامه و او مایتلقاه من ذوى الشأن» را دقیق ترجمه نکرده است. ترجمه دقیق آن چنین است: «آنچه در حضور موظف عمومی انجام شده یا آنچه از طرف اشخاص ذی نفع در نزد موظف عمومی گزارش می شود». دیگری «وفى حدود سلطته و اختصاصه» را درست ترجمه نکرده است؛ اصلاً «فى حدود سلطته» را در ترجمه نیآورده است. این کار سبب شده که تعریف سند رسمی دقیق نباشد. بنابراین، پیشنهاد می گردد که ماده ۹۹۱ قانون مدنی بدین صورت اصلاح گردد: «سند رسمی ورقی است که موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی آنچه در حضور آن ها انجام، یا از طرف اشخاص ذی نفع برای آن ها گزارش شده است، براساس احکام قانون و در حدود صلاحیت اختصاصی خویش، ثبت کرده باشد».^{۱۳۹} براساس این تعریف، محتوای سند رسمی که توسط موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی تنظیم می گردد دو نوع است.

یک- اصل عمل در حضور موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی انجام می شود؛ یعنی در سند رسمی همه آنچه در حضور و جلو چشم موظف عمومی واقع می شود، به ثبت می رسد؛ به بیان روشن تر، اصل تصرف حقوقی در محضر موظف عمومی اتفاق می افتد؛ مانند این که زن و مردی که قرار است با هم ازدواج کنند، همراه شاهدان و روحانی که عقد نکاح آن ها را می خوانند همه با هم در محکمه وثایق حاضر می شوند، همه شرایط ازدواج در محضر موظف عمومی اظهار می شود و عقد نکاح نیز در همان جا، خوانده می شود. موظف عمومی همه آن ها را در سند رسمی ثبت می کند.

^{۱۳۹}. قانون مدنی، همان ص ۱۶۲.

دو- اصل عمل یا تصرف حقوقی در جای دیگر انجام شده است؛ ولی اشخاص ذی نفع آنچه را انجام داده اند به موظف عمومی گزارش می کنند و موظف عمومی هم آنچه برایش گزارش شده را در سند رسمی ثبت می کند؛ مانند این که خریدار و فروشنده عقد را در جای دیگر منعقد کرده اند؛ اما در محکمه وثایق حاضر شده اند و در حضور موظف عمومی اظهار و اقرار می دارند که من فلان جنس را فروختم و قیمت آن را تحویل گرفتم، همین طور طرف مقابل اقرار می کند که من فلان جنس را خریدم و مبیع را تسلیم شدم. موظف عمومی اظهارات دو طرف را در سند رسمی ثبت می کند.^{۱۴۰}

این دو نوع، هر دو سند رسمی و معتبر است؛ اما از جهت اعتبار با هم فرق دارند.^{۱۴۱} آنچه در حضور موظف عمومی واقع شده است و موظف عمومی آن را ثبت کرده، تنها ادعای جعل علیه او پذیرفته می شود که باید از طرف مدعی اثبات شود؛ اما آنچه در حضور موظف عمومی واقع نشده است؛ ولی اشخاص ذی نفع برای موظف عمومی گزارش داده اند و موظف عمومی مطابق گزارش در سند رسمی ثبت کرده باشد، خلاف آن با دلایل دیگر از جمله با مبدأثبوت سند تحریری و کمک شهادت شاهدان و قراین قابل اثبات است.^{۱۴۲} برخی حقوق دانان در این مورد، بیان میدارد: «از نظر منطقی نیز اعتبار اعلام مأمور رسمی با آنچه اشخاص گفته اند و در سند آمده است نمی تواند یک سان باشد: آنچه مأمور احراز می کند و در سند می نویسد، رویدادی است که نزد او واقع شده و مأمور یافته ها و مشاهده های خود را به عنوان شاهد ممتاز و برگزیده قانونی در سند می نویسد، ولی آنچه از سوی اشخاص به مأمور اظهار می شود و او نظارتی بروقوع و صحت آن ندارد، تنها از این جهت رسمیت دارد که به همان گونه اعلام شده است. مأمور رسمی منعکس کننده اظهاری است که امضاء کننده، اظهار و به همین اعتبار در سند آمده است. پس اگر ادعای برخلاف آن عنوان شود، این ادعا، به معنای نسبت دروغگویی و تزویر و اشتباه به مأمور رسمی نیست تا ضرورتی به ادعای جعل باشد. مدعی منکر اظهار اعلام کننده به مأمور نیست؛ مدعی اشتباه یا تزویر اعلام کننده و نادرستی اظهار او است و کافی است بتواند آن را اثبات کند.»^{۱۴۳}

اسناد از دید فقهاء

از دیدگاه فقهاء اسناد من حیث وسائل اثبات شناخته شده است، اسناد در کتب فقهی از جمله وسیله اثبات و سبب حکم قاضی قرار گرفته میتواند مشروط بر اینکه از تزویر مبری و عاری باشد، در کتاب (حاشیه ابن عابدین) در مورد بحث شده که از همین کتب معتبره حنفی در مجلت الاحکام العدلیه قرار ذیل استخراج و تصریح میدارد:

(لا یعمل بالخط والخاتم فقط اما اذا کان سالما من شبهة التزویر وتصنیع فیکون معمولابه یعنی یکون مدار الحکم لایحتاج الثبوت بوجه آخر.)^{۱۴۴}

^{۱۴۰} . رسولی، عبدالحسین. ادله اثبات دعوی در حقوق افغانستان، ص ۷۵ و ۷۶.

^{۱۴۱} . همان اثر، ص ۱۲۴ .

^{۱۴۲} . همان، شماره ۹۲، ص ۵۱، ۴ .

^{۱۴۳} . کتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ص ۳۰۵ .

^{۱۴۴} . برخی علماء احناف، مجله الاحکام، ج ۴، ماده ۱۷۳۶۱، مطبوعه بهیر، ۱۳۸۱، کابل افغانستان.

ترجمه: به خط و مهر عمل نمی شود اما اگر از شبهه (اشتباه) تزویر و ساخته کاری سالم باشد معمول به، قرار می گیرد یعنی مدار اعتبار است و ضرورت اثبات بوجه دیگر دیده نمی شود.

از قاعده فوق سه حکم ذیل استنباط می گردد:

حکم اول: اسناد خطی منحیث وسیله اثبات قبول نمی شود زیرا خط یک شخص امکان دارد مشابه خط شخصی دیگری باشد.

حکم دوم: مهر به تنهایی وسیله اثبات حق به نزد محاکم شده نمی تواند زیرا در مهر هم امکان تزویر وجود دارد یک شخص امکان دارد مهر حک نماید مانند مهر شخص دیگری و یا هم امکان دارد که مهر شخص از نزدش خفیه گرفته شود و در سند نقش گردد.

حکم سوم: همچنان خط و مهر یکجا منحیث وسیله اثبات قرار نمی گیرد زیرا در یکی از آنها اگر امکان تزویر موجود باشد در هر دوی آنها یکجا امکان تزویر نیز موجود است. مگر در صورتیکه حجت بودن خط و مهر در سند به دلیل شرعی ثابت گردد یا هم به شهادت که دارای صفت عدالت باشند منحیث وسیله اثبات قرار گرفته می تواند.^{۱۴۵}

هكذا مجلت الاحكام العدليه در باره سند رسمي چنین حکم می نماید (يجوز الحكم والعمل بمضمون الاعلام والسندات الذين اعطيا من طرف حاكم محكمه بلا بينه اذا كانا عاريتين وسالمين عن شبهة التزویر والتصنيع وموافقين لاصولهما)^{۱۴۶}

ترجمه: حکم و عمل به مضمون ابلاغ حکم و اسنادیکه از طرف قاضی محکم داده می شود در صورتیکه از شبهه تزویر و جعل برکنار بوده و با اصول موضوع موافق باشد، بدون شهود جواز دارد.

ب: ارکان سند رسمی

بر اساس تعریف یاد شده، سند رسمی دارای ارکان زیر می باشد:

۱- تنظیم و ترتیب توسط موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی؛

۲- رعایت صلاحیت اختصاصی موضوعی و حوزوی در هنگام تنظیم سند؛

۳- رعایت مقررات قانونی در تنظیم سند.^{۱۴۷}

۱- تنظیم سند توسط موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی

^{۱۴۵} . حیدر علی، در الاحکام شرح مجلته الاحکام، ج ۴، ص ۴۲۶.

^{۱۴۶} . بخی از علماء احناف، مجلة الاحکام، ج ۴، ماده ۱۸۲۱.

^{۱۴۷} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، چاپ سوم جدید: ۲۰۰۰م، ج ۲، ص

سند رسمی باید توسط موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی تهیه و تنظیم گردد. لازم نیست که ورقه رسمی با خط خود موظف عمومی باشد، بلکه مهم امضا و مهر او است که اگر مهر و امضای موظف عمومی باشد کافی است.^{۱۴۸}

پرسشی مطرح می شود این که موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی به چه کسانی گفته می شود؟ برخی از نویسندگان حقوق اداری در مورد موظف خدمات عمومی و مأمورین خدمات ملکی بیان می دارد: (اول:موظف خدمات عمومی یا کارمند دولت یا مامور دولت یا کارکن خدمات ملکی عبارت است از شخصی که واجد حداقل دو شرط ذیل باشد:

الف : در اداره دولتی استخدام شده باشد.

ب : این استخدام، طور دایمی باشد.

دوم: خدمات ملکی، فعالیت های اجرائیوی و اداری دولت است که توسط کارکنان خدمات ملکی عرضه می گردد. براساس این تعریف، فعالیت های تابع خدمات ملکی است که اولاً اجرائیوی باشد. ثانیاً اداری باشد. براساس این معیار، باید گفت: همه فعالیت های اداری قوه مجریه تابع خدمات ملکی می باشد و همچنین فعالیت های اداری قوه مقننه و قوه قضائیه نیز تابع خدمات ملکی و قانون مأمورین می باشد؛ اما فعالیت های تقنینی و پارلمانی وکلای پارلمان و فعالیت های قضایی قضات تابع خدمات ملکی نمی باشد؛ زیرا این نوع خدمات، اجرائیوی و اداری نیستند. البته باید افزود که مقاماتی مانند:

ریاست جمهوری، معاونین رئیس جمهور، وزراء، معینان وزراء، والیان، رؤسای ادارات و کمیسیون ها مستقل و همچنین اعضای شوراهای ولایتی و هر مقام انتخابی دیگر نیز از قانون خدمات ملکی مستثنا می باشند؛ زیرا این سمت ها، بست ها اداری نیستند و غالباً سمت های سیاسی و خارج از خدمات ملکی شمرده می شود».^{۱۴۹}

در این که اشخاص نام برده توسط این حقوق دان، موظف عمومی شمرده می شود، جای شک و تردید نیست؛ اما به نظر می رسد دایرة موظف عمومی بیشتر از این ها باشد؛ زیرا، براساس ماده ۱۲ قانون جزا اشخاص زیر موظف عمومی شمرده می شود:

الف : مأمورین^{۱۵۰} و اجیران دولت و تصدی های دولتی.

ب : مأموران و اجیران مؤسسات عمومی.

۱۴۸ . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ، ص ۱۱۵

۱۴۹ . دانش، سرور، حقوق اداری افغانستان، کابل ناشر: مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ اول: ۱۳۹۲

۱۵۰ . بند سه ماده سه قانون خدمات ملکی مأمور خدمات ملکی را چنین تعریف کرده است: «مأمور خدمات ملکی: شخصی است که با رعایت احکام این قانون به منظور ارایه ی خدمات طور دایمی در اداره دولتی استخدام می گردد». و بند سه ماده سه قانون احکام این قانون و قانون مربوط از طریق اداره ی خدمات ملکی به شکل دایمی استخدام می گردد». و بند چهار ماده سه قانون خدمات ملکی کارکن قراردادی خدمات ملکی را تعریف می کند: «کارکن خدمات ملکی: مشتمل است برکارکن حرفه وی و خدماتی که با رعایت احکام این قانون به منظور ارایه خدمات در اداره دولتی استخدام می گردد».

ج : اعضای ارکان دولت و جرگه های ولایتی و محلی.

د : وکیل مدافع، حکم، اهل خبره، شهود و سایر اشخاصی که تصادیق شان معتبر شناخته شود.

با توجه به این که حکومت تنها به اعمال حاکمیت نمی پردازد؛ مانند قانونگذاری، قضاوت و اداره، بلکه یکسری اعمال تصدی را نیز شبیه افراد جامعه، به شکل تصدی، شرکت انجام می دهد، آیا اسناد چنین تصدی ها و شرکت های دولتی، رسمی است؟

در پاسخ باید بیان داشت که چنین اسنادی رسمی است.

۲- رعایت صلاحیت اختصاصی در هنگام تنظیم سند

سند رسمی نه تنها باید توسط موظف عمومی تحریر گردد، بلکه موظف عمومی باید در حدود صلاحیت موضوعی و صلاحیت حوزوی خویش سند را تنظیم کند.

- صلاحیت موضوعی موظف عمومی

صلاحیت موضوعی عبارت است از رعایت صلاحیت از جهت موضوع توسط محکمه و یا اداره تنظیم کننده سند است. مثال در مرکز ولایت، محکمه ابتدائیه احوال شخصی؛ محکمه ابتدای تجارتی فعال است. موضوعات خانوادگی و احوال شخصی مربوط به محکمه ابتدای احوال شخص و موضوعات تجارتی مربوط به محکمه ابتدای تجارتی است.^{۱۵۱} بنابراین، چنانچه محکمه تجارتی در مورد موضوعات خانوادگی و احوال شخصی اقدام کند، اقدام وی خارج از صلاحیت موضوعی است. همچنین، صلاحیت موضوعی کارکنان اداره ثبت احوال نفوس این است که نوزادانی که در قلمرو حوزوی آن اداره، متولد می شود را ثبت و برای آن ها شناسنامه (تذکره) صادر کند؛ اما اگر کارمند اداره ثبت احوال نفوس برای زمین یا خانه سند و قبالة تنظیم کند از صلاحیت موضوعی خود تجاوز کرده است و این سند، اعتبار ندارد.

در صلاحیت موضوعی باید مطالب زیر رعایت شود:

یک- سلطه موظف عمومی در تنظیم سند رسمی: برای صحت سند رسمی تنها تنظیم سند توسط موظف عمومی کافی نیست، بلکه لازم است موظف عمومی از جهت موضوعی برای آنچه تنظیم می کند قدرت، سلطه و اختیار داشته باشد؛ به بیان دیگر، موظف عمومی براساس سلسله مراتب اداری برای آن کار گماشته شده باشد و به طور اختصاصی وظیفه داشته باشد.^{۱۵۲} در نتیجه، موظف عمومی در زمان تنظیم سند باید سلطه و اختیار تنظیم سند را داشته باشد. بنابراین چنانچه موظف عمومی در زمان تنظیم سند رسمی از وظیفه عزل، یا از انجام آن ممنوع شده باشد، در این موارد، شخص اول حق تنظیم کننده سند رسمی، در زمان تنظیم سلطه و قدرت تنظیم را نداشته است؛ اما اگر موظف

^{۱۵۱} . رؤفی، عتیق الله، وثایق، کابل، ناشر: usaid، چاپ اول: ۱۳۸۵، ص ۲.

^{۱۵۲} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، شماره ۷۵، صص ۱۲۱ و ۱۲۲: «لایکفی لصحة الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام، بل يجب أيضا أن يكون هذا الموظف مختصاً بكتابتها من حيث الموضوع.»

عمومی از عزل، انتقال، ممنوع شدن، یا پایان وظیفه خود آگاه نباشد و با حسن نیت سند رسمی تنظیم کند، در این صورت، سند تنظیم شده، سند رسمی و صحیح می باشد.^{۱۵۳}

دو- اهلیت موظف عمومی: موظف عمومی افزون بر داشتن سلطه و وظیفه برای تنظیم سند رسمی، باید اهلیت تنظیم آن را نیز داشته باشد. براساس قاعده، موظف عمومی اهلیت هر سندی را که در قلمرو صلاحیت اختصاصی او قرار داشته باشد، دارد؛ اما به طور استثناء، قانون گذار اهلیت موظف عمومی را در تنظیم برخی اسناد رسمی سلب کرده است؛ مانند این که موظف عمومی حق ندارد برای خود یا نزدیکان خود تا درجه دوم، حتا در صلاحیت اختصاصی خود، سند رسمی تنظیم کند.^{۱۵۴} بند ۱ ماده ۲۹۶ قانون اصول محاکمات مدنی در این مورد، بیان میدارد: (۱) قاضی نمی تواند در محکمه که اجرای وظیفه می نماید برای خود، پدر، پدرکلان، مادر، مادرکلان، اولاد، برادر، خواهر زوجین به کارکنان محکمه مربوط وثیقه ترتیب بدهد.^{۱۵۵}

سه- موضوع سند باید از صلاحیت اختصاصی موظف عمومی باشد. صلاحیت موضوعی عبارت از رعایت صلاحیت از نگاه موضوع توسط موظف عمومی می باشد به عنوان مثال در مرکز ولایت، محکمه ابتدای احوال شخصی و محکمه ابتدای احوال شخصی و موضوعات تجارتي مربوط به محکمه ابتدای تجارتي است.^{۱۵۶}

بنابراین، چنانچه محکمه تجارتي در مورد موضوعات خانوادگی و احوال شخصی اقدام کند، اقدام وی خارج از صلاحیت موضوعی است.

- صلاحیت حوزوی موظف عمومی

صلاحیت حوزوی عبارت از رعایت صلاحیت حوزه جغرافیایی یک محکمه یا اداره یا مؤسسه می باشد. بدین ترتیب که هر محکمه یا اداره تنها صلاحیت تنظیم سند مربوط حوزه خود را دارد؛ اما صلاحیت تنظیم سند برای خارج از حوزه جغرافیایی خود را ندارد. مثلاً محکمه وثایق یک ولسوالی صلاحیت تنظیم سند مربوط به قلمرو ولسوالی دیگر را ندارد. همچنین، محکمه یا اداره ثبت اسناد و وثایق یک ناحیه شهری صلاحیت تنظیم سند ناحیه دیگر را ندارد.^{۱۵۷} موظف عمومی باید صلاحیت حوزوی را در تنظیم سند رعایت کند به عنوان مثال کارکنان اداره ثبت احوال نفوس یک ولسوالی حق ندارد. برای نوزادی که در ولسوالی دیگر متولد شده، شناسنامه صادر کند. این محدودیت، مخصوص موظف عمومی و کارکنان خدمات عمومی است؛ اما مراجع کننده گان مقید به این محدودیت نیست.^{۱۵۸}

۳- رعایت مقررات قانونی در تنظیم سند

^{۱۵۳} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، شماره ۷۶، صص ۱۲۲ و ۱۲۳، ص ۱۳۵. کریمی، عباس، پیشین صص ۱۳۱ و ۱۳۲ و کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۹۲.

^{۱۵۴} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، شماره ۷۷، الشرقاوی، قدری عبدالفتاح، پیشین، ص ۱۲۱.

^{۱۵۵} . قانون اصول محاکمات مدنی، پیشین، ۹۱.

^{۱۵۶} . رؤفی، عتیق الله، وثایق، کابل، ناشر: usaid، چاپ اول: ۱۳۸۵، ص ۲.

^{۱۵۷} . رؤفی، عتیق الله، وثایق، کابل، ناشر: usaid، چاپ اول: ۱۳۸۵، ص ۲.

^{۱۵۸} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، صص ۱۲۶ و ۱۲۷. و الشرقاوی، قدری عبدالفتاح، پیشین، ص ۱۲۳.

موظف عمومی باید سند را در حدود صلاحیت اختصاصی خویش و به اساس حکم قانون تنظیم کند. بنابراین، موظف عمومی در تحریر اسناد باید تشریفات قانونی که برای آن در نظر گرفته شده را رعایت کند.

تشریفات که برای تنظیم سند در نظر گرفته شده، به سه مرحله زیر دسته بندی می شود:

مرحله پیش از تنظیم سند

تشریفات زیر باید پیش از تنظیم سند رسمی رعایت شود:

یک- شخصیت اشخاص ذی نفع باید برای موظف عمومی اثبات گردد؛ به بیان دیگر، موظف عمومی از شخصیت متعاقبین یا کسانی که درخواست تنظیم سند می کنند، اطلاع لازم و کافی کسب کند، اعم از این که این شناخت، توسط شاهد حاصل گردد، یا توسط سند رسمی دیگر؛ مانند شناسنامه.

دو- اهلیت اشخاص ذی نفع، رضایت آن ها و نبود مانع قانونی برای دو طرف در تصرف حقوقی نزد موظف عمومی اثبات گردد؛ مانند این که اشخاص ذی نفع برای تصرف حقوقی که قرار است سند تنظیم کنند، اهلیت لازم را داشته باشد و برای تصرف حقوقی مورد نظر رضایت داشته باشد؛ یعنی عقل، بلوغ و رضایت آن ها نزد موظف عمومی به اثبات رسد. همچنین، برای موظف عمومی اثبات شود که مانع قانونی دیگر برای تصرف حقوق وجود ندارد.

چنانچه برای موظف عمومی ثابت شود که طرفین قرار داد اهلیت تصرف حقوقی را ندارند، یا برای انجام عمل حقوقی رضایت ندارند، یا تصرف حقوقی که طرفین برای آن، مواردی موظف عمومی مکلف است سند رسمی تنظیم نکند.^{۱۵۹}

مرحله تنظیم سند

چنانچه مقررات و تشریفات پیش از تنظیم سند، به درستی اجرا و رعایت شود نوبت به تنظیم خود سند می رسد که در این مرحله، موظف عمومی مکلف است محتویات سند رسمی را به طور واضح، روشن، بدون خط خوردگی، حاشیه نویسی و ابهام تهیه و تنظیم کند.

محتویات سند رسمی را می توان به دو دسته تقسیم بندی کرد:

۱- مطالب خاص است که موضوع سند رسمی را تشکیل می دهد و سند رسمی برای اثبات آن تنظیم می شود؛ مانند عقد بیع، رهن رسمی، نکاح، وکالت و مانند این ها.

۲- مطالب عمومی است که هر سند رسمی باید آن ها را داشته باشد. مطالب عمومی که هر سند رسمی باید آن را داشته باشد، موارد زیر است:

^{۱۵۹} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۳۰.

یک- ذکر تاریخ: به این صورت که سال، ماه، روز و ساعت اتمام سند رسمی باید در آن ذکر گردد. همه این ها، باید با حروف باشد.

دو- نام، نام خانوادگی و وظیفه تنظیم کننده سند رسمی باید در سند ذکر شود.

سه- باید در سند رسمی ذکر گردد که سند رسمی در کدام اداره، یا مکان دیگر تنظیم شده است.

چهار- مشخصات شاهدان قضیه باید در سند رسمی ذکر گردد. مشخصات شاهدان قضیه باید توسط سند رسمی برای موظف عمومی اثبات گردد.

پنج- مشخصات کامل اشخاص ذی نفع یا دو طرف قرارداد برای موظف عمومی تنظیم کننده سند اثبات گردد، به این صورت که نام و نام خانوادگی، نام پدر، نام پدرکلان، شغل، محل تولد، محل اقامت، همچنین مشخصات کامل وکلای آن ها باید در سند رسمی ذکر گردد.

شش- سند رسمی باید به زبان رسمی کشور تنظیم گردد.

وقتی که همه موارد بالا تمام شد، موظف عمومی باید محتویات سند را پیش از مهر و امضا برای دو طرف بخواند و همین طور آثار حقوقی که برسند رسمی مترتب می شود را برای دو طرف یادآوری کند. اگر سند رسمی دارای صفحات متعدد باشد، موظف عمومی باید برای صفحات شماره گذاری کند.

وقتی که محتویات سند برای دو طرف خوانده شد و همه قبول کردند، تنظیم کننده سند همین طور دو طرف قرارداد، شاهدان و در صورت نیاز به مترجم، مترجم آنها باید سند رسمی را مهر و امضا کنند.^{۱۶۰}

مرحله بعداز تنظیم سند

در این مرحله، اصل سند در بایگانی (آرشیف) اداره مربوطه نگهداری می شود و برای هر یک از دو طرف قرارداد یک نسخه داده می شود. ماده ۶۱ قانون مدنی در این مورد بیان می دارد: (عقد ازدواج در نکاح نامه رسمی توسط اداره مربوط در سه نقل ترتیب و ثبت می گردد، اصل آن در اداره مربوط حفظ و به هر یک از طرفین عقد یک نقل آن داده می شود. عقد ازدواج بعداز ثبت به دفاتر مخصوص به اطلاع اداره ثبت سجلات مندرج ماده (۴۶) این قانون رسانیده می شود».

ج: ضمانت اجرای شرایط یاد شده

برای تنظیم و صحت سند رسمی شرایط بیان شده، باید رعایت شود، در غیر این صورت سند رسمی باطل می شود. بنابراین، چنانچه تنظیم کننده سند رسمی موظف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی نباشد، یا این که موظف عمومی باشد؛ ولی در زمان تنظیم سند از وظیفه عزل، ممنوع یا انتقال یافته باشد، یا شخص دیگر به طور قانونی، جایگزین او شده باشد، سندی را که تنظیم می کند باطل است،

^{۱۶۰} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، صص ۱۳۲ و ۱۳۳.

مگر این که از عزل، ممنوع شدن، یا انتقال خود آگاه نبوده و با حسن نیت سند را تنظیم کرده باشد که در این صورت، سند صحیح است.^{۱۶۱}

اگر موظف عمومی دارای اختیار و سلطه تنظیم سند باشد؛ ولی به دلیل مصلحت شخصی اهلیت تنظیم سند را نداشته باشد؛ مانند این که سند را برای خود یا نزدیکان خود تا درجه دوم تنظیم کند، چنین سندی باطل است.^{۱۶۲} بند ۱ ماده ۲۹۶ قانون اصول محاکمات مدنی در این مورد، بیان میدارد: «(۱) قاضی نمی تواند در محکمه که اجرای وظیفه می نماید، برای خود، پدر، پدرکلان، مادر، مادرکلان، اولاد، برادر، خواهر، زوجین، به کارکنان محکمه مربوط، وثیقه ترتیب بدهد».^{۱۶۳}

پرسشی مطرح می گردد این که اگر خود قاضی محکمه وثایق، یا یکی از بستگان درجه یک، یا درجه دوی وی نیاز به تنظیم سند رسمی داشته باشد، سند رسمی این ها، در کجا و توسط چه کسی تنظیم می شود؟ در پاسخ باید بیان داشت که در محکمه همجوار تنظیم می گردد. ماده ۲۹۷ قانون اصول محاکمات مدنی در این مورد، بیان می دارد: «وثایق اشخاص مندرج ماده (۲۹۶) این قانون در محکمه هم جوار ترتیب می گردد».

د: اثر بطلان

بیان شد، اگر شرایط صحت وجود نداشته باشد، سند رسمی باطل است. پرسشی مطرح می شود این که چه اثری بر آن، مترتب می شود؟ در پاسخ باید بیان داشت: اصل و قاعده کلی این است که همه اجزای سند باطل است. این طور نیست که برخی اجزای آن صحیح و برخی دیگر باطل باشد. بنابراین، چنانچه موظف عمومی سند رسمی را تنظیم کند که به طور مستقیم، به مصلحت تنظیم کننده باشد، چنین سندی، به طور کامل، باطل است و به هیچ یک از اجزای آن، نمی توان استناد کرد. همچنین است اگر تنظیم کننده سند را مهر نکند، یا شاهدها امضا نکند، یا یکی از اشخاص ذی نفع سند را امضا نکند.

با این حال، میان سند رسمی و تصرف حقوقی که موضوع سند رسمی است و سند برای اثبات آن تنظیم می شود، باید فرق قایل شد. بنابراین، اگر سند رسمی باطل شد، این بطلان، سبب بطلان تصرف حقوقی که موضوع سند است، نمی شود، بلکه تصرف حقوقی به حال خود باقی است و می توان آن را با دلایل دیگر اثبات کرد، حتی ممکن است آن را با سند رسمی که باطل شده و به عنوان سند عرفی شناخته می شود، اثبات کرد. (بند ۲ ماده ۹۹۱ قانون مدنی) از آنچه بیان شده، این مطلب، استثنا می شود که اگر تصرفی حقوقی که سند رسمی برای آن تنظیم شده، از نوع تصرف حقوقی شکلی قانون باشد، مانند رهن رسمی (ماده ۱۸۳۳ قانون مدنی)، در این صورت، با بطلان سند رسمی، تصرف حقوقی آن، نیز باطل می شود؛ زیرا سند رسمی برای چنین تصرف حقوقی، به عنوان رکن است و با

^{۱۶۱} . همان، ص ۱۳۵.

^{۱۶۲} . همان.

^{۱۶۳} . قانون اصول محاکمات مدنی. ص ۹۱..

نبود رکن، اصل تصرف حقوقی نیز باطل می شود. همین طور است، اگر دو طرف قرارداد باهم توافق کنند که عقد میان آن ها باید با سند رسمی منعقد گردد و سند رسمی رکن قرار داد باشد.^{۱۶۴}

گاه سند رسمی در ظاهر صحیح است؛ اما ادعای جعل نسبت به بعض اجزا آن می شود و مدعی ادعای جعل خود را نسبت به همان جزء به اثبات می رساند؛ مانند این که تنظیم کننده سند رسمی در سند آورده باشد که مشتری همه ثمن را در جلوی چشم من تحویل داده، بعد روشن شود که مشتری در مقابل تنظیم کننده، ثمن را تحویل نداده است یا این که نسبت به تاریخ سند رسمی، یا نسبت به امضای شاهدها، یا نسبت به امضای اشخاص ذی نفع ادعای جعل شود، بعد جعل بودن آن ها به اثبات رسد. در این جا این سوال، مطرح می شود که آیا همه سند باطل است یا تنها همان جزء جعل شده باطل می شود و باقی سند رسمی دارای اعتبار است؟ در پاسخ می توان بیان داشت که میان دو مورد زیر باید فرق قایل شد:

یک - اگر جزء جعل شده، از اجزای اساسی سند رسمی باشد، همه سند رسمی باطل می شود؛ مانند جعل بودن تاریخ سند، یا جعلی بودن امضای شاهدها، یا جعلی بودن امضای اشخاص ذی نفع.

دو- اگر جزء جعل شده اجزای اساسی سند نباشد؛ مانند این که در سند آمده که همه ثمن در جلوی چشم تنظیم کننده تحویل شده؛ اما بعد روشن شود که همه آن، در جلوی چشم تنظیم کننده پرداخت نشده است. در چنین موردی، تنها جزء جعل شده از اعتبار می افتد و باقی سند رسمی صحیح و دارای اعتبار می باشد.^{۱۶۵}

هـ: اعتبار سند رسمی باطل

چنانچه سند صفت سند رسمی را کسب نکند؛ ولی دارای مهر، امضا یا اثر انگشت باشد، به عنوان سند عرفی پذیرفته می شود. بند ۲ ماده ۹۹۱ قانون مدنی در این مورد، بیان می دارد: «در صورتی که ورق مذکور صفت سند رسمی را کسب ننموده، مگر اشخاص ذی علاقه به آن امضاء مهر یا نشان انگشت نموده باشند، حیثیت سند عرفی را دارد».

سند وقتی سند رسمی را نمی گیرد که به سببی از اسباب باطل شود. در این مورد، فرق نمی کند که موظف عمومی به آن مهر نکرده باشد، یا این که موظف عمومی که از سمت خود برکنار شده، آن را مهر کند، یا این که موظف عمومی که صلاحیت موضوعی ندارد آن را مهر کند. همچنین، در این مورد، فرق نمی کند موظف عمومی که دارای سمت، سلطه و صلاحیت موضوعی است؛ ولی صلاحیت حوزوی نداشته باشد، سند را تنظیم کند. همچنین، سندی که شرایط اساسی آن مختل شود؛ مانند این که شاهد سند یک نفر باشد، نه دو نفر (ماده ۲۹۴ قانون اصول محاکمات مدنی). در همه این موارد، سند رسمی باطل است و صفت سند رسمی را ندارد در چنین مواردی، اگر سند یاد شده، مهر،

^{۱۶۴} . همان مرجع پیشین ص ۹۱ و ۲۸۴.
^{۱۶۵} . عبدالرزاق، السنهوری، ص ۱۳۷ و ۱۳۸.

امضا یا اثر انگشت اشخاص ذی نفع را دارا باشد، به عنوان سند عرفی شناخته می شود. (بند ۲ ماده ۹۹۱ قانون مدنی و ماده ۲۸۸ قانون اصول محاکمات مدنی)

و: فرض صحت سند رسمی

چنانچه در ظاهر سند رسمی، جعل و عیب ظاهری دیده نشود، صحیح و دارای اعتبار است و برای سلامت و اعتبار سند رسمی قراین زیر کافی است:

یک- سلامت مادی و ظاهری سند .

دو- سند از طرف موظف عمومی و اشخاص ذی نفع تنظیم، مهر و امضا شده باشد.

چنانچه این دو قرینه، وجود داشته باشد، سند رسمی صحیح و دارای اعتبار است و هیچ اعتراضی علیه آن پذیرفته نمی شود، مگر ادعای جعلیت، که آن هم باید از طرف مدعی جعل به اثبات رسید.^{۱۶۶}

اگر ظاهر سند به طور واضح دلالت بر جعلیت آن کند؛ مانند تراشیدگی، قلم خوردگی، یا با دو قلم نوشته شده باشد، یا امضای موظف عمومی، یا امضای اشخاص ذی نفع در آن، وجود نداشته باشد، یا این که موظف عمومی خارج از صلاحیت موضوعی خود آن را تنظیم کرده باشد، قاضی رسیدگی کننده می تواند چنین سندی را به دلیل باطل بودن، رد کند؛^{۱۶۷} اما چنانچه سند ارایه شده به نظر قاضی رسیدگی کننده مشبوه جلوه کند، قاضی رسیدگی کننده می تواند نسخه دیگری آن را از مرجع تنظیم کننده طلب کند بند ۱ ماده ۳۰۳ قانون اصول محاکمات مدنی در این مورد، بیان میدارد: «(۱) هرگاه ظواهر امر، سند ارائه شده یکی از طرفین دعوی را در نظر محکمه مشبوه جلوه دهد، محکمه می تواند متنای آن را از مرجع ترتیب دهنده رسماً مطالبه نماید:».

جزء دوم: اعتبار سند رسمی

چنانچه ظاهر سند رسمی بدون جعل و عیوب ظاهری باشد، صحیح و دارای اعتبار است، و برای سلامت و اعتبار سند رسمی قراین زیر کافی است؛ یکی سلامت مادی و ظاهری سند، دیگر این که سند از طرف موظف عمومی و اشخاص ذی نفع تنظیم، مهر و امضا شده باشد، در این جا، اعتبار سند رسمی نسبت به دو طرف سند و همین طور نسبت به شخص سوم مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.

^{۱۶۶} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۴۳ . و الکیلانی، محمود، پیشین، صص ۵۳ و ۵۴ و کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۹۸ و ۲۹۹ .
^{۱۶۷} . همان، شماره ۸۸، ص ۱۴۳ و ۱۴۴ . و ماده ۲۶۰ قانون مرافعات مصر مقرر می دارد: «للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط و المحو و التثشير و غير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الاثبات أو انقصها. و إذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو لموظف الذي صدرت عنه أو الشخص الذي حررها ليبيد ما يوضح حقيقة الامر فيها» .

الف: اعتبار سند رسمی نسبت دو طرف

سند رسمی تا وقتی معتبر است که جعلی بودن آن به اثبات نرسیده باشد. ماده ۹۹۲ قانون مدنی بیان می‌دارد: «محتویات اسناد رسمی مندرج ماده (۹۹۱) این قانون، حجت شمرده می‌شود، به شرطی که از جعل و تزویری که قانوناً تصریح شده، خالی باشد».

وماده ۵۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «جمیع حالات مندرج مواد (۴۶ - ۴۷ - ۴۸ - ۴۹) این قانون که در دفتر مخصوص ثبت سجلات یا تذکره نفوس درج گردیده، در مقابل غیر، حجت شناخته می‌شود. اعتراض در مورد همچو اسناد مجاز نیست، مگر این که اعتراض بر جعلیت یا تزویر اسناد مذکور بنا یافته باشد»^{۱۶۸}.

از دو ماده بیان شده، مطالب زیر استفاده می‌شود:

۱- سند رسمی نسبت به همه، اعم از دو طرف سند و اشخاص سوم، معتبر است

۲- اعتبار سند رسمی در مورد مسایلی است که موظف عمومی در حدود وظیفه انجام داده است یا این که از طرف اشخاص ذی نفع در حضور موظف عمومی انجام شده است این اعتبار، تا زمانی است که جعلی بودن آن به روش قانونی به اثبات نرسیده باشد از آنچه بیان شد، استفاده می‌شود که در سند رسمی دو نوع مطلب وجود دارد:

یک- برخی مطالب موجود در سند رسمی، چنان اعتبار دارد که هیچ اعتراضی، غیر از اعتراض جعلی بودن، نسبت به آن پذیرفته نمی‌شود.

دو- برخی مطالب دیگری در سند رسمی وجود دارد که نسبت به مورد اولی از اعتبار کمتری برخوردار است. این مطالب، از آنجای که در سند رسمی آمده، تا وقتی دارای اعتبار است که با دلیل، خلاف آن اثبات نشود، اما زمان که خلاف آن با دلیل اثبات شد، از اعتبار می‌افتد و در این کار، نیاز به ادعای جعلیت نیست.^{۱۶۹} هر یک از این دو نوع، به طور جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۱- اعتبار سند رسمی تا اثبات جعلیت

برخی مطالب ثبت شده در سند رسمی چنان اعتبار دارد که هیچ ادعای، غیر از ادعای جعلی بودن، نسبت به آن پذیرفته نمی‌شود. اگر ادعای جعل نسبت به آن شود، باید اثبات شود، در غیر این صورت، سند معتبر خواهد بود. مطالب زیر از چنین اعتباری برخوردار است:

یک- مطالبی که موظف عمومی در حدود وظیفه خود آن را در سند رسمی ثبت کرده باشد، مانند شناخت شخصیت متعاقبین و ثبت آن در سند رسمی، اعم از این که شناخت توسط شهادت شاهدان یا

^{۱۶۸} . قانون مدنی ج ۱ ص ۱۶ و ج ۲ ص ۱۶۲.
^{۱۶۹} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۴۶ و ۱۴۷.

توسط سند رسمی دیگر؛ از قبیل شناسنامه حاصل شده باشد شناخت و اثبات اهلیت متعاقدين و رضایت آن ها به انجام و انعقاد قرار داد و مسایل عمومی که در سند رسمی ثبت می گردد؛ مانند تاریخ تنظیم سند، نام تنظیم کننده سند رسمی و توضیح این مطلب که سند رسمی در اداره تنظیم شده یا در مکان دیگر، حضور شاهدها و اسم آن ها و حضور اشخاص ذی نفع و نام هریک و قرائت سند برای اشخاص ذی نفع پیش از امضاء و همین طور، امضای اشخاصی که امضای آن ها برای تنظیم سند ضروری است.^{۱۷۰} همه این ها، وظیفه تنظیم کننده سند است که در هنگام تنظیم سند آن ها را باید رعایت کند.

دو- مسایلی که از طرف اشخاص ذی نفع در حضور موظف عمومی واقع شده است. بیشتر این مسایل، به موضوع سندی تعلق می گیرد که موظف عمومی در صدد تنظیم آن است. به عنوان مثال، اگر موضوع سند بیع باشد، موظف عمومی در سند ثبت می کند که فروشنده اقرار به فروش و مشتری اقرار به خرید کرده اند و مشتری ثمن و قیمت مبیع را در حضور تنظیم کننده به فروشنده پرداخت کرده است. همه مطالبی که از طرف اشخاص در حضور تنظیم کننده به فروشنده پرداخت کرده است. همه مطالبی که از طرف اشخاص ذی نفع در حضور موظف عمومی واقع می شود و در سند رسمی ثبت می گردد، تا وقتی دارای اعتبار است که جعلی بودن آن ها اثبات نشده باشد.^{۱۷۱}

همه آنچه بیان شد، اعم از مسایلی که موظف عمومی به عنوان وظیفه به انجام آن مبادرت می کند؛ مانند مسایل نوع اول، یا مسایلی که اشخاص ذی نفع در حضور موظف عمومی آن را انجام داده اند؛ مانند مسایل نوع دوم، در صورتی دارای چنین اعتباری است که در حدود وظیفه موظف عمومی باشد؛ اما چنانچه موظف عمومی مطالبی را در سند رسمی ثبت کند که جزء وظیفه وی نباشد؛ مانند این که موظف عمومی در سند رسمی ثبت کند که متعاقدين با هم قرابت و خویشاوندی دارند، یا این که یکی از آنها مثلاً چهل ساله است، یا این که در سند رسمی ثبت کند که یکی از متعاقدين اتباع بیگانه است و مثلاً فلان مدت در این شهر، اقامت دارد، هیچ یک از این مسایل، اعتبار ندارد؛ زیرا این ها، از وظیفه موظف عمومی خارج است و نباید در سند رسمی ثبت شود و اگر هم ثبت شود اعتبار ندارد.^{۱۷۲}

اظهارات ثبت شده در سند رسمی که دارای اعتبار قطعی است و هیچ ادعای خلاف آن پذیرفته نمی شود، مگر از طریق ادعای جعلیت، به طور دقیق معین و مشخص شده است. شیوه ادعای جعل سند و اثبات آن بسیار سخت، پیچیده و دشوار است. قانون گذار برای آن اجرات سختی را پیش بینی کرده است و از مدعی جعل، تعهد می گیرد اگر ادعای خود را مبنی بر جعلی بودن ثابت نتواند، باید خسارات پرداخت کند. کسی که ادعای جعلی بودن سند را می کند، هیچ راهی ندارد جز این که این روش را بپیماید. بنابراین، مدعی جعل نمی تواند از دارنده سند درخواست سوگند قطعی مبنی بر جعلی نبودن سند کند، یا این که درخواست اقرار بر جعلی بودن سند رسمی کند. همچنین، نمی تواند دعوی جعلی بودن را به غیر از روش پیش بینی شده در قانون برای ادعای جعل، به تحقیق دیگری واگذار

۱۷۰. السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۴۷.

۱۷۱. همان، ص ۱۴۷.

۱۷۲. همان، ص ۱۴۷.

کند. همچنین، مدعی نمی تواند با اثبات وقایع مخالف محتوای سند رسمی، آن را از اعتبار ساقط کند، حتی اگر اثبات وقایع معارض سند رسمی با کتابت و نوشته باشد و آن دلیل کتبی را با دلایل دیگر مانند شهادت و قراین تکمیل کند.^{۱۷۳}

مدعی می تواند ادعای خود را نسبت به این مطالب، از طریق ادعای جعل به اثبات برساند و در این مورد، مدعی محدودیت ندارد، حتی اگر برای اولین بار در محکمه استیناف ادعای جعلی بودن سند رسمی را مطرح کند.^{۱۷۴}

۲- اعتبار سند رسمی تا اثبات خلاف

برخی مطالب سند رسمی به خودی خود معتبر است؛ اما اعتبار آن زیاد نیست که برای رد آن نیاز به ادعای جعل سند باشد؛ بلکه خلاف چنین مطالبی با دلایل اثبات، قابل اثبات است. مطالبی که در حضور موظف عمومی واقع نشده، بلکه اشخاص ذی نفع با زبان خود آن را برای موظف عمومی بیان کرده است و موظف عمومی آن را در سند رسمی به ثبت رساند از چنین اعتبار برخوردار است.^{۱۷۵} چنین مطالبی در سند رسمی اعتبار دارد تا زمانی که خلاف آن با دلیل به اثبات نرسیده باشد.

پرسشی مطرح می شود این که خلاف چنین مطالبی در سند رسمی با چه چیزهای قابل اثبات است؟ در پاسخ باید بیان داشت: قاعده این است که خلاف چنین مطالبی تنها با نوشته یا با مبدأ ثبوت سند تحریری و کمک شهادت و قراین قضائی، قابل اثبات است.^{۱۷۶}

بند ۲ ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی در مورد تعریف مبدأ ثبوت سند تحریری بیان می دارد: «(۲) صدور سند تحریری که وجود تصرف مدعابه را قریب الاحتمال گرداند، مبدأ ثبوت سند تحریری شناخته می شود».

قاعده این است که هیچ اراد و اشکالی، غیر از ادعای جعل، نسبت به بعضی اجزاء سند رسمی پذیرفته نمی شود؛ زیرا چنین اراد و اشکالی نسبت به سند رسمی، امانت و صداقت موظف عمومی را زیر سوال می برد. سلطه و اختیاری موظف عمومی برای تنظیم سند رسمی تحت شرایط خاص حاصل شده است، مردم به آن اعتماد و اطمینان دارند و تمام آب رو، حیثیت و اعتبار دولت درگیر و اعتبار سند آن است. اگر موظف عمومی در تنظیم سند رسمی قواعد و مقررات را رعایت نکند و به آن اخلاص نکند، مجازات سخت و سنگینی دارد؛ اما اگر اراد و اشکال نسبت به سند رسمی، امانت و صداقت موظف عمومی را مخدوش نکند، نیاز به ادعای جعل ندارد، بلکه خلاف آن با دلایل دیگر قابل اثبات است، چنان که قبلاً بیان شد. اظهارات اشخاص ذی نفع در حضور موظف عمومی مبنی بر این شغل اشخاص ذی نفع چیست، یا اقامتگاه آن ها در فلان مکان قرار دارد. این مطالب، گرچه در سند رسمی

^{۱۷۳} همان، ص ۱۴۹ و ۱۵۰.

^{۱۷۴} همان، ص ۱۵۱.

^{۱۷۵} همان، ص ۱۵۱.

^{۱۷۶} الشهاوی، عبدالفتاح، پیشین، شماره ۷۰، ص ۱۳۸. الدوی عدنان طه، پیشین، ص ۲۵۸. و حجیه بماورد به علی لسان المتعاقدين الی ان یثبت عکسه و یكون اثبات العکس من المتعاقدين بالكتابة و من الغير بكافة الطروق».

آمده باشد؛ اما اگر ادعای خلاف آن شود، نیاز به ادعای جعلی بودن نیست، زیرا ادعای خلاف آن، امانت و صداقت موظف عمومی را زیر سوال نمی برد.^{۱۷۷}

در رابطه به موضوع سند رسمی، بیان شد که هیچ ادعای غیر از ادعای جعلی بودن، پذیرفته نمی شود که آن هم نیاز به اثبات دارد. در این مورد باید دو مطلب را از هم تفکیک کرد:

یک- اصل اقرار است؛ یعنی این اقرار، به خودی خود صحیح است؛ اما انکار صحت این اقرار، و اثبات خلاف آن جایز و قابل اثبات است و در این مورد، نیاز به ادعای جعلیت هم نیست، زیرا انکار صحت این اقرار، سبب مخدوش شدن امانت و صداقت موظف عمومی نمی شود؛ مانند این که موظف عمومی در سند رسمی ثبت کرده است که یکی از متعاقبین اقرار کرده است مبنی بر فروش خانه به طرف مقابل و طرف مقابل هم اقرار کرده است که این خانه را خریداری کرده است. بنابراین، اصل اقرار به خرید و فروش که در سند رسمی ثبت شده است، حجت و اعتبار دارد و هیچ ارادی، غیر از ادعای جعلی بودن، نسبت به آن پذیرفته نمی شود؛ اما مانع این مطلب نمی شود که اشخاص ذی نفع ادعا کند که اقرار یاد شده، صوری بوده و این صوری بودن اقرار را با دلایل، اثبات کند، بدون این که نیاز به ادعای جعلیت داشته باشد. اثبات صوری بودن اقرار به امانت و صداقت موظف عمومی هم خدشه وارد نمی کند. اگر موظف عمومی در سند رسمی ثبت کند که ثمن در حضور من تسلیم شد و مبلغ ثمن فلان مقدار بود، اصل پرداخت ثمن و مقدار ثمن پرداختی، حجت و معتبر است و هیچ ادعای جز جعلیت نسبت به آن پذیرفته نمی شود؛ اما این حجت مانع از این نمی شود که ذی نفع اثبات کند گرچه پرداخت ثمن واقع شده است؛ ولی این پرداخت، صوری بوده است، به این صورت که ثمن پرداختی مال بایع بوده و او ثمن را به مشتری داده است تا در حضور موظف عمومی به بایع تحویل دهد، یا این که اثبات کند ثمن پرداخت شده در حضور موظف عمومی بعد از خارج شدن آن ها از اداره دو باره به مشتری مسترد گردیده است. این مطلب، می تواند از طریق قانونی اثبات شود، بدون نیاز به ادعای جعلیت؛ زیرا اثبات این مطلب، به امانت و صداقت موظف عمومی صدمه وارد نمی کند.^{۱۷۸}

ب: اعتبار سند رسمی نسبت به اشخاص سوم

همه آنچه به دو طرف سند و اشخاص ذی نفع بیان شد، در مورد اشخاص سوم، نیز اجرا می گردد؛ یعنی آنچه که در سند رسمی آمده، اشخاص ذی نفع اعتبار دارد، مگر این که ادعای جعلی بودن کرده و آن را اثبات کند، در مورد شخص سوم نیز دارای چنین اعتبار است و جز با اثبات ادعای جعلیت از اعتبار نمی افتد و آنچه که در رابطه اشخاص ذی نفع معتبر بود، مگر این که خلاف آن با دلیل به اثبات رسد در رابطه با اشخاص سوم نیز چنین است و نیاز به ادعای جعلیت ندارد و با دلیل مخالف قابل اثبات است.

^{۱۷۷} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۵۲.

^{۱۷۸} . السنهوری، پیشین، ص ۱۵۳.

مثال موردی که سند رسمی نسبت شخص سوم اعتبار دارد و هیچ ادعای، غیر از ادعای جعلی بودن، پذیرفته نمی شود؛ مانند این که: مدیون منزل خود را با سند رسمی به خریدار بفروشد، داین نسبت به فروشنده و خریدار شخص سوم شمرده می شود. بنابراین، اگر داین ادعا کند که مدیون منزل را با سند رسمی فروخته است، تا از این طریق، منزل را از مشتری به عوض دین خود بگیرد، ادعای داین نسبت به سند رسمی پذیرفته نمی شود، مگر این که جعلی بودن سند رسمی را ادعا کند و آن را به اثبات رساند.

هرگاه ادعای شخص سوم مخالف سند رسمی باشد و این ادعا، سبب زیر سوال قرار گرفتن امانت و صداقت موظف عمومی در تنظیم سند شود، چنین ادعای پذیرفته نمی شود، مگر ادعای جعل کند و آن را به اثبات رساند، اما هرگاه ادعای شخص سوم مخالف سند رسمی باشد و این ادعا، باعث خدشه دار شدن امانت و صداقت موظف عمومی در تنظیم سند نشود، چنین ادعای، نیاز به ادعای جعلیت ندارد، بلکه با هر دلیلی دیگر قابل اثبات است؛ مانند این که مدیون منزل خود را با سند رسمی بفروشد و داین ادعا کند که منزل فروخته نشده است، بلکه این معامله، صوری و ساختگی و برای فرار از پرداخت دین بوده است. در این جا، با این که ادعای داین، مخالف سند رسمی است؛ ولی با دلایل دیگر قابل است؛ زیرا داین با ادعای خود، موظف عمومی را متهم به خیانت در تنظیم سند رسمی نکرده، بلکه آنچه در حضور وی گزارش شده است را تنظیم کرده و این گزارش، رسمی نکرده، بلکه آنچه در حضور وی گزارش شده است را تنظیم کرده و این گزارش، نادرست بود. در جای که محتوای سند رسمی در حضور موظف عمومی واقع نشود و از طرف دیگران برای وی گزارش شود، اعتبار سند نسبت به مورد پیشین ضعیف تر است و خلاف آن با دلایل دیگر قابل اثبات است.

خلاصه همه آنچه در مورد اعتبار سند رسمی و کیفیت اثبات خلاف آن در رابطه میان اشخاص ذی نفع مطرح شد، در رابطه با شخص سوم نیز اجرا می گردد، اعم از این که ادعای جعلیت نسبت به سند رسمی شود، یا ادعای دیگر مخالف سند رسمی شود.^{۱۷۹}

ج: اصل و رونوشت سند رسمی

ماده ۹۹۳ قانون مدنی در مورد رونوشت سند رسمی، بیان می دارد: «(۱) هرگاه اصل سند رسمی موجود باشد، سواد رسمی آن اعم از خطی و فوتوگرافی، در حدودی که با اصل مطابقت داشته باشد، حجت تلقی می شود. (۲) مادامی که یکی از طرفین در مطابقت سواد سند با اصل سند اعتراض نداشته باشد، کاپی سند مطابق اصل تلقی می شود و در صورت اعتراض، به اصل سند مراجعه می گردد».

ماده ۹۹۴ همین قانون بیان می دارد: «هرگاه اصل سند رسمی موجود نباشد، به کاپی سند به صورت ذیل اعتبار داده می شود. (۱) در صورتی که سواد رسمی از اصل سند گرفته شده و شکل ظاهری آن مطابقت آن را با اصل، بدون هیچ گونه شک و تردید تأیید نماید، در این حالت، طرفین می تواند، تطبیق آن را با اصل سند مطالبه نمایند. (۲) در صورتی که سواد رسمی از سواد اصل سند گرفته شده باشد، حجت تلقی نمی شود، مگر قاضی می تواند از آن به حیث قرینه قضایی استفاده نماید».

^{۱۷۹} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۵۷.

در مورد اصل سند رسمی و اعتبار آن به قدر کافی بحث شد، در این جا، بحث در مورد اعتبار رونوشت سند رسمی است. پیش از این که در مورد اعتبار رونوشت سند رسمی بحث کنیم، شایسته است فرق میان اصل و رونوشت سند رسمی بیان شود.

همه محتویات سند رسمی، همین طور امضا و مهر آن، روی اصل سند واقع می شود و اصل سند رسمی توسط موظف عمومی تنظیم می گردد. در حالی که رونوشت توسط موظف عمومی تنظیم نشده و مهر یا امضا هم در رونوشت واقع نشده است، بلکه رونوشت از اصل سند رسمی تهیه می شود و توسط موظف عمومی مرود تأیید قرار می گیرد؛ یعنی موظف عمومی مطابقت رونوشت را با اصل مورد تأیید قرار داده است. از این لحاظ که رونوشت با اصل توسط موظف عمومی تأیید شده به عنوان سند رسمی شمرده می شود و رسمیت آن هم از جهت رونوشت بودن است، نه از جهت اصل سند. ماده ۹۹۳ قانون مدنی در مورد رسمی بودن رونوشت بیان می دارد: «هرگاه اصل سند رسمی موجود باشد، سواد رسمی آن... حجت تلقی می شود» مراد از «سواد رسمی» در این ماده، همان رونوشت رسمی است. فرض بر این است که رونوشت با اصل سند رسمی مطابقت همه جانبه دارد؛ یعنی آنچه که در اصل سند وجود دارد در رونوشت نیز موجود است.

در رونوشت میان رونوشت خطی و فتوکاپی تفاوتی وجود ندارد. البته، به شرطی که رونوشت رسمی باشد و با اصل مطابقت داشته باشد، گرچه فتوکاپی دقیق تر است.

اگر رونوشت سند رسمی، رسمی نباشد و عرفی باشد؛ یعنی توسط موظف عمومی مطابقت با اصل آن مورد تأیید قرار نگرفته باشد، اعتباری ندارد.

با این که رونوشت رسمی سند رسمی اعتبار دارد؛ اما اعتبار رونوشت رسمی از خود سند رسمی کمتر است. بدین سبب که میان دو فرض زیر باید تفاوت قایل شد:

۱- فرضی که اصل سند رسمی وجود دارد.

۲- فرضی که اصل سند رسمی وجود ندارد.

۱- اعتبار رونوشت سند رسمی در فرض وجود اصل

چنانچه اصل سند موجود باشد، رونوشت رسمی آن معتبر است. ماده ۹۹۳ قانون مدنی در این مورد، بیان می دارد: «(۱) هرگاه اصل سند رسمی موجود باشد، سواد رسمی آن، اعم از خطی و فوتوگرافی، در حدودی که با اصل مطابقت داشته باشد، حجت تلقی می شود. (۲) مادامی که یکی از طرفین در مطابقت سواد سند با اصل سند اعتراض نداشته باشد کاپی سند مطابق اصل تلقی می شود و در صورت اعتراض، به اصل سند مراجعه می گردد».

چنان که بیان شد، بعد از تنظیم سند رسمی، یک نسخه آن در آرشیف مرکز تنظیم کننده ذخیره و به هریک از اشخاص ذی نفع یک نسخه داده می شود. بنابراین، در بیشتر موارد، رونوشت رسمی سند

اعتبار دارد؛ زیرا اصل سند رسمی در آرشیف موجود است، مواردی که اصل وجود نداشته باشد، بسیار اندک است.

برای این فرض که رونوشت رسمی اعتبار دارد دو شرط زیر باید احراز گردد:

اول- این که اصل سند رسمی باید موجود باشد تا در صورت نیاز مراجعه به اصل امکان پذیر باشد.

دو- رونوشتی که به آن استناد می گردد سند اصلی نیست، بلکه رونوشت از سند اصلی است؛ ولی این رونوشت، باید رسمی باشد بنابراین، چنانچه رونوشت رسمی نباشد، اعتبار ندارد.^{۱۸۰}

چنانچه شرایط بیان شده، احراز گردد، رونوشت رسمی معتبر است، اعم از این که رونوشت خطی یا فتوکاپی باشد. اعتبار رونوشت رسمی برای اثبات ادعا براساس قرینه قانونی است که در بند ۲ ماده ۹۹۳ قانون مدنی آمده است: بند ۲ ماده ۹۹۳ در این مورد، بیان می دارد: «(۲) مادامی که یکی از طرفین در مطابقت سواد سند با اصل سند اعتراض نداشته باشد، کاپی سند مطابق اصل تلقی می شود. و در صورت اعتراض، به اصل سند مراجعه میگردد».^{۱۸۱}

۲- اعتبار رونوشت در صورت نبود اصل

در صورتی که اصل سند موجود نباشد، در رونوشت سند رسمی باید میان دو صورت زیر تفاوت قایل شد:

یک- رونوشت رسمی اصلی؛ یعنی رونوشت رسمی به طور مستقیم از اصل سند رسمی گرفته شده است.

دو- رونوشت رسمی غیر اصلی؛ یعنی رونوشت رسمی به طور مسقیم از اصل سند گرفته نشده، بلکه از روی رونوشت رسمی گرفته شده است؛ به بیان دیگر، با یک واسطه از اصل سند رسمی گرفته شده است

به طور معمول اصل سند رسمی مفقود نمی گردد؛ زیرا اصل سند در آرشیف اداره تنظیم کننده ذخیر می گردد، با این حال، اگر اصل سند رسمی مفقود گردد، در این صورت خواهان که به رونوشت رسمی تمسک کرده، مکلف است فقدان اصل آن را اثبات کند.^{۱۸۲} در این جا، باید میان دو رونوشت زیر تفاوت قایل شد:

- اعتبار رونوشت سند رسمی اصلی

رونوشت رسمی سندی که اصل آن موجود نباشد، دارای همان اعتبار سند اصلی است. البته، به شرطی که ظاهر و شکل رونوشت رسمی بدون شک و تردید با اصل مطابقت داشته باشد، یعنی ظاهر

۱۸۰. السنهوری، ص ۱۶۳.

۱۸۱. قانون مدنی، پیشین ص ۱۶۲.

۱۸۲. همان، ص ۶۶.

رونوشت مخدوش نباشد. در این صورت، نیاز به مطابقت با سند اصلی نیست؛ زیرا سند اصلی وجود ندارد، تا با آن تطبیق شود. بند ۱ ماده ۹۹۴ قانون مدنی در این مورد، بیان می‌دارد: «هرگاه اصل سند موجود نباشد، به کاپی سند به صورت ذیل اعتبار داده می‌شود: ۱- در صورتی که سواد رسمی از اصل سند گرفته شده و شکل ظاهری آن مطابقت آن را با اصل، بدون هیچ گونه شک و تردید تأیید نماید. در این حالت، طرفین می‌توانند، تطبیق آن را با اصل سند مطالبه نمایند.»^{۱۸۳}

سزاوار یاد آوری است که نه تنها در ترجمه این ماده، اشتباه شده، بلکه در تدوین ماده یاد شده، اشکال جدی وجود دارد؛ زیرا بند دوم در ماده یاد شده، وجود داشته که بخش اول آن، حذف گردیده و بخش آخر آن در ذیل بند اول آورده شده است که کل معنا را دچار مشکل ساخته است، به گونه‌ای که بند ۱ ماده ۹۹۴ قانون مدنی فعلاً چنان دچار ابهام و تناقص است که هیچ معنای نمی‌توان برای آن درست کرد؛ زیرا در اول ماده بیان می‌دارد اگر اصل سند وجود نداشته باشد، به رونوشت آن به صورت ذیل اعتبار داده می‌شود، بعد در آخر بند اول مقرر می‌دارد: «در این حالت، طرفین می‌توانند تطبیق آن را با اصل سند مطالبه نمایند.» اگر اصل سند وجود ندارد، پس چگونه ممکن است مطابقت رونوشت را با اصل مطالبه کند؟!.

راه حل این است که به متن عربی مراجعه کرده و آن را تفسیر کنیم. ماده ۹۹۴ قانون مدنی اول به زبان عربی تدوین شده است و در متن عربی شماره ماده یاد شده، ۱۰۰۳ است که چنین مقرر شده است: «إذا لم يكن أصل السند الرسمي موجودا كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

أ) يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الاصل متى كان مظهرها الخارجي يوكد مطابقتها الاصل.

ب) و يكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها و لكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الاصل». پیشنهاد می‌شود ماده ۹۹۴ قانون مدنی چنین اصلاح شود: «هرگاه اصل سند رسمی موجود نباشد، به رونوشت آن به صورت زیر اعتبار داده می‌شود:

۱- در صورتی که رونوشت رسمی از اصل سند گرفته شده و شکل ظاهری آن مطابقت آن را با اصل، بدون هیچ گونه شک و تردید، تأیید کند، معتبر است.

۲- در صورتی که رونوشت رسمی از رونوشت اصلی گرفته شده باشد، اعتبار رونوشت اصلی را دارد، در این حالت، طرفین می‌توانند، تطبیق آن را با رونوشت اصلی مطالبه کنند.

۳- در صورتی که رونوشت از روی رونوشت رسمی که از رونوشت اصلی گرفته شده، تهیه گردد، اعتبار ندارد، مگر قاضی می‌تواند از آن به عنوان قرینه قضایی استفاده کند.»

اگر بند سوم حذف گردد، مشکلی خاصی پیش نمی‌آید.

^{۱۸۳} . همان قانون مدنی ۱۶۳.

شایسته یادآوری است که اعتبار رونوشت رسمی ناشی از سند اصلی نیست، زیرا سند اصلی وجود ندارد و از بین رفته است، بلکه این اعتبار، ذاتی خود رونوشت رسمی است.^{۱۸۴}

- اعتبار رونوشت رسمی گرفته شده از روی رونوشت رسمی اصلی

این رونوشت، رونوشت رسمی اصلی نیست که به طور مستقیم از سند اصلی گرفته شده باشد، بلکه رونوشت رسمی است که از روی رونوشت رسمی اصلی گرفته شده است؛ به بیان دیگر، با یک واسطه از روی سند اصلی گرفته شده است. بنابراین، اعتبار این رونوشت، بیشتر از رونوشت اصلی موجود باشد، تا در صورت اختلاف، به رونوشت اصلی مراجعه شود. به همین سبب است که اعتبار این رونوشت، ذاتی نیست، بلکه به کمک و قرینه رونوشت رسمی اصلی می باشد و به محض انکار یا تردید، قرینه از بین می رود و باید به رونوشت رسمی اصلی مراجعه شود. در صورت مراجعه با رونوشت رسمی اصلی اگر مطابقت داشت، همان اعتبار رونوشت رسمی اصلی را دارد، که پیش تر مفصل بیان شد، اگر مطابقت نداشت، هیچ اعتباری ندارد و دور انداخته می شود؛ ولی به رونوشت اصلی رسمی که دارای اعتبار است به عنوان دلیل می توان استناد کرد.^{۱۸۵}

تا این جا، بحث از اعتبار رونوشت رسمی گرفته شده از روی رونوشت رسمی اصلی در صورتی بود که رونوشت رسمی اصلی موجود باشد و در صورت عدم پذیرش، به رونوشت اصلی مراجعه می گردد؛ اما بحث فعلی در این است که اگر رونوشت رسمی اصلی موجود نباشد آیا رونوشت رسمی گرفته شده از روی رونوشت رسمی اصلی، اعتبار دارد؟

قانون گذار در این مورد، سکوت کرده و هیچ ماده قانونی در این مورد، وجود ندارد. بنابراین، نمی تواند به چنین رونوشتی اعتماد کرد، در نهایت قاضی می تواند از چنین رونوشتی به عنوان قرینه قضایی استفاده کند.^{۱۸۶} و این، چیزی است که در بحث آینده مطرح می گردد.

— اعتبار رونوشت تهیه شده از روی رونوشت رسمی که از روی رونوشت اصلی گرفته شده

در این صورت، رونوشت با دو واسطه از روی سند اصلی تهیه شده است، یعنی رونوشت سوم از اصل سند شمرده می شود.

اگر رونوشت اصلی موجود باشد، باید آن را حاضر کند. رونوشت اصلی به تفصیلی که بیان شد، اعتبار دارد و رونوشت سوم به دلیل مطابقت با رونوشت اول در صورت موجودیت آن، معتبر است. رونوشت سوم به قرینه مطابقت با رونوشت اصلی معتبر نیست، بخلاف رونوشت دوم که به قرینه مطابقت با رونوشت اصلی معتبر است و بخلاف رونوشت اول که به قرینه مطابقت با اصل سند معتبر است. چه رونوشت سوم با رونوشت دوم مطابقت داشته باشد، در صورت موجود بودن رونوشت دوم،

۱۸۴ . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین،، ص ۱۶۸.

۱۸۵ . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین،، ص ۱۶۹

۱۸۶ . همان، ص ۱۶۹.

یا مطابقت نداشته باشد، هیچ ارزش و اعتباری ندارد، بلکه آنچه مهم است مطابقت رونوشت سوم با رونوشت اول و اصلی است اگر موجود باشد.

اگر رونوشت اصلی و اول موجود نباشد، چنان که سند اصلی نیز موجود نیست، در این صورت، چه رونوشت سوم با رونوشت دوم مطابقت داشته باشد، یا نداشته باشد، اعتبار ندارد، جز به عنوان قرینه قضای.^{۱۸۷} (ذیل بند ۲ ماده ۹۹۴ قانون مدنی).

د: قدرت اثباتی سند رسمی

سند رسمی در رابطه به طرفین، ورثه آنها و قائم مقام شان در هر حال معتبر می باشد و قبل از دوران دعوی دلیل اثبات و الزام است این موضوع را ماده (۲۸۴) اصول محاکمات مدنی افغانستان چنین بیان میدارد: اسناد رسمی در مورد مقر، ورثه و قائم مقام آن قبل از دوران دعوا قابل اعتبار و دلیل الزام است.^{۱۸۸}

- ادعای جعلیت بالای سند رسمی:

طوریکه قبلاً بیان شد سند رسمی دلیل اثبات و الزام است اما این گفته مطلق نبوده بلکه سلسله شرایط را در ضمن دارد که با تحقق دو شرط ذیل میتوان گفت که اسناد رسمی دلیل اثبات و الزام است.

۱- عاری بودن از جعل و تزویر

۲- دارای ثبت محفوظ به دیوان قضاء یا اداره دولتی باشد.

ماده (۲۸۷) اصول محاکمات مدنی در زمینه چنین بیان می دارد: فرامین، اسناد، فیصله ها و قرار های قطعی محکمه در صورتیکه عاری از جعل و تزویر بوده و دارای ثبت محفوظ به اداره دولتی یا دیوان قضا، باشد اسناد مثبتة شناخته شده دلیل اثبات و الزام است.^{۱۸۹}

بناءً در صورتیکه ادعای جعل یا تزویر بالای یک سند رسمی از طرف شخصی یا ارگانی صورت گیرد تا زمانیکه موضوع جعل آن بررسی نشود دلیل اثبات و الزام شده نمی تواند و قتیکه ادعای جعل یا مشبوهیت بالای یک سند رسمی صورت گیرد و سند ارائه شده مورد ادعای جعل مشبوهیت و جعل در ماهیت دعوی موثر باشد، هیئت قضایی محکمه مکلف اند که اصل دعوی را متوقف و جعل را مورد بررسی قرار دهند. در صورتیکه جعل وارد دانسته شد و از طرف مدعی جعل به اثبات رسید، محکمه ذریعه یک فیصله سند را باطل و از اعتبار ساقط می سازد و در صورتیکه جعل وارد دانسته نشود و مدعی جعل، جعل را به اثبات رسانده نتواند آنگاه اصل دعوی به جریان می افتد چنانچه ماده (۳۱۰) اصول محاکمات مدنی این موضوع را چنین بیان می دارد: ۱- هرگاه سند مورد ادعای مشبوهیت و یا

^{۱۸۷} . همان، ص ۱۷۰ و ۱۷۱.

^{۱۸۸} اصول محاکمات مدنی ص ۸۸

^{۱۸۹} قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۲۸۷.

جعل در ماهیت دعوی مؤثر نباشد. نیز در محکمه مدار اعتبار نبوده مدارک و اسناد دیگری مدعی را استماع می نماید.

۲- هرگاه سند ارائه شده ای مورد ادعای مشبوهیت و جعل در ماهیت دعوی مؤثر باشد محکمه قرار مبنی بر رسیدگی دعوی مشبوهیت یا جعل را صادر و اصل دعوی دایر شده را الی طی مراحل نهایی متوقف می سازد.^{۱۹۰}

مطلب دوم: سند عرفی

تعریف سند عرفی

هر سندی که رسمی نباشد؛ ولی دارای مهر، امضا یا اثر انگشت اشخاص ذی نفع باشد، به عنوان سند عرفی شناخته می شود. بند ۲ ماده ۹۹۱ قانون مدنی بیان می دارد: «در صورتی که ورق مذکور صفت سند رسمی را کسب ننموده، مگر اشخاص ذی علاقه به آن امضاء، مهر یا نشان انگشت نموده باشد، حیثیت سند عرفی را دارد.» ماده ۹۹۵ قانون مدنی بیان می دارد: «صدور ورق عرفی از طرف امضا کننده اعتبار داده می شود، مگر این که شخص از امضاء مهر و نشان انگشت خود صراحتاً انکار کند، مگر این که قانون خاص طور دیگری حکم نموده باشد». بنابراین، همه اسنادی که افراد تنظیم می کنند یا نامه های خصوصی، اسنادی که موظف عمومی بدون رعایت مقررات یا خروج از صلاحیت تنظیم می کند، محتویات سند را گواهی امضا کرده باشد، تمام دفاتر تجاری، اسناد تجاری اعم از چک، سفته و برات همگی اسنادی عادی هستند.^{۱۹۱}

اسناد عرفی که دارای اعتبار و قدرت اثبات است به دو دسته تقسیم می شود.

اسناد عرفی که از پیش برای اثبات تهیه شده است و از دلایل تمهیدی نامیده می شود. چنین اسنادی، باید توسط کسی امضا شده باشد که به ضرر او دلیل شمرده می شود.

اسنادی که از پیش برای اثبات تهیه نشده است؛ ولی قانونگذار آن را برای اثبات تا مقدار معین معتبر می داند. چنین دلایلی را دلایل عارضی گویند. بیشتر این اسناد بدون امضای کسی است که به ضرر او حجت شمرده می شود؛ مانند دفاتر تجاری برخی دیگر از این دلایل، دارای امضا است، گرچه در اصل برای اثبات تهیه نشده است، مانند نامه های الکترونیکی.

جزء اول: اسناد عرفی تمهیدی

سند عرفی تمهیدی عبارت است از هر سندی عرفی که از پیش برای اثبات حق تهیه و تنظیم گردد. در این گفتار، از شرایط صحت و اعتبار این اسناد، بحث می شود.

^{۱۹۰} همان ماده ۳۱۰،
^{۱۹۱} قانون مدنی پشین، ص ۱۶۲ و ۱۶۳.

الف: شرایط صحت اسناد عرفی

شرط اساسی سند عادی کتابت و نوشته بودن آن است؛ یعنی آنچه از تصرفات یا واقعه حقوقی را که تعهد می کند باید در سند بنویسد.^{۱۹۲}

افزون به نوشتن، امضاء، مهر یا اثر انگشت متعهد نیز لازم و ضروری است.^{۱۹۳} بند ۱ ماده ۹۹۵ قانون مدنی در این مورد بیان می دارد: «(۱) صدور ورق عرفی از طرف امضا کننده اعتبار داده می شود، مگر این که شخص از امضاء، مهر و نشان انگشت خود صراحتاً انکار نماید، مگر این که قانون خاص طور دیگری حکم نموده باشد.» (ماده ۲۸۹ قانون اصول محاکمات مدنی) اگر تصرف حقوقی عقد باشد و برای دو طرف ایجاد تعهد کند؛ مانند بیع و اجاره، و چنین تصرفی حقوقی که در سند عرفی ثبت شده باشد، لازم است که دو طرف قرار داد آن را امضا کنند؛ اما اگر تصرف حقوقی تنها برای یک طرف ایجاد تعهد کند؛ مانند ودیعه، در این صورت، تنها امضای امین در سند لازم است و اگر پرداخت دین باشد، تنها امضای داین ضروری است؛ یعنی امضای کسی لازم است که سند به ضرر او تنظیم شده است. در سند عرفی باید امضای شخص متعهد باشد، نه امضای شخص دیگر. بنابراین، چنانچه در سند عرفی امضای خود متعهد نباشد، ولی امضای امین یا رئیس دفتر وی باشد، سند باطل است و اعتباری ندارد، اما تنظیم خود سند و نوشتن مطالب سند می تواند توسط مدیون، داین یا شخص سوم باشد. سندی که امضاء، مهر یا اثر انگشت نداشته باشد، باطل است و هیچ اعتباری ندارد، حتی به عنوان مبدأ ثبوت سند تحریری (بند ۲ ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی) نمی تواند باشد، مگر این که با دست خط مدیون باشد.

اسناد عرفی به طور معمول امضا می شود؛ ولی مانعی ندارد که مهر یا اثر انگشت زده شود. مهر، امضا و اثر انگشت معمولاً در آخر سند زده می شود تا همه محتویات سند را تأیید کند.

داشتن تاریخ شرط صحت سند عرفی نیست، مگر در موارد خاص که قانون به آن تصریح کرده باشد؛ مانند چک، سفته و پشت نویسی.^{۱۹۴}

اگر سند عرفی باطل شد، بطلان سند عادی سبب بطلان تصرف حقوقی که برای اثبات آن تهیه شده، نمی گردد، بلکه تصرف حقوقی به حال خود باقی است و با دلایل دیگر قابل اثبات می باشد.

ب: اعتبار سند عرفی

ماده ۹۹۵ قانون مدنی بیان می دارد: «(۱) صدور ورق عرفی از طرف امضا کننده اعتبار داده می شود، مگر این که شخص از امضاء، مهر و نشان انگشت خود صراحتاً انکار نماید، مگر این که قانون خاص طور دیگری حکم نموده باشد.» (۲) در مورد خلف و وارث، قسم به عدم علم کفایت میکند.»

^{۱۹۲} . همان، ص ۱۷۰ و ۱۷۱.

^{۱۹۳} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۷۶. والکیلانی، محمود، پیشین، ص ۵۵.

^{۱۹۴} . قانون مدنی، پیشین ص ۱۶۴ و ج ۳ ص ۲۰.

از این ماده، استفاده می شود او این که سند عرفی نسبت به همه اعتبار دارد؛ به بیان دیگر، سند عرفی هم نسبت به دو طرف سند و هم نسبت به اشخاص سوم اعتبار دارد.

دوم این که سند عرفی از جهت صدور آن از طرف امضا کننده معتبر است تا زمانی که امضا کننده امضای خود را انکار نکرده است و از جهت صحت محتوای سند عرفی معتبر است تا این که خلاف آن اثبات گردد.^{۱۹۵}

ج: اعتبار سند عرفی نسبت به دو طرف سند

اعتبار سند عرفی یک نوبت از جهت صدور آن، نوبت دیگر از جهت صحت محتوای آن، مورد بحث قرار می گیرد.

- اعتبار سند عرفی از لحاظ صدور آن از طرف امضا کننده

چنانچه دارنده سند عرفی آن را به ضرر امضا کننده آن به کار گیرد، امضا کننده یکی از موارد زیر را باید انتخاب کند، یا صدور سند عرفی و همین طور امضای آن را می پذیرد یا صدور سند عرفی را به طور کامل از طرف خود انکار می کند، یا بخشی از آن را انکار می کند؛ با سکوت اختیار می کند. براساس ماده ۹۹۵ قانون مدنی، سکوت به منزله اعتراف و قبول صدور سند از جانب خود است. بنابراین، چنانچه صاحب امضا بخواهد سند عرفی را تأیید نکند تنها راه آن، انکار صریح آن است؛ در غیر این صورت، سند عرفی معتبر است؛^{۱۹۶} اما براساس ماده ۲۹۱ قانون اصول محاکمات مدنی، سکوت در حکم انکار است. ماده یاد شده، بیان می دارد: «اشخاصی که اسناد عرفی به مهر، امضاء و یا شصت شان در یک خصومت ارائه می شود مکلف اند که مهر و امضاء و یا شصت خود را تصدیق و یا انکار نمایند، سکوت در حکم انکار است». ماده ۹۹۵ قانون مدنی و ماده ۲۹۱ قانون اصول محاکمات مدنی در مورد سکوت صادر کننده سند عرفی، نسبت به تأیید یا در آن به نحوی می توان گفت: تعارض دارند. راه حل تعارض، این است ماده ۲۹۱ قانون اصول محاکمات مدنی را بر ماده ۹۹۵ ترجیح دهیم. ترجیح یاد شده، مستند به دلایل زیر است:

نخست این که ماده ۲۹۱ قانون اصول محاکمات مدنی صراحت دارد که سکوت در حکم انکار است؛ اما ماده ۹۹۵ قانون مدنی صراحت ندارد، بلکه دلالت دارد که سکوت به منزله تأیید است در جای که صریح با مفهوم یا دلالت تعارض کند، صریح ترجیح دارد. ماده ۷۰۸ قانون مدنی در این مورد بیان می دارد: «برابر صریح به دلالت اعتبار داده نمی شود، هرگاه مفهوم هر دو معارض هم واقع گردد، به صریح ترجیح داده می شود».

^{۱۹۵} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، ص ۱۸۸.

^{۱۹۶} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱۸۸.

دوم- این که ماده ۲۹۱ قانون اصول محاکمات مدنی از لحاظ زمان تصویب، بعد از ماده ۹۹۵ قانون مدنی است؛ به بیان دیگر ماده ۲۹۱ بعد از ماده ۹۹۵ به تصویب رسیده است. بنابراین، چنانچه میان دو ماده یاد شده، تعارض صریح باشد، ماده ۲۹۱ قانون اصول محاکمات مدنی، ماده ۹۹۵ قانون مدنی را لغو می کند.

اگر امضا کننده سند عرفی صدور آن را از جانب خود بپذیرد، در این صورت صدور و امضای آن از جانب امضا کننده پذیرفته می شود و در قوت و قدرت اثبات از نظر صدور و امضا مانند سند رسمی است. بعد از آن امضا کننده نمی تواند صدور و امضای آن را از جانب خود انکار کند، مگر این که ادعای جعل و تزویر کند که نیاز به اثبات دارد. ماده ۲۸۹ قانون اصول محاکمات مدنی در این مورد، بیان میدارد: « اسناد عرفی که بین طرفین تحریر و به امضا مهر و یا شصت شان رسیده باشد، در صورتی که جانبین مهر و امضاء و شصت شان را تصدیق کنند؛ مانند اسناد رسمی قابل اعتبار می باشد».^{۱۹۷}

اگر به طور کامل یا بخشی سند عرفی را انکار کند، یا صاحب امضا سکوت کند، در این دو صورت استدلال کننده به سند عرفی مکلف است صدور و امضای صادر کننده را اثبات کند و آن هم از طریق واگذار کردن آن به تحقیق و کار شناس صورت می گیرد

انکار تنها نسبت به سند عرفی انجام می شود؛ اما جعل و تزویر نسبت به همه اسناد، اعم از عرفی و رسمی انجام می گردد. به بیان دیگر، نسبت به سند عرفی هم می تواند ادعای جعل و تزویر مطرح کرد و هم می تواند آن را انکار کند. اگر امضا کننده نسبت به سند عرفی ادعای جعل کند، در این صورت مکلف است که ادعای خود را به اثبات رساند که کاری مشکل است، اما اگر سند عرفی را امضا کننده انکار کند، نیاز به اثبات ندارد، در این صورت، کسی که به سند عرفی استناد و استدلال کرده، مکلف به اثبات صحت و صدور آن از طرف امضا کننده است.

اگر صاحب امضا صدور سند عرفی را انکار کند، بعد از تحقیق و کارشناسی صدور آن از جانب امضا کننده اثبات گردد، در این صورت سند عرفی مانند این است که امضا کننده به صدور آن اعتراف کرده است و در قدرت اثبات مانند سند رسمی است. در جمیع احوال، اعم از این که به صدور و صحت آن اعتراف کرده باشد، یا سکوت کرده باشد، یا انکار کرده باشد، بعد از تحقیق و کارشناسی صدور آن مورد تأیید قرار گرفته باشد، صاحب امضا می تواند ادعای جعل و تزویر را نسبت به سند عرفی مطرح کند، چنان که نسبت به سند رسمی می تواند ادعای جعل را مطرح کند در این صورت، بار اثبات جعل به عهده مدعی جعل است.^{۱۹۸}

- اعتبار سند عرفی از جهت صحت محتوای آن

^{۱۹۷} . قانون مدنی، و قانون اصول محاکمات مدنی، مرجع پیشین.

^{۱۹۸} . السنهوری، پیشین، ص، ۱۸۹، ۱۹۰، ۱۹۱.

میان صدور محتوای سند عرفی از طرف امضا کننده و صحت محتوای آن، باید فرق گذاشت، به این معنا که محتوای سند عرفی جدی است، یا صوری؟... در رابطه به صدور محتوا از جانب امضا کننده همان طور که بیان شد به محض انکار از اعتبار می افتد و در این مورد، نیاز به ادعای جعل و تزویر نیست، اما نسبت به صحت محتوای سند، فرض این است که محتوای سند عرفی صحیح و جدی است و ذکر آن سند عرفی قرینه بر صحت آن است، اما عکس این قرینه، قابل اثبات است. بنابراین، صاحب امضا می تواند در برابر طرف مقابل اثبات کند که محتوای سند عرفی صوری است. صوری بودن سند عرفی، با انکار صاحب امضا امکان پذیر نیست، بلکه باید آن را براساس قواعد عمومی اثبات، اثبات کند و بار اثبات به عهده صاحب امضا است. از جمله قواعد عمومی اثبات این است که مخالف سند عرفی و نوشته، تنها با نوشته قابل اثبات است.

از جمله محتوا سند عرفی تاریخ آن است. تاریخ ثبت شده در سند عرفی صحیح فرض می شود، مگر این که صاحب امضا اثبات کند که تاریخ ثبت شده در سند عرفی صحیح نیست و اثبات این کار، تنها با نوشته امکان پذیر است.^{۱۹۹}

جزء دوم: سند عرفی عارضی

سند عرفی عارضی

در جزء پیشین، از سند عرفی بحث شد که از پیش برای اثبات حق تهیه شده بود، چنین اسناد وقتی دلیل پنداشته میشود که مهر، امضاء یا اثر انگشت تهیه کنندگان یا مهر، امضاء یا اثر انگشت شخص متعهد را داشته باشد در این جزء از اسناد عرفی بحث میشود که از پیش برای اثبات حق تهیه نشده است، ولی قانون گذار برای آن ارزش و اعتبار اثباتی قایل شده و برای اعتبار آن امضاء، مهر یا اثر انگشت شرط نیست.

چهار نوع سند عرفی در قانون مدنی مطرح شده است که از پیش برای تهیه نشده است ولی قانون گذار برای هریک از آنها، ارزش و اعتبار خاص قایل شده است. این اسناد، عبارتند از:

نامه ها و اوراق تلگرام؛

دفاتر تجاری

دفاتر و اوراق غیر تجاری

پاراف یا پشت نویسی به برائت ذمه مدیون.^{۲۰۰}

^{۱۹۹} . همان، ص ۱۹۵.

^{۲۰۰} . رسولی، عبدالحسین، ادله اثبات دعوی در حقوق افغانستان. ص ۱۴۷.

قدرت اثباتی سند عرفی:

اسناد عرفی یا عادی نیز دارای اعتبار و قدرت اثبات می باشند اما قدرت اثباتی سند عرفی در سیستم حقوقی کشورها به گونهای مختلف می باشد و متفاوت است در بعضی کشورها دارای قدرت و اعتبار بیشتری است و در بعضی کمتر، با مطالعه مواد قانون افغانستان دیده می شود که سند عرفی در دو حالت دارای اعتبار و قدرت اثبات الزام است.

۱- در صورتیکه طرفین امضاء کننده سند عرفی امضاء و شصت شانرا در سند تصدیق و تأیید نمایند این موضوع در ماده (۲۸۹) قانون اصول محاکمات مدنی چنین تذکر یافته است: اسناد عرفی که بین طرفین تحریر و به امضاء، مهر و شصت شان رسیده باشد در صورتیکه جانبین مهر و امضاء، شانرا تصدیق کنند مانند اسناد رسمی قابل اعتبار می باشد.

۲- سند عرفی که به خط و کتابت شخص تحریر و امضاء شده باشد در صورت مدار اعتبار و دلیل اثبات است که خط و امضای شخص تحریر کننده توسط کار شناس مربوط فن و اهل خبره (کریمینالتخنیک) تثبیت گردد. این مسئله را ماده (۲۹۰) اصول محاکمات مدنی چنین توضیح میدارد: سند عرفی که به خط و کتابت شخص تحریر و امضاء شده در صورتیکه خط و امضای وی ذریعه کارشناس مربوط و اهل خبره تثبیت گردد مانند سند رسمی مدار اعتبار است.^{۲۰۱}

^{۲۰۱} قانون اصول محاکمات مدنی، ص ۹۰-۸۹-۹۵

فصل سوم

شهادت وقرینه

مبحث اول: شهادت

الف: تعریف شهادت

شهادت در لغت بمعنی حضور و خبر قاطع می باشد.^{۲۰۲}

شهادت در اصطلاح فقهاء عبارت از اخبار شخص صادقی است برای اثبات یک حق بلفظ اشهد در مجلس قضاء.^{۲۰۳}

عین تعریف برای شهادت در ماده (۳۲۱) اصول محاکمات مدنی افغانستان صورت گرفته است: شهادت شهود عبارت است از اخبار به حق در مجلس قضاء به لفظ اشهد.^{۲۰۴}

ب: رکن شهادت

رکن شهادت عبارت از لفظ اشهد می باشد زیرا نصوص شرعی لفظ اشهد را شرط نموده و در الفاظ قرآن بصیغه امر به همین لفظ آمده است. چنانچه الله متعال می فرماید: {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ}.^{۲۰۵}

و همچنان آیه شریفه {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ}.^{۲۰۶} از این آیات دانشمندان فقه اسلامی رکن بودن لفظ اشهد را در شهادت استنباط نموده اند همچنان شهادت متضمن معنی قسم است لذا باید به لفظ اشهد صورت گیرد.

قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان نیز در ماده (۳۲۱) لفظ اشهد را رکن دانسته است و چنین بیان میدارد: شهادت شهود عبارت است از اخبار به حق در مجلس قضاء به لفظ اشهد.^{۲۰۷} از صراحت این ماده دانسته می شود که لفظ اشهد رکن شهادت شهود را تشکیل می دهد و شاهد باید به لفظ اشهد ادای شهادت نماید.

در رابطه به شهادت، چگونگی اداء شهادت و شرایط آن قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان از ماده ۳۲۱ الی ۳۳۷ خویش بحث نموده و در فقره ۴ ماده ۳۲۱ نصاب شهادت و شرایط آن را تابع احکام شریعت اسلام دانسته است.

^{۲۰۲} . مختار الصحاح، رازی ۳۵۴.

^{۲۰۳} . الدرالمختار، حصکفی ج ۵ ص ۴۶۴- مغنی المحتاج، شریینی ج ۴ ص ۱۴۶- قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان ، ص ۹۹ .

^{۲۰۴} قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان ماده ۳۲۱

^{۲۰۵} . سوره الطلاق آیه ۲.

^{۲۰۶} . البقره آیه ۲۸۲

^{۲۰۷} قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان ص ۹۸

ج: حکم شرعی شهادت

وقتی شهادت با توافر ارکان و شروط آن اداء شود برقاضی واجب و لازم است که براساس و مبنای آن اصدار حکم نماید. تحمل شهادت و اداء آن فرض کفایی است زیرا اگر تمام مردم شهادت را ترک کنند حقوق خلق الله ضایع می شود و با ادای بعضی از اشخاص ضیاع حقوق مرفوع شده و از ذمه بقیه ساقط می شود. ادای شهادت بعد از تحمل فرض عین است و کتمان شهادت بعد از تحمل در صورت مطالبه مدعی از شاهد، جواز ندارد مستند این قول فرموده خداوند می باشد { وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا }^{۲۰۸} شاهدان وقتی که برای ادای شهادت خواسته می شوند ابا نورزند. همچنان این قول خداوند که می فرماید {وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ }^{۲۰۹} شهادت را نپوشید کسیکه شهادت را می پوشاند قلبش گناه کار است. بناء بر دلایل فوق ادای شهادت در حقوق الله بدون مطالبه واجب اما در ادای شهادت در حدود شاهد در بین سترو اعلام مخیر است ولی بهتر و خویتر سترو پوشاندن است بدلیل حدیث شریف: لوسترته بنوبک کان خیراً لک.^{۲۱۰} و حدیث شریف: من ستر مسلماً ستره الله فی الدنيا و الاخره.^{۲۱۱}

مطلب دوم: شروط شهادت

از آن جایکه شهادت در درجه سوم دلایل اثبات قرار دارد و دارای قوت اثباتی است برای اینکه امنیت قضایی به مخاطره نیفتد و ازین دلیل سوء استفاده نگردد شرایطی برای اعتبار شهادت وضع شده است. دسته ای از این شرایط مربوط به شخص شاهد و برخی دیگر مربوط به نحوه یا چگونگی ادای شهادت می شود که آنها را به بررسی می گیریم.

الف- شرایط مربوط به شاهد.

شرایط مربوط به شاهد را میتوان در دو موضوع مورد مطالعه قرار داد، شروط تحمل شهادت و شروط ادای آن که هر یک را به ترتیب بیان می کنیم.

۳- شروط تحمل شهادت

تحمل شهادت عبارت از فهم حادثه و ضبط آن از طریق معاینه و شنیدن می باشد. فقهاء حنفی در تحمل شهادت شروط ذیل را لازم میدانند.^{۲۱۲}

۱- عقل:

شاهد باید عاقل باشد بناءً تحمل شهادت مجنون و صبی لایعقل درست نیست.

^{۲۰۸} . سوره البقره آیه ۲۸۲

^{۲۰۹} سوره البقره آیه ۲۸۳

^{۲۱۰} مسند احمد بن حنبل، ج ۵، ص ۲۱۷، حدیث حضرت هذال «رضی الله عنه» .

^{۲۱۱} . رواه ابوداود، ج ۴ ص ۲۸۷ حدیث ابوهریره.

^{۲۱۲} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۶۶

۲- بصیرت(بینایی)

شرط است که شاهد در حین تحمل شهادت بینا باشد لذا تحمل شهادت شخص کور جواز ندارد زیرا تحمل شنیدن سخن طرف دعوی شرط است و این هم ممکن نیست مگر به دیدن طرف دعوی زیرا صدا و صوتها با هم مشابه می باشند و گاهی اوقات اشخاص می توانند صداها را با هم مشابه بسازند ازین طریق مرتکب شهادت دروغ شوند.

۳- معاینه مشهود به، توسط خود شاهد.

دیدن و معاینه مشهود به (چیزیکه به آن شهادت داده میشود) شرط است که شاهد خودش مشهود به را به چشم دیده و معاینه کند مگر در اموریکه شهادت به شنیدن از مردم هم جواز داشته باشد مثل نکاح، نسب و موت. زیرا شهادت بمعنی حضور و مشاهده است بنادء باید شاهد چیزی را که برایش مثل آفتاب روشن باشد و دیده باشد به آن شهادت بدهد چنانچه در قرآن کریم می خوانیم: {وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا} ۲۱۳

۴- شروط ادای شهادت

۱- اهلیت (عقل و بلوغ)

فقهاء باتفاق نظر، به این باورند که در وقت ادای شهادت، شاهد باید عاقل و بالغ باشد لذا شهادت دیوانه، طفل و سکران(مست) جواز ندارد.

۲- حریت(آزادی)

فقهاء حنفی، مالکی و شافعی شرط میدانند که شاهد در وقت ادای شهادت باید آزاد باشد بنادء شهادت برده جواز ندارد و به این آیه شریفه استدلال می کنند: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» ۲۱۴ در این آیه الله متعال برده مملوک را قادر به هیچ چیز نمیداند لذا شهادت وی هم جواز ندارد. از سوی دیگر شهادت بمعنی ولایت است و برده فاقد ولایت است اما بالمقابل فقهاء حنبلی به این باور اند که شهادت غلام یا برده جواز دارد به دلیل عموم دلالت آیات وارده در باب شهادت و همچنان بیان میدارد که بردگی تاثیری بر ادای شهادت ندارد. ۲۱۵

۳- اسلام:

با اتفاق نظر، فقهاء شرط میدانند که شاهد باید مسلمان باشد در وقت ادای شهادت لذا شهادت کافر بر مسلمان جواز ندارد. اما فقهاء حنفی شهادت اهل ذمه را بر اهل ذمه جواز میدهند.

۲۱۳ سوره اسراء، آیه ۳۶- بدائع الصنائع، کاسانی ج ۶ ص ۲۶۶- اثبات و دلیل و اثبات، کاتوزیان ج ۲ ص ۲۶۶- المغنی لابن قدامه ج ۹ ص.

۲۱۴ سوره النحل آیه ۷

۲۱۵ کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱ ص ۲۶۷- الشرح الکبیر، دردیر ج ۴ ص ۱۶۵- مغنی المحتاج شریینی ج ۴ ص ۱۹۴- المغنی، ابن قدامه ج ۱۰ ص ۱۴۶.

۴- بینایی:

فقهاء حنفی و شافعی شرط میدانند که شاهد باید در وقت ادای شهادت بینا باشد پس شهادت شخص کور جواز ندارد زیرا در شهادت معرفت مشهود له و اشاره بسوی آن در ادای شهادت شرط است و این عمل بدون بینایی صورت گرفته نمی تواند، اما فقهاء مالکی و حنبلی در صورتیکه شاهد صوت را بیقین بشناسد بینایی را شرط نمی دانند مستند قول شان عمومی نصوص درباب شهادت و عادل بودن، شخص مسلمان نابینا می باشد.

۵- نطق: (حرف زدن) فقهاء حنفی، شافعی و حنبلی ناطق بودن و گویندگی را در شاهد در وقت ادای شهادت شرط میدانند. بناءً شهادت گنگ نظر به این دیده گاه جواز ندارد اما فقهاء مالکی شهادت گنگ را در صورتیکه اشاره ای خود را بفهمد و درک کند جواز میدهند.

۶- عدالت: باتفاق نظر فقهاء عدالت را در شاهد شرط میدانند دلیل قول خداوند متعال. ﴿و اشهدوا ذوی عدل منکم﴾^{۲۱۶} از میان تان دو نفر عادل را شاهد بگیرید. بناءً شهادت فاسق، زانی، سارق و شراب خور جواز ندارد.

عدالت: در اصطلاح فقهاء عبارت از اجتناب از گناهان کبیره و عدم اصرار بر گناهان صغیره می باشد در این که شاهد باید عادل باشد شکی وجود ندارد اما پرسش این است که آیا اصل بر عادل بودن شاهد است یا عادل نبودن و بناً براین عدالت باید احراز شود. در فقه اسلامی درین خصوص اختلاف نظر وجود دارد. بعضی اصل را بر عدالت شاهد می گذارند مگر اینکه خلاف آن اثبات گردد و برخی از فقهاء قائل به لزوم و احراز عدالت شاهد می باشند و باور دارند که عدالت شاهد باید برای قاضی به اثبات برسد. و راه به اثبات رساندن عدالت شاهد از طریق تزکیه شهود تحقق پذیر است.^{۲۱۷}

قوانین افغانستان موضوع تزکیه شهود را به فقه اسلامی راجع ساخته است چنانچه ماده (۳۳۷) اصول محاکمات مدنی افغانستان در زمینه چنین مشعر است:

۱- تزکیه شهود ملزمه و چگونگی و شرایط تزکیه تابع احکام شریعت اسلام می باشد. ۲- ستره محکمه مکلف است طرز العمل تزکیه سری و علنی شهود ملزمه را مطابق احکام اسلام تنظیم و مرعی الاجراء قرار دهد.^{۲۱۸}

بناءً لازم است دیدگاه فقهاء را در مورد احراز عدالت ویا تزکیه شهود مختصراً تذکر دهیم:

۱- نظریه امام ابو حنیفه:

^{۲۱۶} . سوره الطلاق آیه ۲
^{۲۱۷} . کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۶۸-۲۷۲ الشرح الکبیر، در دیر ج ۴ ص ۱۶۵-۱۳۸- الدر المختار، حصکفی ج ۵ ص ۳۸۸-۳۹۲ مغنی المحتاج، شریب ج ۴ ص ۴۷۲-۴۴۶ المغنی ابن قدامه ج ۹ ص ۱۸۲-۱۹۸
^{۲۱۸} قانون اصول محاکمات مدنی ۱۰۴

امام ابو حنیفه بظاهر عدالت در مسلمان اکتفاء نموده و براین نظر است که تزکیه و پرسیان از حال شاهد مسلمان صورت نمی گیرد مگر اینکه از طرف خصم برآن طعن وارد شود اما شهود حدود و قصاص را از این امر استثناء می کند. تزکیه و پرسیان از حال شاهد در این دو موضوع حتمی است ولو که خصم برآن طعن وارد نکرده باشد بدلیل اینکه در حدود و قصاص قاضی کوشش می کند که به حیلہ حد یا قصاص را ساقط بسازد و همچنان حدود و قصاص از جمله جرائمی هستند که به شبهه ساقط می شوند بناءً معرفت نهایی از حال شهود لازم می باشد اما در غیر حدود و قصاص که بظاهر عدالت اکتفاء می کند مستند قول امام حدیث شریف { المسلمون عدول بعضهم علی بعض الامحدوداً فی القذف }^{۲۱۹} می باشد.^{۲۲۰}

۲- دیدگاه قاضی ابویوسف و محمد بن حسن شیبانی.

قاضی ابویوسف و محمد به این نظر اند که تزکیه سری و علنی یا پرسیان از حال شاهد در همه حقوق لازم و ضروری است، زیرا قضاء استوار بر حجت است و این نهفته در شاهد عادل می باشد لذا بخاطر شناختن عدالت جهت صیانت حکم از نقض و ابطال بسبب طعن وارد در عدالت شهود تزکیه لازم و ضروری است.^{۲۲۱}

ب: تزکیه شهود

دانشمندان فقه اسلامی در مورد پرسیان وجوباً شدن از حال شاهد به دونوع تزکیه باور دارند و این تقسیم بندی در تعلیماتنامه تزکیه شهود نیز به رسمیت شناخته شده که فعلاً در محاکم افغانستان مرعی الاجراء می باشد بناءً پیرامون هر دونوع تزکیه مختصراً بحث می نمائیم:

۱- تزکیه سری

تزکیه سری طوریست که هیئت قضایی محکمه طی یک نامه سربسته و مختومه از اهالی، امام مسجد و وکیل گذرمحل سکونت شاهد، راجع به اهلیت. عدالت، عقل، اسلام، و مقبول الشهادة بودن شاهد سوال و پرسیان می کنند، از متعلم و محصل از مکتب و پوهنتون از عسکران و افسران از قطعه موظف و از کارمندان دولت از شعبات مربوطه شان معلومات خواسته می شود. اشخاص مذکور مکلف اند راجع به مسائل فوق با در نظر داشت مسولیت جواب ارائه نموده و نامه را همان قسم سربسته و مختومه بدون خبرشدن طرفین دعوی و شاهدان به محکمه ارسال نمایند. سری بدون تزکیه بخاطری است تا طرف مقابل دعوی مزکی را تطمیع نکند تا ابراز نظر غیر عادلانه در مورد شهود نکند.

۲- تزکیه علنی

^{۲۱۹} زیلعی، نصب الرایه، ج ۴ ص ۸۱

^{۲۲۰} مرغنانی، الهدایه، ج ۳ ص ۱۸ بدائع الصنائع، کاسانی ج ۶ ص ۲۷۲-۲۶۸

^{۲۲۱} . مرغنانی، الهدایه، ج ۳ ص ۱۱۸

تزکیه علانیه عبارت از اجتماع مزکین و شهود است که به نزد قاضی به حضور شهود اصل و مزکین علناً تزکیه می شود. یعنی تزکیه علنی گونه ایست که مدعی مکلف است دو نفر شاهد تزکیه کننده را با دو نفر شاهد اصلی که ادای شهادت نموده بودند یکجا به محکمه حاضر نماید، دو نفر شاهد تزکیه کننده در حالیکه خود شان دارای اهلیت شرعی خود باشند در محضر قضا در حالیکه به طرف دو نفر شاهد اصلی اشاره نمایند از اهلیت شرعی، عدالت، مسلم بودن عاقل بودن و مقبول الشهادة بودن دو شاهد اصلی به هیئت قضایی خبر دهند.^{۲۲۲}

۷- عدم تهمت (ذی نفع نبودن)

باتفاق نظر فقهاء در صورت وجود تهمت در ادای شهادت، شهادت را مردود می شمارند و تهمت عبارت از متهم بودن شاهد در شهادت به جلب منفعت برای مشهود له و یا دفع ضرر از وی می باشد. بناً شهادت پسر به نفع پدر و شهادت پدر به نفع پسر و شهادت خصم برای خصم جواز ندارد، همچنان شهادت وکیل برای مؤکل و شهادت شریک برای شریک در امور شرکت جواز ندارد، اما شهادت برادر کاکا، ماما، و دیگر اقارب یکی برای دیگر به اتفاق نظر فقهاء جواز دارد زیرا درین نوع شهادت تهمت مرفوع است چون اموال و منافع افراد مذکور از هم جداست.^{۲۲۳}

ج- شرایط مربوط به نحوه (چگونگی) ادای شهادت:

ادای شهادت باید بگونه ای باشد که قاضی بتواند از آن استفاده نموده حقیقت را از آن کشف نماید و شرایط چگونگی ادای شهادت عبارت اند از:

۱- شهادت باید موافق به دعوی باشد:

۲ شهادت باید موافق به ادعا و خواسته مدعی باشد بناً شهادت مخالف ادعای مدعی قبول نمی شود.

۲- مجلس قضاء:

فقهاء شرط نمودند که شهادت باید در محکمه و پیش روی قاضی باشد پس شهادت بیرون از مجلس قضاء مدار اعتبار نیست همچنان این موضوع را ماده (۳۳۴) اصول محاکمات مدنی نیز شرط نموده و چنین بیان می دارد: شهادت شهود خارج از محکمه اعتبار ندارد.^{۲۲۴}

۳- مطابقت مفاد شهادت شهود بایکدیگر:

^{۲۲۲} مرغینانی، علی بن ابی بکر الهدایه ج ۳ ص ۱۱۸- تعلیماتنامه تزکیه شهود نافذه فرمان شماره (۳۸۲-۵۴) مورخ ۱۹ سنبله ۱۳۳۵
^{۲۲۳} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۶۸-۲۷۲- الشرح الکبیر، در دیر ج ۴ ص ۱۶۵-۱۳۸ الدر المختار، حصکفی ج ۵ ص ۳۸۸-۳۹۲ مغنی المحتاج، شریبینی ج ۴ ص ۴۷۲-۴۴۶- المغنی ابن قدامه ج ۹ ص ۱۸۲-۱۸۵ ۱۹۸
^{۲۲۴} قانوناصول محاکمات مدنی ص ۱۰۳

مفاد شهادت شهود بایکدیگر مطابق باشد و تعارضی با هم نداشته باشد اگر بین شهادت و شهود تعارض موجود بود یعنی مفاد آن باهم مطابقت نداشت و مخالف بود شهادت شهود پذیرفتنی نیست.^{۲۲۰}

مطلب سوم: رجوع از شهادت

رجوع از شهادت طوریبست که شاهد بعد از ادای شهادت می گوید از آنچه شهادت دادم رجوع نمودم و یا الفاظ دیگری که رجوع را بیان دارد، رجوع از شهادت باید در مجلس قضاء باشد همانطوریکه ادای شهادت در مجلس قضاء است. رجوع از شهادت دو حالت را احتوی می کند؛ رجوع از شهادت قبل از حکم قاضی و رجوع از شهادت بعد از اصدار حکم قاضی.

الف: رجوع شاهد قبل از اصدار حکم قاضی

رجوع شاهد قبل از اصدار حکم قاضی صحیح است و قاضی نباید به آن شهادت حکم صادر نماید زیرا شهادت اخبار است و احتمالی غلطی و صحت را دارد.

ب: رجوع شاهد بعد از اصدار حکم قاضی

رجوع شاهد بعد از اصدار حکم قاضی صحیح نیست اگر شهود از شهادت رجوع کند حکم قاضی نقض یا باطل نمی شود، باتفاق نظر فقهاء قاضی حق فسخ آنرا هم ندارد. اما یک عده آثاری براین رجوع مرتب می شود که لازم به بیان می باشد.

۱- شهود ملزم به پرداخت غرامت و تاوان وارده بر مشهود علیه می باشند برابر است که تاوان وارده مال باشد یا دیه و این موضوع، یک مسئله اتفاقی است بین فقهاء

۲- اگر شهادت بر زنا باشد و شهود کلاً با بعضاً رجوع نمایند حد قذف بر بالای همه شهود تطبیق می شود.

۳- در فرضی که رجوع شاهد پس از صدور حکم رخ دهد و حکم قابل تجدید نظر باشد آن مرجع بر پایه حذف اعتبار و اثر شهادت تصمیم می گیرد. و در فرضی که ادعا تنها مستند به شهادت است حکم را می شکند.^{۲۲۶}

مطلب چهارم: قضاء به شهادت غیر مسلمین و نصاب شهادت

غیر مسلمین کسانی اند که معتقد به دین اسلام نمی باشند خواه معتقد به ادیان آسمانی بوده و یا به ادیان وضعی باشند و یا معتقد به هیچ دین و آینی نباشند، این موضوع را باید در میان آراء فقهاء جستجو کرد زیرا درین مسئله قانون افغانستان صراحتی ندارد و موضوع را محول فقه اسلامی میدارد. شهادت غیر

^{۲۲۰} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۷ ص ۳۷۹-۳۳۷.

^{۲۲۱} کاتوزیان اثبات دلیل، ج ۲ ص ۲۸۳- الدرالمختار، حصکفی ج ۴ ص ۴۱۲ الشرح الکبیر، دردیر ج ۴ ص ۲۰۷- مغنی المحتاج شریبئی ج ص ۴۵۶- المغنی ابن قدامه ج ۹ ص ۲۴ ادله اثبات دعوا، کریمی ص ۲۸

مسلمین دو حالت را احتوای می کند شهادت غیر مسلمین بر غیر مسلمان شهادت غیر مسلمین بر مسلمان هر یک را مختصراً مورد بررسی قرار میدهیم.

الف: شهادت غیر مسلمین بر غیر مسلمین

در مورد شهادت غیر مسلمان بر غیر مسلمان که هر دوی شان نسبت به اسلام یک ملت را تشکیل میدهند دو دیدگاه بین فقهاء وجود دارد:

الف- نظریه فقهاء حنفی:

فقهاء حنفی به این باور اند که شهادت کفار یا غیر مسلمین بعضی شان بر بعضی دیگر قبول می شود و استدلال بر قرآن شریف و سنت پیامبر و منطق عقل می کنند:

۱- قرآن کریم:

خداوند در قرآن شریف در سوره آل عمران می فرماید: {وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ} از اهل کتاب (یهود و نصاری) کسانی می باشند که اگر پول زیادی را نزدش امانت بگذاری برایت می گرداند، از این آیه دانسته می شود که در بین اهل کتاب انسانهای امانت دار وجود دارد و در این شکی نیست که شهادت مبتی بر امانت است و همچنان الله متعال، در سوره انفال می فرماید: {وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَصْنَتِهِمْ أَولِيَاءَ بَعْضُهُمْ} درین آیه ولایت بعضی غیر مسلمین را بر بعضی دیگر شان ثابت کرده در حالیکه ولایت بالاتر از شهادت است پس شهادت بعضی غیر مسلمین بر بعضی دیگر هم صحیح است.

۲- سنت پیامبر- خلاصه حدیث جابر بن عبدالله را بیان می کنیم که از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت می کند: یهود یک زن و یک مردی را که زنا نموده بودند نزد رسول الله صلی الله علیه وسلم آوردند رسول الله (ص) برای شان فرمودند چهار نفر از مردان خود را بیاورید که شهادت بدهند. ۲۲۹ از این حدیث دانسته می شود که شهادت غیر مسلمین بر خود غیر مسلمین جائز و صحیح است.

۳- معقول (منطق عقل)

درین شکی نیست که غیر مسلمین هم در یک جامعه باهم زندگی می کند و دربین خود معاملات و عقود مختلف را انجام میدهند و طبیعتاً در بین شان معاملات هم بوجود میاید اما در همه این حالات مسلمان در مجلس شان حاضر نمی باشد که باز در محکمه ادای شهادت نماید بناءً اگر شهادت غیر مسلمین را در

۲۲۷ سوره آل عمران آیه ۷۵

۲۲۸ سوره انفال آیه ۷۳

۲۲۹ الطحاوی، احمد بن محمد، شرح معانی الآثار، ج ۴ ص ۱۴۲

میان خود شان جواز ندهیم این موضوع منجر به ظلم و ضیاع حقوق خود شان میشود. لذا شهادت شان در بین خود شان عقلاً جواز دارد.^{۲۳۰}

ب- نظریه جمهور فقهاء:

جمهور فقهاء به این باوراند که شهادت غیر مسلمین مطلقاً جواز ندارد چپ یک ملت باشند چپ ملتهای مختلف و بدلائیل مختلف و بدلائیل ذیل استناد می کنند؛

۱- خداوند (ج) عدالت را در قبول شهادت شرط نموده چنانچه در آیات متعدد قرآن کریم می خوانیم {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ} ^{۲۳۱} و همچنان آیه شریفه {وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ مِّن رِّجَالِكُمْ} ^{۲۳۲} از دو آیه فوق معلوم می شود که شاهد باید از مسلمانان باشد و عادل باشد در حالیکه غیر مسلمین نه عادل اند و نه مسلمان.

۲- الله متعال در آیات معتد قرآن کریم کفار را به بکذب و فسق به خودش متصف نموده است شهادت فاسق و کاذب جواز ندارد و کسی که برخداوند و خالق خود کذب و فسق کند برهم نوع و مثلش هم می کند لذا شهادتش مدار اعتبار نیست.

۳- قبول شهادت غیر مسلمان منجر به الزام قاضی به شهادتش می شود و جواز ندارد که قاضی مسلمان ملزم به شهادت کافر باشد.

۴- قبول شهادت غیر مسلمین دال بر اکرام و قدرشان می باشد و کفر پستی را تقاضا دارد نه اکرام را بناء امکان جمع بین دوضد تحقق پذیر نیست.^{۲۳۳}

ب: شهادت غیر مسلمین بر مسلمین:

در مورد شهادت غیر مسلمین بر مسلمین، دانشمندان فقه اسلامی دارای دو نظر اند:

۱- دیدگاه جمهور فقهاء (حنفی، مالکی، و شافعی):

جمهور فقهاء به این نظر اند که شهادت غیر مسلمین بر مسلمان روا نیست زیرا شهادت ولایت است و کافر بر مسلمان هیچ نوع ولایت ندارد بدلیل این فرموده الله تعالی: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً} ^{۲۳۴} خداوند برای کافران بر مؤمنان کدام راهی نگشتانده است مقصد از سبباً صلاحیت یا ولایت می باشد.^{۲۳۵}

^{۲۳۰} کاسانی، بدایع و الصنائع، ج ۶ ص ۲۶۷-۲۷۱-۲۷۲ الدرالمختار، حصکفی ج ۵ ص ۳۸۸-۳۹۲

^{۲۳۱} سوره الطلاق آیه ۲

^{۲۳۲} سوره البقره آیه ۲۸۲

^{۲۳۳} الشرح الکبیر، ردیر ج ۴ ص ۱۶۵-۱۶۸ الطرق الحکمیه ابن قیم ۱۷۶-۱۹۳ المغنی شریبئی ج ۲ ۴۲۷ المغنی ابن قدامه ج ۹ ص ۱۸۳-

۱۶۵-۱۹۷-۱۱۰

^{۲۳۴} سوره النساء آیه ۱۴۱

^{۲۳۵} بدائع الصنائع، کاسانی ج ۶ ص ۲۶۸-۲۷۱-۲۷۱

۲- دیدگاه فقهاء حنبلی:

فقهاء حنبلی به این باور اند که شهادت غیر مسلمین، بر مسلمین در صورت ضرورت در حالت سفر و حضر جواز دارد طوریکه از آراء فقیهان حنبلی معلوم می شود. اساس جواز را در این نظریه ضرورت تشکیل می دهد مستند این نظریه قول آیه شریفه می باشد {یاایهاالذین آمنوا شهادة بینکم اذا حضرا احدکم الموت حین الوصیه اثنان ذو عدل منکم او آخران من غیرکم ان انتم ضربتم فی الارض فأصابکم مصیبه الموت.} ۲۳۶ ای مسلمانان شهادت در میان شما وقتی یکی از شما را مرگ فرا رسد در وقت وصیت دو نفر عادل از خودتان (مسلمان) یا دو نفر دیگر غیر از شما (غیر مسلمان) می باشد وقتی در زمین سفر می کردید و مرگ شما را فرا گرفت از این آیه شریفه دانسته می شود در صورتیکه مسلمین نباشد ضرورتاً می شود از غیر مسلمین هم شاهد گرفت. ۲۳۷

ج: نصاب شهادت در دعاوی مدنی (حقوقی)

در زمینه فقهاء دو نظریه مختلف ارائه کرده اند:

الف- دیدگاه علماء حنفی :

فقیهان حنفی به این باور اند که نصاب شهادت در موضوعات مدنی (حقوقی) دو مرد یا یک مرد و دو زن می باشد برابر است که حق مالی باشد یا حق غیر مالی مانند نکاح، طلاق، عده، حواله، وقف، صلح، وکالت، وصیت، هبه، اقرار، ابراء، ولادت، نسب و غیره درین قول خود به آیه شریفه: {و استشهدوا شهدین من رجالکم فان لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء} ۲۳۸ دو نفر شاهد از مردان تان بگیریید اگر دو مرد نبود یک مرد و دوزن شاهد بگیرد از آن شاهد های که مورد قبول و رضایت تان باشد. استناد می کنند. ۲۳۹

ب- دیدگاه جمهور (فقهاء شافعی، مالکی و حنبلی):

این دسته از فقهاء در مورد نصاب شهادت در میان حقوقی مالی و غیر مالی تفاوت قائل اند و در حقوق مدنی غیر مالی شهادت زنان را جواز نمی دهند بنا براین نصاب شهود در حقوق مدنی مالی و توابع آن مانند بیع، اجاره، هبه، وصیت، رهن، کفالت و حقوق مدنی غیر مالی که مردان به آن اطلاع حاصل کرده نمی توانند مانند امور خاص زنان، نصاب دو مرد یا یک مرد و دو زن می باشد.

و در حقوق مدنی غیر مالی که مردان به آن اطلاع حاصل کرده می تواند مانند نکاح، رجعت طلاق وکالت و غیره نصاب شهود دو مرد می باشد. دلیل و مستند این نظریه آیه شریفه {و استشهدوا ذوی عدل منکم} ۲۴۰ می باشد مفهوم آیه طوریکست که دو نفر عادل از مردان تان را شاهد بگیرد این آیه در

۲۳۶ المائده آیه ۱۰۶

۲۳۷ ابن قیم، محمد بن ابی بکر، الطرق الحکمیه، ص ۱۷۶-۱۹۳ المغنی ابن قدامه ج ۹ ص ۱۷۶-۱۹۳-۱۸۳-۱۱۰-۱۶۵

۲۳۸ سوره البقره، آیه ۲۸۲

۲۳۹ کاسانی بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۷۷

۲۴۰ سوره البقره، آیه ۲۸۲

خصوص رجعت می باشد و همچنان به حدیث شریف {الانکاح الابولی و شاهدهی عدل} ^{۲۴۱} دلیل می جویند در مورد نصاب شهود در عقد نکاح که دو نفر شاهد عادل از مردان باشد لذا از این حدیث دانسته می شود که در نکاح که یک حق غیر مالی است نصاب شهود دو نفر مرد است نه زن. ^{۲۴۲}

مبحث دوم: قرینه

این مبحث مشتمل بر تعریف قرینه، دلایل مشروعیت قرینه، انواع قرینه میباشد .

مطلب اول: تعریف قرینه، مشروعیت و اهمیت آن

الف: تعریف قرینه

قرینه، استنباط قانون گذار یا قاضی از امر معلوم است برای رسیدن به امر مجهول، به بیان دیگر، اعتبار دادن دلالت و افعه ثابت بر واقعه غیر ثابت توسط قانون گذار یا قاضی قرینه نامیده می شود. ^{۲۴۳} ماده ۲۱۹۵ قانون مدنی بیان می دارد: « هر عمل قانونی که از شخص هنگام مرض موت او صادر گردیده و منظور از آن تبرع باشد نسبت آن به بعد از مرگ اعتبار داده شده و احکام وصیت بر آن تطبیق می شود، به صیغه و الفاظ اعتبار داده نمی شود...» یا رسیدن قبولی به آدرس ایجاب کننده قرینه بر علم وی به قبول است. بند ۲ ماده ۵۲۳ قانون مدنی بیان می دارد: «(۲) قبول به مجرد وصول به ایجاب کننده چنان فرض می شود که به آن علم حاصل شده است.» یا مانده ماده ۱۳۷۴ قانون مدنی که بیان می دارد: « پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آن که دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.»

قرینه دلیل مستقیم نیست، بلکه غیر مستقیم است زیرا قرینه امر مورد دعوی را اثبات نمی کند، بلکه امر دیگری را اثبات می کند که با امر مورد دعوی رابطه نزدیک دارد؛ مانده ماده ۲۱۹۶ قانون مدنی که بیان می دارد: « هرگاه ورثه به اثبات برساند که تصرف قانونی از مورث آن ها در مرض موت صادر گردیده، تصرف مذکور تبرع شناخته می شود...» در این ماده دو امر وجود دارد. یکی وقوع تصرف در مرض موت؛ دیگری تبرعی بودن تصرف . موضوع دعوی تبرعی بودن تصرف است؛ اما قرینه وقوع تصرف را در مرض موت اثبات می کند که این امر، با موضوع دعوی که تبرعی بودن تصرف باشد، رابطه نزدیک دارد که از این رابطه نزدیک تبرعی بودن تصرف استنباط می شود. ^{۲۴۴}

^{۲۴۱} زبلی، نصب الرایه، ج ۳ ص ۱۶۷

^{۲۴۲} ابن رشد، محمدین احمدیدانه المجتهد، ج ۲ ص ۴۵۶

^{۲۴۳} الفضاة مفلح عواد، البینات فی مواد المدنیة والتجاریة دراسة مقارنة، ص ۲۵۵، عمان، دارالثقافة للنشر والتوزیع، چاپ اول ۲۰۰۶ م.

القرینه هی مایستتبه المشرع و القاضی من امر المعلوم للدلالة علی امر مجهول.»

^{۲۴۴} . قانون مدنی، مرجع پشین، موادات فوق.

ب: مشروعیت قرینه

دانشمندان فقه اسلامی مشروعیت قرینه را با قرآن شریف و سنت پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم اثبات میکنند.

۱- در سوره یوسف علیه السلام میخوانیم: (وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ)^{۲۴۵} پیرهنش را باخون دروغین آوردند. قرطبی در تفسیر میگوید برادران یوسف میخواستند خون دروغین را قرینه صداقت شان به یعقوب علیه السلام نشان دهند اما یعقوب علیه السلام از عدم پاره شدن پیراهن قرینه جست بر کذب شان، بناءً علماء در بسیاری از مسایل فقه در عمل به قراین به این آیه استناد میکنند همچنان به آیه شریفه: (وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُونِ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ).^{۲۴۶} شاهد از فامیل خودش چنین گواهی داد: اگر پیراهنش از پیشروی پاره شده باشد زلیخا راست گفته و او (یوسف) از جمله دروغ گویان است و اگر پیراهنش از عقب پاره شده باشد زلیخا دروغ گفته و او (یوسف) از راست گویان است. موضوع اینجاست که پاره شدن پیراهن از پیش یا عقب یک قرینه است که به آن استناد شده است.

۲- سنت نبوی علیه السلام: در باب قراین در سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم احادیث زیادی وارد شده است از جمله حدیث شریف (الایم احق بنفسها من ولیها والبکر تستأمر واذنهما سکوتها) تذکر میدهم که در این حدیث پیامبر صلی الله علیه وسلم سکوت دوشیزه را قرینه دال بر رضا دانسته اند.^{۲۴۷}

ج: اهمیت قرینه

قضاء به قراین اصلی از اصول شرع است چه در حال وجود شاهد، سند و اقرار یا در حال عدم وجود هیچ یک از دلایل اثبات گاه قرینه مانع سماع دعوی میشود مثل ادعای فقیر تنگدست مقروضیت ثروتمند را و گاه توسط قرینه شاهد و اقرار به خاطر وجود تهمت رد میشود مثل قرابت شاهد یا منفعت وی با کسیکه به نفع آن شهادت میدهد و مثل اقرار در مرض الموت، و گاهی قرینه دلیل ترجیح دهنده میشود در حال تعارض بینات و گاهی هم دلیل مستقل میشود در صورت عدم وجود دیگر دلایل اثبات.^{۲۴۸}

مطلب دوم: انواع قرینه

قرینه بر دو نوع است. قرینه قانونی و قرینه قضایی که هر یک به طور جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد.

^{۲۴۵} . سوره یوسف آیه ۱۸.

^{۲۴۶} . سوره یوسف آیه ۲۶/۲۷.

^{۲۴۷} . الجامع الصحیح المسمی بصحیح المسلم، ج ۴، ص ۱۴۱.

^{۲۴۸} . حامد عبدالواحد طرق اثبات دعوی، ص ۱۰۵.

الف: قرینه قانونی

- تعریف قرینه قانونی

ماده ۱۰۳۱ قانون مدنی در مورد قرینه قانونی، بیان می‌دارد: «(۱) قرینه قانونی که به مصلحت شخص موجود شود، وی را از سایر طرق اثبات بی‌نیاز می‌سازد، مگر تا زمانی که نص قانونی به خلاف آن موجود نشود. (۲) نقض قرینه به دلیل عکس آن جواز دارد.»

به طور خلاصه، در تعریف قرینه قانونی می‌توان گفت: «قرینه قانونی قرینه است که قانون‌گذار آن را دلیل به امری دانسته است؛ مانده بند ۲ ماده ۵۳۳ قانون مدنی که رسیدن قبولی به آدرس ایجاب کننده را دلیل به علم وی دانسته است، یا مانند ماده ۱۳۷۴ قانون مدنی که پرداخت یک قسط را قرینه و دلیل پرداخت سایر اقساط پیشین می‌داند.^{۲۴۹}»

— رکن قرینه قانونی

رکن قرینه قانونی تصریح قانون‌گذار است. قرینه قضایی دو عنصر دارد. ۱- عنصر مادی یا واقعه ثابت است که قاضی آن را اختیار می‌کند، که علامت یا اماره نامیده می‌شود؛ ۲- عنصر معنوی یا عملیات استنباط است، که قاضی آن را انجام می‌دهد؛ یعنی قاضی از طریق واقعه ثابت یا امر معلوم که اماره یا نشانه بر واقعه دوم یا امر مجهول است، واقعه دوم را اثبات می‌کند. این دو عنصر، در قرینه قضایی، از اعمال قاضی است و قاضی در این مورد، اختیار زیاد دارد، اما در قرینه قانونی، قاضی هیچ اختیاری ندارد، بلکه همه مربوط به قانون‌گذار است.

چنان که بیان شد، قرینه قانونی تصریح قانون‌گذار است که از دو واقعه تشکیل شده است. واقعه اول را قانون‌گذار اختیار می‌کند که واقعه ثابت یا امر معلوم است، عملیات استنباط به واسطه آن انجام می‌شود؛ یعنی قانون‌گذار واقعه اول را دلیل بر ثبوت واقعه دوم قرار داده است؛ مانند بند ۲ ماده ۵۲۳ قانون مدنی که بیان می‌دارد: (۲) قبول به مجرد وصول به ایجاب کننده چنان فرض می‌شود که به آن علم حاصل شده است.» در این ماده دو واقعه وجود دارد. یکی وصول و رسیدن قبولی به آدرس ایجاب کننده؛ دیگری علم ایجاب کننده به قبولی قبول کننده قانون‌گذار، رسیدن قبولی به آدرس ایجاب کننده را قرینه به علم ایجاب کننده قرار داده است و از رسیدن قبولی قبول کننده به آدرس ایجاب کننده علم وی را به قبولی استنباط کرده است. و بند ۲ ماده ۸۳۵ قانون مدنی مصداق دیگری از قرینه قانونی است که بیان می‌دارد: «(۱) تصرف بالمعاوضه مدیون وقتی در حق داین فاقد اعتبار شناخته می‌شود که تصرف مذکور مشتمل بر تقلب مدیون بوده، طرف مقابل به آن علم داشته باشد. تصرف مدیون وقتی مشتمل بر تقلب پنداشته می‌شود که مدیون در حال صدور تصرف به افلاس خود علم داشته باشد. (۲) علم طرف مقابل به افلاس مدیون، برای عالم بودن وی به تقلب کافی پنداشته می‌شود،

^{۲۴۹} . قانون مدنی، پیشین.

تصرف بدون عوض مدیون در حق داین معتبر شناخته نمی شود، گرچه طرف مقابل دارای حسن نیت بوده و مدیون مرتکب تقلب نشده باشد». در این ماده شرط عدم نفوذ تصرف مدیون در اموال خودش نسبت به داین، تقلب داین دانسته شده است.

و علم مدیون به افلاس خود، قرینه بر تقلب دانسته شده است؛ به بیان دیگر، در این جا، دو واقعه وجود دارد که یکی را قرینه برای دیگری قرار داده است. یکی علم مدیون به افلاس خود است؛ دیگری تقلب مدیون. واقعه اول که علم مدیون به افلاس خود باشد، قرینه است بر تقلب وی یکی دیگر از مصادق قرینه قانونی مواد ۱۳۷۴ و ۲۱۹۵ قانون مدنی است. نتیجه این قرینه قانونی تنها با تصریح قانون گذار ایجاد می گردد و بدون تصریح قانون گذار به هیچ وجه ایجاد نمی شود. قرینه قانونی بدون تصریح قانون گذار، به اعتماد مماثلت و مشابهت با موارد دیگر، قابل قیاس نیست، حتی اگر از باب قیاس اولویت هم باشد. قاضی هیچ سلطه و قدرتی در قرینه قانونی ندارد. قرینه قانونی غالباً در اصل قرینه قضایی بوده که قانون گذار آن را گرفته در قالب ماده قانونی در آورده و قرینه قانونی قرار داده است.

قرینه قانونی راجح الوقوع است؛ به بیان دیگر، آنچه را که قانون گذار قرینه قانونی قرار داده بیشتر اوقات واقع می شود، یا بیشتر اوقات با واقع مطابق است، اما این طور نیست که همیشه مطابق واقع باشد. بنابراین، مواردی هم یافت می شود که با واقع مطابقت نداشته باشد؛ ولی قانون گذار مطابقت با واقع را تعمیم داده و فراگیر نموده و اثبات خلاف آن را هم پذیرفته است. (بند ۲ ماده ۱۰۳۱ قانون مدنی)^{۲۰۰}

— نقش قرینه قانونی

اگر قرینه به نفع یکی از دو طرف دعوی وجود داشته باشد، وی را از اثبات ادعایش معاف می کند، اعم از این که قرینه قانونی قاطع یا بسیط باشد؛ به بیان دیگر، قانون گذار اثبات وی را مفروض گرفته است؛ اما طرف مقابل می تواند خلاف آن را اثبات کند. (بند ۲ ماده ۱۰۳۱ قانون مدنی).

تفاوت قرینه قانونی با قرینه قضایی در این است که قرینه قضایی دلیل ایجابی غیر مستقیم بر اثبات است، در حالی که قرینه قانونی دلیل اثبات نیست، بلکه عفو کننده از دلیل اثبات است دلیل ایجابی بودن قرینه قضایی به این معنا است: طرفی که برای اثبات ادعای خود به قرینه قضایی استدلال می کند، باید آن را تهیه کرده به عنوان دلیل به قاضی محکمه ارایه کند و به اثبات ادعای خود به وسیله قرینه قضایی استدلال کند. قاضی پرونده در این مورد، آزاد است که استدلال وی را بپذیرد یا نپذیرد، به بیان دیگر، قاضی ممکن است قرینه قضایی را دلیل به اثبات ادعای وی بداند و قبول کند و ممکن است دلیل بر اثبات نداند. قاضی مکلف نیست قرینه قضایی را جمع آوری و به آن استدلال کند، بلکه این کار طرف دعوی است که جمع آوری کرده و از آن به نفع خود استدلال کند؛ ولی قاضی می تواند قرینه قضایی را، که طرف دعوی جمع آوری نکرده، جمع آوری کرده و به آن استدلال کند. دلیل غیر مستقیم بودن قرینه قضایی به این معنا است: واقعه ثابت یا امر معلوم که عنصر اول قرینه قضایی است، نفس ادعای مدعی (عنصر دوم قرینه قضایی) نیست، تا با آوردن آن، ادعای مدعی (عنصر

^{۲۰۰}. رسولی عبدالحسین. ادله اثبات دعوی در حقوق افغانستان، ص ۱۷۶-۱۷۹.

دوم) به طور مستقیم اثبات شود، بلکه واقعه دیگری است که با ادعای مدعی نزدیک است و اثبات واقعه یا عنصر اولی به طور غیر مستقیم واقعه یا عنصر دومی را که ادعای مدعی است، اثبات می کند.^{۲۰۱}

— لزوم اثبات واقعه یا عنصر اول قرینه قانونی

بیان شد، قرینه قانونی، به نفع هر کسی باشد، او را از اثبات ادعا معاف می کند؛ یعنی کسی که قرینه قانونی به نفع وی است، مکلف نیست عنصر دوم قرینه قانونی را اثبات کند، اما باید عنصر اول که قرینه قایم به آن است را اثبات کند. براساس ماده ۲۱۹۵ قانون مدنی، تصرف در مرض موت قرینه بر تبرعی بودن آن است این یک قرینه قانونی است اما ورثه که مدعی تبرعی بودن تصرف است، باید وقوع تصرف در مرض موت را که عنصر اول قرینه است، اثبات کند. ماده ۲۱۹۶ قانون مدنی در این مورد بیان می دارد: «هرگاه ورثه به اثبات برساند که تصرف قانونی از مورث آن ها در مرض موت صادر گردیده، تصرف مذکور تبرع شناخته می شود...» مانده ماده ۱۳۷۴ قانون مدنی که بیان می دارد: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیبه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آن که دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.» عنصر اول قرینه قانونی در این ماده پرداخت یک قسط اجرت است که قرینه قانونی قایم به آن است؛ اما عنصر دوم قرینه که ادعای مدعی نیز شمرده می شود، پرداخت اقساط پیشین وی است. بنابراین، مدعی مکلف به اثبات پرداخت اقساط پیشین نیست؛ اما مکلف به اثبات عنصر اول که پرداخت یک قسط باشد، است؛ یعنی مدعی باید اثبات کند که یک قسط را پرداخت کرده است.^{۲۰۲}

— حکمت قرینه قانونی

حکمت قرینه قانونی چند امر است که برخی مربوط به مصلحت عمومی و برخی دیگر مربوط به مصلحت خصوصی است.^{۲۰۳}

مصلحت عمومی

یک- وضع قرینه قانونی برای مصلحت عمومی حجت و اعتبار امر قضاوت شده است. قانون گذار چنین قرینه قانونی وضع کرده است: حکمی که درست صادر شده باشد، قابل مناقشه نیست، مگر از طریق استیناف یا فرجام خواهی. اگر چنین قرینه قانونی وجود نداشته باشد، هیچ دعوایی به پایان نمی رسد. و همه احکام متزلزل می شد. قانون گذار برای پیش گیری از این تزلزل، قرینه قانونی وضع کرده است.

دو- قانون گذار برای بستن راه فرار از قانون، قرینه قانونی وضع کرده است. برخی مواد قانون، قاعده آمره است و هیچ کس حق ندارد برخلاف آن توافق کند. برخی افراد ممکن است حيله کرده و اجرای

^{۲۰۱} . همان ص ۱۷۹ . ۱۸۰.

^{۲۰۲} . همان، ص ۱۸۰.

^{۲۰۳} . رسولی، عبدالحسین. همان، ص ۱۸۰ و ۱۸۱.

قواعد آمره را دور زند؛ اما قانون گذار قرینه قانونی وضع نموده که هر گونه راه فرار از قواعد آمره را ببندد. ماده ۲۱۹۵ قانون مدنی بیان میدارد: «(۱) هر عمل قانونی که از شخص هنگام مرض موت او صادر گردیده و منظور از آن، تبرع باشد، نسبت آن به بعد از مرگ اعتبار داده شده و احکام وصیت بر آن تطبیق می شود، به صیغه و الفاظ اعتبار داده نمی شود. (۲) اثبات این که عمل قانونی هنگام مرض موت صورت گرفته است به دوش ورثه است و می توانند در این مورد، از تمام وسایل و طرف اثبات استفاده نمایند. تمسک بر تاریخ سند علیه ورثه در صورتی که این تاریخ ثابت نباشد، اعتبار ندارد.»

مصلحت خصوصی

یک- گاه اثبات حق مشکل است به گونه که اثبات آن محال است. در چنین مواردی قانون گذار از قرینه استفاده کرده و صاحب حق را از اثبات حق معاف نموده است؛ مانند قاعده فراش که نوزاد متولد شده از زن شوهر دار به شوهرش ملحق است؛ (ماده ۲۱۸ قانون مدنی و ماده ۱۷۳ قانون احوال شخصیه)^{۲۰۴} زیرا اثبات این که نوزاد متولد شده متعلق به شوهر است برای زن امکان پذیر نیست. مصداق دیگری قرینه قانونی که به مصلحت خصوصی باشد، مسؤلیت متبوع از عمل تابع است. چنین مسؤلیتی بر خطای مفروض استوار است. (ماده ۷۹۱ قانون مدنی)^{۲۰۵}

دو- در برخی موارد، قانون گذار آنچه میان مردم رایج است را قرینه قانونی قرار داده است؛ مانند ماده ۱۳۷۴ قانون مدنی که بیان می دارد: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.» در میان مردم رایج است تا زمان که داین قسط پیشین را نگیرد برای قسط بعدی رسید نمی دهد، حال اگر مدیون رسید از داین مبنی بر قسط بعدی داشته باشد، این رسید، قرینه است که قسط های پیشین را پرداخت کرده است.

— اعتبار قرینه قانونی

قرینه قانونی از لحاظ اعتبار به دو دسته تقسیم می شود. قرینه قاطعه و قرینه غیر قاطعه.

قرینه قاطعه

قرینه قاطعه قرینه است که خلاف آن قابل اثبات نیست.^{۲۰۶} بهترین مثال برای قرینه قاطعه امر قضاوت شده است^{۲۰۷} امر قضاوت شده، قاطعه است؛ یعنی امر قضاوت شده، صحیح و مطابق با واقع است و شک تردید در آن راه ندارد، به شرطی که دعوی میان خود دو طرف دعوی باشد و سبب و محل حق یکی باشد.^{۲۰۸} ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی بیان می دارد: «احکامی که حایز قوت حکم قطعی باشد، با تمام

^{۲۰۴} ماده ۱۷۳ قانون احوال شخصیه اهل تشیع بیان میدارد: «(۱) طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به زوجین است مشروط بر اینکه دخول در زمان زوجیت صورت گرفته و طفل حد اقل شش ماه قمری بعد از آن متولد گردیده و از آخرین زمان وضع حمل (نه ماه قمری) تجاوز نکند.

^{۲۰۵} قانون مدنی ماده ۷۹۱.

^{۲۰۶} القضاة، مفلح عواد، پیشین، ۲۶۲: «القرينة القاطعة، هي القرينة التي لا يمكن نقض دلالتها باثبات العكس كما هو الحال في القرينة البسيطة».

^{۲۰۷} همان، ص ۲۶۲.

^{۲۰۸} سمیر عبدالسید، احکام الالتزام و الاثبات، اسکندیه، ناشر: منشأة المعارف، ۲۰۰۵، ص ۱۱۹.

مندرجات آن حجت شمرده می شود و دلیل دیگری به نقض آن پذیرفته نمی شود، مشروط به این که منازعه بین عین اشخاص صورت گرفته و به عین محل و سبب حق، تعلق گیرد.» در هر دلیلی، قاعده این است که خلاف آن، قابل اثبات است. مهمترین دلیل سند رسمی است، خلاف آن با سند رسمی مانند آن قابل اثبات است. نتیجه این که اصل در قرینه قانونی این است که غیر قاطعه است؛ اما مواردی که خلاف آن قابل اثبات نباشد امر استثنای است؛ مانند ماده ۷۳۰ قانون مدنی بیان میدارد: «هرگاه متعهد نتواند وجبیه را در مورد عقد عیناً ایفا نماید یا اجرای وجبیه را از مدت معینه به تأخیر اندازد، محکمه می تواند علیه او حکم ضمان را صادر نماید، مگر این که ثابت گردد که عدم امکان وفاء یا تأخیر در اجرا وجبیه ناشی از سببی بوده که وی در آن دخیل نبوده است.» در این جا، خطای متعهد می تواند رابطه سببیت را از طریق اثبات خلاف آن، نفی کند؛ یعنی متعهد اثبات کند که عدم انجام تعهد به دلیل وجود مانع خارجی بوده است.^{۲۵۹}

پرسش مطرح می شود این که آیا خلاف قرینه قاطعه به هیچ وجه قابل اثبات نیست یا راهی برای اثبات خلاف آن وجود دارد؟ در پاسخ باید بیان داشت که ماده ۱۳۵۳ قانون مدنی فرانسه به طور صریح اثبات خلاف قرینه قاطعه را تنها با سوگند و اقرار قضایی پذیرفته است. در حقوق مصر، ماده قانونی در این مورد، وجود ندارد؛ اما حقوق دانان مصری اجماع دارند که خلاف قرینه قاطعه تنها با سوگند و اقرار قضایی قابل اثبات است در حقوق ما در این زمینه، ماده قانونی وجود ندارد، اما به نظر می رسد که با اقرار قضایی و سوگند خلاف قرینه قاطعه قابل اثبات باشد؛ زیرا قرینه قاطعه چیزی غیر از دلیل اثبات نیست، وقتی که قرینه قاطعه به نفع یکی از دو طرف دعوی وجود داشته باشد و ایشان در جلسه محاکمه به ضرر خود اقرار کند، قرینه قاطعه نقض و خلاف آن اثبات می شود.

قرینه غیر قاطعه

قرینه بسیط یا غیر قاطعه قرینه است، طرفی که قرینه به نفع وی وجود دارد، از اثبات ادعای خود معاف است؛ ولی خلاف آن قابل اثبات است؛ مانند ماده ۵۹۳ قانون مدنی که بیان میدارد: «وجود سبب مشروع در هر وجبیه، حالت اصلی پنداشته می شود، مگر این که دلیل به نفی آن موجود گردد». اگر میان دو طرف عقد دعوی شود و یک طرف منکر سبب مشروع در قرارداد و طرف مقابل خواهان وجود آن گردد. در چنین مواردی مدعی وجود سبب مشروع از آوردن دلیل برای اثبات ادعای خود معاف است، زیرا قرینه قانونی به نفع وی وجود دارد که ماده ۵۹۳ قانون مدنی باشد؛ اما این قرینه غیر قاطعه و بسیط است و خلاف آن قابل اثبات است؛ یعنی منکر وجود سبب مشروع در عقد می تواند نبود وجود سبب مشروع در عقد را اثبات کند. همچنین است، ماده ۵۹۴ قانون مدنی که بیان می دارد: «سببی که در عقد تصریح یافته، سبب حقیقی پنداشته می شود، مگر این که خلاف آن ثابت گردد.» و ماده ۱۳۷۴ قانون مدنی که بیان میدارد: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.»^{۲۶۰}

^{۲۵۹} . قانون مدنی، پیشین.

^{۲۶۰} همان.

بیان شد، خلاف قرینه قانونی بسیط یا غیر قاطع، با دلایل دارای قدرت مطلق، قابل اثبات است.

اگر قرینه قانونی غیر قاطع برای اثبات حوادث حقوقی یا تصرف حقوقی تجاری یا تصرف حقوقی مدنی کمتر از هزار افغانی به کار گرفته شود، خلاف آن با قرینه قضایی یا شهادت قابل اثبات است.^{۲۶۱}

پرسش این جا مطرح می شود این که اگر قرینه قانونی غیر قاطع برای اثبات تصرف حقوقی مدنی بیش از هزار افغانی به کار گرفته شود، آیا خلاف آن، با شهادت و قرینه قضایی قابل اثبات است؟ در پاسخ باید بیان داشت: در این زمینه، اختلاف نظر وجود دارد. برخی قایل شده اند که خلاف آن با قرینه و شهادت قابل اثبات است. این گروه، چنین استدلال کرده اند: قرینه قانونی بسیط، چیزی غیر از قرینه نیست و قرینه با قرینه مثل خود قابل نقض است، حتا اگر قرینه نقض کننده قضایی باشد، وقتی که خلاف قرینه قانونی بسیط با قرینه قضایی قابل اثبات باشد، با شهادت نیز قابل اثبات است.^{۲۶۲} گروه دیگر عقیده دارند، اثبات خلاف قرینه قانونی غیر قاطع با قرینه قضایی و شهادت تابع قواعد عمومی اثبات است؛ یعنی اگر مبلغ دعوی در امور مدنی باشد و از هزار افغانی باشد و دعوی هم مدنی باشد، با شهادت و قرینه قضایی قابل اثبات نیست؛ زیرا ادعای کسی که قرینه قانونی بسیط به نفع وی وجود دارد، به طور کامل ثابت شده است، طرف مقابل که می خواهد ادعای خود را اثبات کند و خلاف قرینه قانونی را اثبات کند باید از قواعد عمومی اثبات (مواد ۱۰۲۵ و ۱۰۳۴ قانون مدنی) تبعیت کند. به نظر می رسد دوم بهتر است؛ زیرا قانون گذار در این مورد، چیزی بر خلاف قواعد عمومی، تصویب نکرده است. بنابراین، اثبات خلاف قرینه قانونی بسیط با شهادت و قرینه قضایی تابع قواعد عمومی اثبات است و در دعوی مدنی بیش از هزار افغانی، قابل اثبات نیست.

ب: قرینه قضایی

— مواد قانونی

ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی بیان میدارد: «قاضی می تواندقراینی را که توسط قانون پیش بینی شده و از حالات مربوط به دعوی استنباط شود، در نظر گیرد، مگر استناد به آن تنها در صورتی شده می تواند که قانون در آن، اثبات را به شهادت مجاز دانسته باشد»^{۲۶۳}. براساس ماده یاد شده، قرینه قضایی و شهادت متلازم اند؛ یعنی هر امری با شهادت قابل اثبات باشد، با قرینه قضایی نیز قابل اثبات است.

— تعریف قرینه قضایی

قرینه قضایی عبارت است از استنباط امر غیر ثابت (مجهول) از امر ثابت (معلوم) براساس این که هر وقت امر ثابت موجود باشد، غالباً امر غیر ثابت نیز محقق می شود؛ به بیان دیگر، قرینه قضایی متشکل از دو عنصر زیر است:

^{۲۶۱} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، شماره ۳۳۱، ص ۵۷۲.

^{۲۶۲} . مرقس، سلیمان، اصول الاثبات، شماره ۱۶۴، به نقل از السنهوری عبدالرزاق احمد، پیشین، شماره ۳۳۹، ص ۶۲۷.

^{۲۶۳} . قانون مدنیف ص ۱۷۷.

عنصر اول امر مادی، ثابت و معلوم است که طرف مقابل آن را قبول دارد؛ مانند خویشاوندی و قرابت پدر و فرزندی که قاضی آن را اختیار می کند که علامت یا اماره نیز گویند.

عنصر دوم امر معنوی است؛ به بیان دیگر، عملیات استنباط است که قاضی از امر معلوم و ثابت امر مجهول را استنباط می کند؛ مانند صوری بودن قرار داد میان پدر و فرزند.^{۲۶۴}

قرینه قضایی مانند این که قاضی از قرابت پدر و فرزندی، صوری بودن عقد را استنباط کند در این جا، دو امر وجود دارد که یکی معلوم و دیگری مجهول است. امر معلوم قرابت پدر و فرزند است که همه می دانند و دو طرف هم آن را قبول دارند، امر غیر معلوم صوری بودن قرارداد میان پدر و فرزند است. قاضی محکمه از قرابت پدری و فرزندی که امر معلوم است، صوری بودن قرارداد را که امر مجهول است، استنباط می کند، یا مانند قرابت زن و شوهری که قرینه بر صوری بودن قرارداد است.

این دو عنصر، در قرینه قضایی از اعمال قاضی است و قاضی در این مورد، اختیار زیاد دارد. گاه یک قرینه وجدان قاضی را قانع می سازد و براساس آن حکم صادر می کند گاه نتیجه گیری نهایی قرینه قضایی در اختیار قاضی است، در حالی که در قرینه قانونی، قاضی هیچ اختیاری ندارد، بلکه همه مربوط به قانون گذار است.

از آن جای که قاضی در انتخاب و ارزیابی قرینه قضایی اختیار زیاد دارد، قرینه قضایی نسبت به دلیل کتبی قدرت اثباتی کمتری دارد و قانون گذار قدرت اثباتی قرینه قضایی و شهادت را در یک درجه قرار داده^{۲۶۵} است ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی بیان می دارد؛ «قاضی می تواند قراینی را که توسط قانون پیش بینی شده و از حالات مربوط به دعوی استنباط شود، در نظر گیرد. مگر استناد به آن تنها در صورت شده می تواند که قانون در آن، اثبات را به شهادت مجاز دانسته باشد».

قرینه قضایی می تواند دلیل کامل باشد و براساس آن، با رعایت ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی، حکم صادر شود و می تواند به عنوان دلیل کامل شناخته نشود، بلکه سبب انتقال بار اثبات از یک طرف دعوی به طرف مقابل شود، یعنی قرینه قضایی سبب شود که جای مدعی و مدعی علیه عوض شود.^{۲۶۶}

ج: تفاوت قرینه قضایی از قرینه قانونی

با این که قرینه قضایی با قرینه قانونی شباهت های دارد، مانند این که هر دو بر احتمال و استنباط استوار است و هر دو دلیل غیر مستقیم است و این قرینه قانونی در اصل قرینه قضایی بوده و قانون گذار آن را گرفته و به صورت ماده قانونی در آورده است؛ اما تفاوت های میان این دو قرینه، نیز وجود دارد که عبارتند از:

۱- قرینه قضایی دلیل ایجابی و غیر مستقیم بر اثبات است، در حالی که قرینه قانونی دلیل اثبات نیست، بلکه عفو کننده از دلیل اثبات است. بند ۱ ماده ۱۰۳۱ قانون مدنی در این مورد، بیان می دارد: «قرینه

^{۲۶۴} . عباس، پیشین، ص ۱۸۷

^{۲۶۵} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، شماره ۱۷۸

^{۲۶۶} . همان، شماره ۱۷۸، ص ۳۳۶

قانونی که به مصلحت شخص موجود شود وی را از سایر طرق اثبات بی نیاز می سازد، مگر تا زمانی که نص قانون به خلاف آن موجود نشود.» دلیل ایجابی بودن قرینه قضایی به این معنا است، طرفی که برای اثبات ادعای خود به قرینه قضایی استدلال می کند، باید آن را تهیه کرده به عنوان دلیل به قاضی محکمه ارایه کند و به اثبات ادعای خود به وسیله قرینه قضایی استدلال کند. قاضی پرونده در این مورد آزاد است که استدلال وی را بپذیرد یا نپذیرد؛ به بیان دیگر، قاضی ممکن است قرینه قضایی را دلیل به اثبات ادعای وی بداند و قبول کند و ممکن است دلیل بر اثبات نداند. قاضی مکلف نیست قرینه قضایی را جمع آوری و به آن استدلال کند، ولی قاضی می تواند قرینه قضایی را که طرف دعوی جمع آوری نکرده، جمع آوری کرده و به آن استدلال کند. دلیل غیر مستقیم بودن قرینه قضایی به این معنا است: واقعه ثابت که عنصر اول قرینه قضایی شمرده می شود. نفس ادعای مدعی (عنصر دوم قرینه قضایی) نیست، تا با آوردن آن، ادعای مدعی (عنصر دوم) به طور مستقیم اثبات شود، بلکه واقعه دیگری است که با ادعای مدعی نزدیک است و اثبات واقعه یا عنصر اولی به طور مستقیم واقعه یا عنصر دومی را که ادعای مدعی است، اثبات می کند.^{۲۶۷}

۲- قرینه قضایی از اعمال قاضی است، در حالی که قرینه قانونی توسط قانون گذار تعیین می گردد و باید در قانون به طور صریح بیان شده باشد.

۳- قرینه قضایی محدود و محصور نیست بلکه با توجه به اوضاع، احوال و شرایط هر دعوی فرق می کند؛ اما قرینه قانونی محدود و محصور است و باید. به طور صریح در قانون مطرح شده باشد.

۴- قدرت اثباتی قرینه قضایی نسبت به قرینه قانونی کمتر است؛^{۲۶۸} زیرا براساس ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی، قدرت اثباتی قرینه قضایی به اندازه شهادت است و قدرت اثبات بیشتر از هزار افغانی در دعاوی مدنی را ندارد، در حالی که قدرت اثباتی قرینه قضایی محدود به هزار افغانی نیست.

۵- همه قرینه قضایی غیر قطعی است. بنا براین، خلاف آن قابل اثبات است، در حالی که قرینه قانونی دو نوع است. یکی قرینه قاطع که خلاف آن قابل اثبات نیست؛ دیگری غیر قاطع که خلاف آن قابل اثبات است.^{۲۶۹}

^{۲۶۷} . علی عادل حسن، الاثبات- احکام الالتزام، بی تا، ناشر: مکتبه زهرا الشرق، ۱۹۹۷ م، ص ۲۲۴

^{۲۶۸} . العودی، عباس، پیشین، ص ۱۹۰.

^{۲۶۹} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، الموجز فی النظرية العامة للالتزامات فی القانون المدنی المصری، قاهرة، مطبعة لجنة التألیف و الترجمة و النشر، ۱۹۴۶، صص ۷۳۰ و ۷۳۱.

فصل چهارم

سوگند و اعتبار امر قضاوت شده

مبحث اول: سوگند

مطلب اول: تعریف، مشروعیت، شروط، انواع، صیغه، نیت و حکم سوگند

الف: تعریف سوگند

سوگند که در زبان عربی به آن قسم، یمین و حلف می گویند در لغت بمعنی توکید و عهد می باشد.^{۲۷۰} در اصطلاح عبارت است از: شاهد گرفتن خداوند متعال برای اخباریه حقی به نفع خود و به زیان دیگر، بعبارت دیگر قسم عبارت است از تأکید بر ثبوت حق یا نفی آن در مجلس قضاء با ذکر اسم الله یا صفتی از صفاتش.^{۲۷۱}

در قوانین افغانستان از سوگند تعریف مشخصی نشده تنها چیزیکه در ماده (۳۵۳) اصول محاکمات مدنی تذکر یافته است این می باشد که سوگند با اسم ذاتیه الله یک مرتبه بدون تکرار صورت می گیرد چنانچه ماده مذکور در زمینه چنین بیان میدارد: محکمه مدعی علیه را به اساس مطالبه مدعی به اسم ذاتیه الله یک مرتبه بدون تکرار سوگند میدهد.^{۲۷۲}

ب: مشروعیت سوگند

سوگند از ادله است که منشا آن اعتقاد به ماوراء الطبیعه می باشد و تقریباً در تمام ادیان الهی از دیر باز مورد توجه بوده است همان گونه که از تعریف بر می آید سوگند اخباری است که با شاهد گرفتن خداوند متعال به طور مؤکد بیان می گردد بناً در آئین اسلام قسم به آیات قرآن کریم و سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم مشروع شده است. چنانچه الله متعال در سوره مائده می فرماید: {لَا يُوَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُوَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ} ^{۲۷۳} خداوند شما را در قسم های لغو (بیهوده) مورد باز پرس قرار نمی دهد لکن شما را با قسم های که ببندید (قسم منعده) مواخذه می کند و همچنان خداوند (جل جلاله) می فرماید: {وَلَا تَنْقُضُوا الْإِيمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا} ^{۲۷۴} قسمهای تانرا بعد از توکید نشکنانید.

در سنت پیامبر (صلي الله عليه وسلم) احادیث زیادی در مورد قسم وارد شده است که از جمله می توان به حدیث عبدالرحمن بن سمره اشاره نمود که رسول الله برای عبدالرحمن فرمود «وَإِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَكْفَرُ عَنْ يَمِينِكَ وَأَتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ» ^{۲۷۵} وقتی قسمی یاد کردی و غیر آنرا خیر

^{۲۷۰} ابن منظور، محمدابن مكرم، لسان العرب، ج ۹ ص ۵۳

^{۲۷۱} بهوتی، منصور بن يوسف، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ۶ ص ۲۲۸ - البحر الرائق، ابن نجيم ج ۴ ص ۳۰۰

^{۲۷۲} اصول محاکمات مدنی ص ۱۱۰

^{۲۷۳} سوره المائده، آیه ۸۹

^{۲۷۴} سوره النحل آیه ۹۱

^{۲۷۵} اللؤلؤ والمرجان فيما إتفق عليه الشيخان، ج ۱ ص ۵۱۳، حدیث عبدالرحمن بن سمره «رضی الله عنه» .

یافتی آن کار بهتر را انجام بده و از قسمت گفاره بده این حدیث وده ها حدیث دیگر دال بر مشروعیت قسم می کنند که به همین مقدار بسنده میکنیم.

ج: صیغه قسم نیت و حکم آن

قسم باید به اسم ذاتیه الله صفتی از صفاتش صورت گیرد مانند والله، بالله، رب العالمین حی الذی لایموت، عظمة الله، یا دیگری اسمای که مختص به الله متعال باشند مانند رحمن، خالق، الخلق، می شود که به آنها قسم یاد کرد بناء به غیر از اسماء خداوند و صفاتش قسم یاد کردن به چیز دیگری جواز ندارد.

ب- نیت رد قسم:

قسم غیر قضایی که شخص با اختیار خودش قسم میخورد یا کسی از وی مطالبه قسم می کند بدون اینکه حق بروی داشته باشد، قسم به نیت حالف (سوگند کننده) می باشد و هر نیتی که از آن داشته باشد می تواند و مختص به مرام و مقصد خودش است. اما قسم قضایی که از طرف قاضی متوجه شخصی می شود قسم بر نیت مستحلف (سوگند دهنده) می باشد که عبارت از قاضی می باشد یعنی چیزی را که قاضی می خواهد باید شخص به آن قسم یاد کند و در آن استثناء و توریه^{۲۷۶} وجود ندارد.

ج- حکم قسم

حکم قسم عبارت از اثر مرتب بر قسم سوگند کننده می باشد. گاهی اوقات قسم از مدعی علیه صادر می شود و گاهی اوقات از مدعی که به بیان موضوع میپردازیم.

۱- حکم قسم مدعی علیه:

جمهور فقهاء به این باور اند که قسم مدعی علیه خاتمه دهنده نزاع بین طرفین بوده و دعوی را ساقط می سازد خصومت را قطع نموده و جانب مقابل (مدعی) حق مطالبه مدعی به رادر حال ندارد بلکه سقوط مطالبه موقتی است الی احضار شاهد یعنی ذمه مدعی علیه بری نیست تا توان اثبات دعوایش را بوسیله دیگری پیدا کند.

اما فقهای مالکی به این نظر اند که بر قسم مدعی علیه سقوط دعوی مطلقاً صورت می گیرد و سقوط موقتی نیست حتی برای مدعی علیه حق اقامه بینه بعد از قسم مدعی علیه داده نمی شود.

۲- حکم قسم مدعی:

اصل وقاعده بر این است که مدعی دعوایش را به بینه به اثبات برساند و هرگاه از احضار بینه عاجز شد قسم متوجه مدعی علیه می شود. اما جمهور فقهاء غیر از حنفیها قسم مدعی همراهی یک شاهد را جواز

^{۲۷۶} توریه عبارت از این است که لفظ ظاهراً به یک معنی اطلاق شود و گوینده از آن معنی دیگری را اراده داشته باشد که لفظ بطور غیر ظاهر شامل آن معنی باشد. (المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر ص ۶۵۷ مختار الصحاح ص ۷۴۰)

می دهند، بناءً در قسم مدعی با یک شاهد اثر قسم همراهی یک شاهد هر دو، ثبوت حق مدعی می باشد.^{۲۷۷}

د: شروط سوگند

چون قسم یکی از دلایل اثبات وقایع دعوی است برای آن یک سلسله شروطی را فقهاء وضع نموده اند که قرار ذیل بیان می شود.

۱- سوگند کننده باید مکلف و دارای اهلیت شرعی خود (عافل و بالغ) باشد، لذا دیوانه، طفل، و نائم قسم داده نمی شود و بر قسم شان اثری مرتب نمی شود.

۲- مدعی علیه منکر باشد: برای توجیه قسم به مدعی علیه، مدعی علیه باید از حق مدعی منکر باشد زیرا اگر به حق مدعی اقرار داشته باشد ضرورت به قسم نیست:

۳- باید مدعی قسم مدعی علیه را نزد محکمه با صلاحیت مطالبه نماید، همچنان این موضوع را ماده (۳۵۳) اصول محاکمات مدنی افغانستان نیز بیان میدارد: محکمه مدعی علیه را به اساس مطالبه به اسم ذاتیه الله یک مرتبه بدون تکرار سوگند می دهد.^{۲۷۸}

۴- اصیل بودن:

سوگند جنبه شخصی و مذهبی دارد و با توجه به اعتقادات افراد صورت می گیرد بناءً در آن نیابت و نمایندگی جواز ندارد لذا وکیل و ولی سوگند داده نمی شوند. این موضوع در قوانین افغانستان نیز برسمیت شناخته شده چنانچه ماده (۳۴۵) اصول محاکمات مدنی در زمینه چنین تحریر می دارد: در ادای سوگند نیابت جواز ندارد.^{۲۷۹}

۵- سوگند نباید در قصاص و حقوق الله خالص مانند حدود باشد یعنی در حقوق الله خالص و قصاص سوگند مجال جواز ندارد.

۶- انتساب عمل به سوگند کننده.

کسی می تواند سوگند یاد کند که عمل، موضوع دعوی منتسب به شخص وی باشد بنا براین در دعاوی بر صغیر و مجنون نمی توان قسم را بر ولی یا وصی یا قیم متوجه ساخت.

۷- قصد و اختیار. سوگند باید با قصد و نیت خود شخص یا دشود لذا سوگند شخص هازل (شوخی کننده) معتبر نیست از طریق دیگر سوگند باید با اختیار یاد شود سوگند شخص مکره (تحت اکراه) اعتبار ندارد.

۸- عجز از احضار شاهد یا فقدان آن:

^{۲۷۷} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۹- بدایة المجتد، ابن رشد ج ۲ ص ۴۵۴ الطرق الحکمیة ابن قیم ص ۱۱۲-۱۳۸-۱۴۰ مغنی المحتاج شریینی ج ۴ ص ۴۷۷-۴۷۸ الشرح الکبیر، دردیر ج ۴ ص ۱۴۶
^{۲۷۸} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۷ ص ۱۱۰
^{۲۷۹} قانون اصول محاکمات مدنی ص ۱۱۰

این شرطی است که امام ابوحنیفه آنرا وضع کرده است و به آن باور است که وقتی شهود وجود داشته باشد و مدعی قادر به احضار آن باشد قسم بر مدعی علیه صحیح نیست، اما دیگر فقهاء به شمول قاضی ابو یوسف و محمد به این نظراند که قسم به مدعی علیه توجیه میشود.^{۲۸۰}

ه: انواع قسم

سوگند بطور کلی و با توجه به موضوع آن بر دو قسم است سوگند غیر قضایی یا یمین العقد و سوگند قضایی.

۱- سوگند غیر قضایی (یمین العقد)

همانطور که از نام این سوگند، بر میآید این سوگند موضوع بحث ادله اثبات یا طرق اثبات دعوی قرار نمی گیرد چرا که بحث آن غالباً در حقوق عمومی است که با عنوان سوگند پیمان یا حلف وفا، داری نیز از آن یاد می شود. این نوع سوگند در حقوق اساسی دارای آثار خاصی می باشد که لکن در بحث اثبات حق به هیچ وجه دلیل اثبات تلقی نمی گردد از جمله سوگند های غیر قضایی می توان به سوگند رئیس جمهور سوگند نمایندگان مجلس و سوگند وکلای مدافع، قضات که تحت عنوان تحلیف مطرح می گردد اشاره کرد بطور کلی محتوی یمین العقد تعهد بر انجام و یا عدم انجام امری در آینده می باشد.^{۲۸۱} چنانچه ماده (۶۳) قانون اساسی افغانستان رئیس جمهور را چنین مکلف می سازد: رئیس جمهور قبل از تصدی وظیفه مطابق به طرز العمل خاص که توسط قانون تنظیم می گردد حلف (سوگند) آتی را به جا می آورد: بسم الله الرحمن الرحیم به نام خداوند بزرگ (ج) سوگند یاد می کنم که دین مقدس اسلام را اطاعت و از آن حمایت کنم. قانون اساسی و سایر قوانین را رعایت و از تطبیق آن مواظبت نمایم از استقلال حاکمیت ملی تمامیت ارضی افغانستان حراست و حقوق و منافع مردم افغانستان را حفاظت کنم و با استعانت از بارگاه پروردگار متعال و پیشینیانی ملت مساعی خود را در براه سعادت و ترقی مردم افغانستان بکار برم^{۲۸۲} چون این نوع سوگند مربوط به بحث ادله اثبات دعوی نمی شود از توضیح بیشتر در این خصوص صرف نظر می کنیم.

۲- سوگند قضایی

سوگند در معنای خاص کلمه همان سوگند قضایی است که عبارت است از اخبار به وجود حق اثبات آن با شاهد گرفتن خداوند متعال این نوع سوگند به طور خاص در جایی مطرح می گردد که حقی مورد انکار واقع شده باشد بنابراین سوگند که در ادله اثبات یا طرق اثبات دعوی مورد بحث قرار می گیرد همین سوگند می باشد، سوگند قضایی به دو قسم است که عبارتند از سوگند بنات (قاطع دعوی) و سوگند متمم (تکمیلی)^{۲۸۳}

^{۲۸۰} کتوزیان اثبات و دلیل اثبات، ج ۱ ص ۲۲۶ ابن نجم البحر الرائق، ج ۷ ص ۲۰۲ بدایه المجتهد ابن رشد ج ۲ ص ۴۵۵ مغنی المحتاج شریینی

ج ۴ ص ۴۷۵ کشف الغناع بهوتی ج ۶ ص ۲۳۲ ادله اثبات دعوا، کریمی ص ۱۹

^{۲۸۱} کریمی، ادله اثبات دعوی، ص ۱۰۱

^{۲۸۲} قانون اساسی افغانستان، ص ۲۰

^{۲۸۳} کتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱ ص ۱۸۴

- اول سوگند بتات (قاطع دعوی)

فقهاء اتفاق نظر دارند که سوگند کننده باید از فعل خودش بطور بتات و قطعی سوگند یاد کند مثلاً بگوید و الله این چیز را به مبلغ صد افغانی خریدم و الله این چیز را نخریدم، بنابر دیدگاه فقهاء وقتی شخص بر عمل خودش سوگند یاد کند قسم بتات نام دارد همچنان قانون مدنی افغانستان در ماده (۱۰۱۸) قسم بتات را چنین بیان میدارد: در قسم قاطع شرط است که قسم بنابه واقعه و عملی باشد که خود شخص سوگند کننده آنرا ایجاد نموده باشد و اگر سوگند بعمل غیر باشد قسم به علم داده می شود.^{۲۸۴}

از مطالعه آراء فقهاء و مواد قانون چنین برمی آید که سوگند بتات علاوه بر اینکه سوگند به فعل خود سوگند کننده را احتوای می کند شامل سه حالت دیگر را نیز می شود که سوگند در آنها قاطع و خاتمه دهنده، دعوی می باشد.

۱- وقتی سوگند کننده به عمل غیر سوگند یاد کند قسم به علم گفته می شود چنانچه قبلاً تذکر یافت، این موضوع در ماده (۱۰۱۸) قانون مدنی چنین بیان شده است: در قسم قاطع شرط است که قسم بنا به واقعه و عملی باشد که خود شخص سوگند کننده آنرا ایجاد نموده باشد، و اگر سوگند بعمل غیر باشد قسم به علم داده می شود.^{۲۸۵} برای وضاحت موضوع بیان یک مثال مناسب است در قسم به علم در دعوی غصب مدعی علیه باید چنین بگوید: والله نمی دانم (علم ندارم) که همین زمین از احمد بوده است و پدرم غصبش کرده باشد.

۲- قسم به سبب:

وقتی سوگند به وقوع امری یا عدم وقوع آن باشد قسم به سبب می شود. اصول محاکمات مدنی افغانستان هم همین دیدگاه را مورد تایید قرار داده و در ماده (۳۵۶) چنین بیان می دارد: در موضوع مربوط به وقوع امر یا عدم وقوع آن سوگند به سبب می شود.^{۲۸۶} برای مثال می توان گفت که: دعوی که ادعای خرید در آن مطرح باشد مدعی علیه چنین قسم داده می شود: والله نفروختی چون سبب در این قضیه خریدن است و در دعوی غصب چنین قسم داده می شود والله غصب نکردی.

۳- قسم به حاصل:

وقتی سوگند به بقاء و عدم بقاء یک شی در حال باشد قسم به حاصل داده می شود همچنین این موضوع را ماده (۳۵۶) اصول محاکمات مدنی چنین بیان میدارد: در موضوع مربوط به بقاء و یا عدم بقاء فی الحال سوگند به حاصل داده می شود.^{۲۸۷} برای مثال می توان بیان کرد در صورتیکه در دعوی ادعای خرید و فروش طرح شده باشد چنین قسم داده می شود: والله در بین ما در همین مورد کدام عقد بیع

^{۲۸۴} قانون مدنی ص ۱۷۲

^{۲۸۵} قانون مدنی ۱۷۱

^{۲۸۶} قانون اصول محاکمات مدنی ص ۱۱۱

^{۲۸۷} همان مرجع

موجود نیست. و در دعوی غصب چنین قسم داده می شود که بالله مستحق رد مال نیست. و در دعوی نکاح باید گفته شود بالله در بین ما در حال عقد نکاح قائم نیست.^{۲۸۸}

دوم سوگند متمم (تکمیلی)

این سوگند برخلاف آنچه در سوگند قاطع دعوی گفته شد از طرف قاضی و به منظور اطمینان و رفع شبهه به مدعی پیشنهاد می شود فرض مسئله این است که گاهی اوقات ادعا بر مبنای اصول شرعی و حقوقی اقامه شده اثبات می شود و با وجود این احتمال اشتباه یا حادثه پنهانی ناقض آن وجود دارد یعنی حالتی است که دلیل کامل وجود نداشته و خالی از دلیل هم نیست چنانچه در زمینه ماده (۱۰۲۲) قانون مدنی چنین بیان میدارد: ۱- محکمه می تواند مستقیماً قسم را به یکی طرفین جهت استناد حکم در موضوع دعوی یا قیمت آنچه به آن حکم می نماید راجع نماید.

۲- این نوع قسم وقتی توجیه می تواند که در دعوای دلیل کامل وجود نداشته و خالی از دلیل هم نباشد.^{۲۸۹}

بنابراین در چنین حالات نمی توان از مدعی قسم اضافی مطالبه کرد چون دلیل برای اثبات دعوی خود دارد. بناءً قانون به محکمه حق می دهد که برای دفع شبهه خود و اصابت و حقیقت از مدعی درخواست سوگند تکمیل کننده دلیل نماید. به طور مثال در دعوی بر متوفی که وارثان طرف ادعا قرار می گیرند هر چند که دعوی با دلایل کافی همراه باشد وجود دین را ثابت کند این احتمال باقی است که حادثه ای آنرا از بین برده باشد و وارثان از آن آگاه نباشند مانند ایفاء و ابراء و غیر بناءً لازم است که محکمه مدعی یا طلبکار را قسم متمم بدهد و همچنان در انواع دیگر معاملات از قبیل بیع و شفع و غیره در زمینه ماده (۳۵۲) اصول محاکمات مدنی چنین وضاحت دارد: محکمه با در نظر داشت احکام مندرج مواد (۱۰۲۲) الی (۱۰۲۴) قانون مدنی بدون طلب خصم، مستقیماً سوگند را به مدعی توجیه می نماید این سوگند از صلاحیت قضاء بوده و سوگند متممه است که موارد آن قرار آتی می باشد.

۱- در دعوای استحقاق که مدعی بها نزد شخص دیگری باشد و مستحق راجع به آن دعوی استحقاق نماید محکمه مدعی را بعد از ثبوت حق وی قبل از صدور حکم راجع به امور ذیل سوگند میدهد- مدعی بها را به کسی نفروخته است- مدعی بها را به کسی طور هدیه و صدقه نداده است. مدعی بها را به کسی هبه نکرده است.

۲- در دعوی دین و یا حق بر متوفی محکمه مدعی را بعد از ثبوت وی و قبل از صدور حکم راجع به امر ذیل سوگند میدهد. مدعی بها با لذات یا بالواسطه از جانب متوفی برایش نرسیده است.

۳- در دعوی شفع محکمه بعد از اثبات حق شفع و قبل از صدور حکم شفع را راجع به امور ذیل سوگند میدهد- شفع را به وقت آن خواسته است. حق شفع خود را به هیچ صورت از بین نبرده است.

^{۲۸۸} کتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱ ص ۲۲۷-۲۲۸ المذهب شیرازی ج ۲ ص ۳۲۲ کشاف القناع، بهوتی ج ۶ ص ۲۲۸-۲۲۹ المغنی المحتاج، ابن قدامه ج ۹ ص ۲۳۰
^{۲۸۹} قانون مدنی ص ۱۷۲

۴- در دعوی رد مبعه به سبب عیب محکمه مدعی را بعد از اثبات عیب و قبل از صدور حکم راجع به امر ذیل سوگند میدهد: صراحتاً یا دلالتاً به عیب رضایت نشان نداده است.

۵- در دعوی نفقه بر زوج غایب محکمه زوجه را بعد از ثبوت حق و قبل از صدور حکم به امور ذیل سوگند میدهد:- شوهر برای وی نفقه نمانده است او را از عقد نکاح خود فارغ نساخته است.^{۲۹۰}

ی: حقوق که سوگند در آن جایز و یا ناجائز است

یکی از مسایل مهم در بحث قسم این است که در کدام موارد یا چی نوع حقوق قسم به طرفین دعوی توجیه می شود و در کدام موارد توجیه نمی شود، از مطالعه آراء فقهاء چنین بر می آید که در بعضی حقوق قسم باتفاق جواز دارد و در بعضی حقوق قسم با توافق جواز ندارد و در بعضی حقوق اختلاف نظر وجود دارد که بعضی فقیهان به جواز و بعضی به عدم جواز قسم در آنها نظر داده اند.

الف - حقوقیکه قسم در آن باتفاق جواز دارد:

در اموال و حقوق مالی باتفاق نظر قسم جواز دارد، و قسم در حالات نفی و اثبات متوجه مدعی علیه میشود همچنان تحلیف در موضوعات جنایی قصاص، جراحات و در بعضی مسایل احوال شخصیه از قبیل مهر، نفقه و سکنی جواز دارد. مستند این قول آیه شریفه {ان الذین یشترون بعهد الله و ایمانهم ثمنا قليلا اولئک لا خلاق لهم فی الاخرة ولا یکلمهم الله ولا ینظر الیهم یوم القیامة ولا یزکیهم و لهم عذاب الیم.} ^{۲۹۱} می باشد.

آنانیکه در مقابل پیمان خدا و قسم های شان پول اندکی را میگیرند این گروه بهر ای از آخرت ندارند. و خداوند با ایشان در قیامت سخن هم نمی زند و به طرف شان نمی بیند و آنها را پاک هم نمی سازد و عذاب دردناک می دهد.

ب- حقوقیکه قسم در آن باتفاق جواز ندارد:

در حقوق الله محض قسم جواز ندارد چی در حدود باشد مانند حدزنا، سرقت، حد شرب و غیره و یا عبادات باشد مانند نماز، حج، نذر و غیره زیرا حدود به شبهات دفع می شوند و عبادات رابطه بنده با رب است هیچ کس حق مداخله را در آن ندارد اما زمانیکه به حدود حق مالی تعلق بگیرد قسم در آن جواز دارد چون صفت یک حق مالی را بخود می گیرد.^{۲۹۲}

ج- حقوقیکه در آن اختلاف نظر وجود دارد:

چنانچه قبلاً تذکر رفت در بعضی مسایل احوال شخصیه باتفاق نظر قسم جواز داشت اما تحلیف در بعضی دیگر احوال شخصیه اختلافی است که به بیان آن می پردازیم.

^{۲۹۰} قانون اصول محاکمات مدنی ص ۱۰۸

^{۲۹۱} سوره آل عمران آیه ۷۷

^{۲۹۲} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۷-المهذب، شیرازی ج ۲ ص ۳۰۲-۳۰۳ الطرق الحکمیة ابن قیم ج ص ۱۱۰-۱۲۴-۱۱۱ المغنی المحتاج ابن قدامه ج ۵ ص ۲۳۷ - الشرح الکبیر دردیج ج ۴ ص ۲۲۷.

۱- امام ابوحنیفه به این باور است که هفت مسئله مستثنی است که تحلیف یا قسم در آن جواز ندارد و عبارت اند از نکاح، طلاق، نسب، فئی ایلاء، عتق (آزادی)، ولاء و استیلاء فقهاء حنبلی علاوه بر اشیاء مذکور تحلیف در قصاص را هم جواز نمی دهند.^{۲۹۳}

۲- فقهاء مالکی به این باور اند که تحلیف فقط در نکاح جواز ندارد زیرا در عقد نکاح شهادت و اعلان واجب است وقتی شهود وجود نداشت نکاح صحیح نمی شود لذا قسم در آن جواز ندارد چون مجال برایش نمیباشد.^{۲۹۴}

۳- فقهاء شافعی و صاحبان امام ابوحنیفه (محمد و ابویوسف) به این نظر اند که قسم در تمام مسائل مذکور جواز دارد منکر در اثبات و نفی قسم داده می شود. و به تایید قول شان بعموم نصوص وارده در موضوع تحلیف تمسک می کنند از جمله نصوص عام می توان حدیث شریف البینه علی المدعی و الیمین علی مدعی علیه را تذکر داد.^{۲۹۵}

ز: قضاء به شاهد و قسم مدعی

چنانچه قبلاً بیان شد باتفاق نظر در صورتیکه مدعی دو نفر شاهد جهت اثبات دعوایش به محکمه حاضر سازد و شهادت شان قبول شود حکم به اثبات دعوایش می شود و زمانیکه از احضار دو نفر شاهد عاجز ماند و قسم مدعی علیه را طلب کرد و مدعی علیه قسم یاد کرد به عدم اثبات دعوی مدعی و به نفع مدعی علیه براساس قسمش حکم می شود. اما زمانیکه مدعی یک نفر شاهد برای اثبات دعوایش به محکمه تقدیم دارد و حاضر به قسم یاد کردن هم باشد در میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد و هرگاه به دلایل خاص خود استناد می کنند.

الف- دیدگاه فقهای احناف:

فقهاء حنفی به این باورند که قضاء به یک نفر شاهد و قسم مدعی جواز ندارد و به دلایلی از قرآن کریم و سنت پیامبر (ص) استناد می کنند.

۱- قرآن کریم: خداوند (ج) در سوره بقره می فرماید: ﴿واستشهدوا شہیدین من رجالکم فإن لم یکونا رجلین فرجلو امراتان ممن ترضون من الشہداء﴾^{۲۹۶} دو نفر شاهد بگیرید از مردان تا اگر دو مرد نبود یک مرد و دو زن از آنانیکه به آنها راضی هستید بگیرید. همچنان الله متعال در سوره طلاق می فرماید: ﴿واشہدوا ذوی عدل منکم﴾^{۲۹۷} دو نفر عادل از خود را شاهد بگیرید و چه استدلال این است که درین

^{۲۹۳} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۷

^{۲۹۴} دردیر، احمدین محمد، الشرح الکبیر، ج ۴ ص ۲۲۷

^{۲۹۵} شیرازی، ابراهیم بن یوسف، المہذب، ج ۲ ص ۳۰۲-۳۰۳ الطرق الحکمیه، ابن قیم ج ص ۱۱۰-۱۲۴-۱۱۱ بدائع الصنائع کاسانی ج ۶ ص

۲۲۷۰- ابن قدامه، المغنی، ج ۵ ص ۲۳۷- الشرح الکبیر، دردیر ج ۴ ص ۲۲۷

^{۲۹۶} سوره البقره آیه ۲۸۲

^{۲۹۷} سوره الطلاق آیه ۲

آیات خداوند طلب شهادت دو نفر مرد یا یک مرد و دو زن را کرده است و قضاء به قسم مدعی زیادت بر نص است و زیادت بر نص بمعنی نسخ است و نسخ قرآن به خبر واحد جواز ندارد.^{۲۹۸}

۲- سنت پیامبر حدیث ابن عباس- {ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لویعطی الناس بدعواهم ادعی ناس دماء رجال و اموالهم ولكن الیمن علی المدعی علیه}^{۲۹۹} اگر به مجرد ادعی برای مردم ما ادعای شان داده شود هرآینه مردمی بودند که بالای خونها و اموال مردم دعوی می کردند مگر قسم بر مدعی علیه است و همچنان حدیث بیهقی که روایت می کند {البینه علی المدعی و الیمن علی من انکر}^{۳۰۰} حدیث شریف (شاهدک او یمینه).^{۳۰۱} شاهدان توپا قسم مدعی علیه طوریکه از احادیث فوق دانسته می شود حدیث اول قسم را واجب بر مدعی علیه دانسته به برمدعی و حدیث دوم تمام افراد شاهد را بر مدعی و افراد قسم را بر منکر اختصاص داده است و حدیث سوم مدعی را مخیر بین احضار شاهد و قسم مدعی علیه ساخته است لذا قسم بر مدعی راجع نمی شود.^{۳۰۲}

ب- دیدگاه جمهور فقهاء:

فقهاء مالکی، شافعی و حنبلی قضاء به یک شاهد و قسم مدعی را جواز میدهند و به این نظر اند که در صورتیکه مدعی یک شاهد برای اثبات دعوی خود داشت قسم هم بوی توجیه می شود و دلیل می جویند به حدیث شریف که امام احمد و عده ای دیگر از محدثین آن را از ابن عباس روایت کرده اند: {ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضی بالیمن مع الشاهد}^{۳۰۳} ابن عباس می گوید که رسول الله صلى الله عليه وسلم به قسم و شاهد قضاء نمودند و همچنان دلیل می جویند به اجماع صحابه در قضاء به شاهد و قسم مدعی از جمله میتوان از ابوبکر، عمر، علی و ابی بن کعب رضی الله عنهم نام برد.

مطلب دوم: نکول وقضاء به علم قاضی

جزء اول: نکول

الف: تعریف نکول

نکول مصدر نکل به معنی جبن (ترس) وناکل به معنی ترسو وضعیف میباشد و نکیل از مصدر تنکیل به معنی منع و امتناع است.^{۳۰۴}

و در اصطلاح: عبارت از امتناع شخص از قسم واجبه بر نفع یا ضررش میباشد.^{۳۰۵}

^{۲۹۸} کاسانی، بدائع الصنائع ج ۶ ص ۲۲۵

^{۲۹۹} سنن ابن ماجه قزوینی ۷۷۸

^{۳۰۰} اعظمی، محمدضیاء الرحمن، المنه الكبرى، ج ۹ ص ۲۳۴

^{۳۰۱} بخاری، محمدبن اسماعیل، الجامع الصحیح المختصر ج ۲ ص ۸۸۹

^{۳۰۲} کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۵

^{۳۰۳} مسند امام احمد، شیبانی ج ۱ ص ۳۲۳

^{۳۰۴} ابن منظور، لسان العرب، ابن ج ۱۱، ص ۶۷۷.

^{۳۰۵} الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۴۱، ص ۳۱.

نکول در فقره (۴) ماده (۲۷۲) قانون اصول محکقات مدنی از جمله طرق اثبات و اسباب حکم شناخته شده است در خصوص تعریف و احکام نکول قانون توضیحات بیشتر ارائه نکرده است فقط یک و دو ماده دیگری در زمینه وجود دارد که در مباحث دیگر بیان میشود.

ب: حقیقت نکول

در مورد حقیقت و ماهیت نکول فقها دارای چهار نظریه مختلف میباشند:

- ۱- امام ابوحنیفه به این باور است در امریکه سوگند یاد کردن در آن مجال دارد نکوی به معنی بذل است^{۳۰۶} اما در امریکه سوگند یاد کردن در آن مجال ندارد نکوی هم در آنها مطرح شده نمیتواند و به معنی اقرار است.
- ۲- امام ابویوسف و محمد به این باور اند که در امریکه گنجایش و یا احتمال اقرار را دارند نکول به معنی اقرار است که در آن شبه وجود دارد برابر است که احتمال بذل را داشته باشد یا نه.
- ۳- امام شافعی به این نظر است که نکول مانند بینه نیست و بینه هم شده نمیتواند بلکه در صورت نکول مدعی از قسم، قسم به مدعی علیه راجع میشود مالکی ها هم به همین نظر اند در دعاوی که محال تهمت در آن نباشد اما در دعاوی که محال در آن باشد نکول را به معنی اقرار میدانند. دعاوی که محال تهمت در آن باشد دعاوی اند که مدعی علیه در آنها تحت احتمال شک و تهمت باشد.
- ۴- فقهاء حنبلی به این باور اند که نکول مانند اقامه بینه است زیرا ناکل را مقرر گفته نمیتوانیم پس مانند اقامه شاهد است.

ج: قضاء به نکول

در مورد قضاء به نکول فقها نظریات مختلف ارائه نموده اند که بصورت عموم میتوان سه نظریه را مورد بررسی قرار داد.

اول: نظریه حنفی ها و مالکی ها:

علماء حنفی ها و مالکی ها به این نظر اند که در دعاوی مالی به مجرد نکول شخص از قسم، حکم بر وی صادر میشود اما در دعاوی حدود و قصاص به نکول حکم صادر نمیشود بلکه ناکل حبس میشود تا اقرار کند و یا قسم یاد کند. امام محمد و ابویوسف میگویند در دعاوی قصاص در نفس و اطراف وقتی مدعی علیه نکول کند به نکول حکم صادر نمیشود بلکه به دیت و ارش حکم صادر میشود. در تعزیرات به اتفاق فقها حنفی به نکول حکم میشود در قضایای نکاح، رجعت، فئ، ایلا، ریق، استیلا، نسب و ولای امام ابوحنیفه به این نظر است که به نکول حکم نمیشود و به منکر قسم هم راجع نمیشود. اما امام ابویوسف و محمد به این باور اند که قسم متوجه منکر میشود و به نکول هم حکم صادر میشود قول مشهور مذهب مالکی این است که در دعاوی دارای مجال تهمت به مجرد نکول حکم بر مدعی علیه صادر میشود.

^{۳۰۶} بذل در لغت به معنی اعطا و بخشش است و در اصطلاح فقها احناف به دو معنی آمده است ۱ قطع خصومت به دفع و تسلیم ما ادعا خصم ۲ ترک و اعراض از منازعه. بدائع الصنائع ج ۷، ص ۲۶۶-۲۶۷.

اصول محاکمات مدنی افغانستان از نظریه امام بویوسف و محمد پیروی نموده و در ماده (۳۴۶) چنین بیان میدارد در صورتیکه مدعی علیه از سوگند نکول نماید محکمه او را به رد و یا سپردن مدعی بها به مدعی محکوم میسازد.

دلایل این نظریه:

- ۱- حدیث شریف که ابن عباس از رسول الله روایت میکند: (عن النبی صلی الله علیه وسلم قال: البیتة علی المدعی والیمین علی من انکر).^{۳۰۷}
- ۲- حدیث ابن عباس ان رسول الله صلی الله علیه وسلم قال: (لو یعطی الناس بدعواهم ادعی الناس دماء و اموالهم ولكن الیمین علی المدعی علیه).^{۳۰۸}
- ۳- حدیث شریف (شاهداک او یمینه)^{۳۰۹}

وجه دلالت احادیث:

طوریکه دیده میشود لفظ علی در احادیث به کار رفته است و علی افاده وجوب را میکند بناءً قسم بر مدعی علیه واجب است و مقتضی وجوب این است که اگر قسم یاد کرد بری است والا به نکول وی حکم صادر میشود حنفی ها به عمل شریح که به نکول حکم میکرد نیز استیناد میکنند و عمل وی را خالی از عمل رسول الله نمیدانند.

دوم نظریه شافعی ها:

فقها شافعی به این نظر اند که به مجرد نکول حکم بر مدعی علیه صادر نمیشود بلکه قسم متوجه مدعی میشود اگر سوگند خورد به حق مدعی برایش حکم صادر میشود و اگر نکول کرد منازعه قطع میشود و به دلایل ذیل استیناد میکنند:

- ۱- آیه شریفه: (أن ترد ایمان بعد ایمانهم)^{۳۱۰} این آیه دال بر نقل قسم از یک طرف دعوی به طرف دیگر است از امتناع از قسم واجب است.
- ۲- حدیث شریف این عمر رضی الله عنهما: (أن النبی صلی الله علیه وسلم رد الیمین علی طالب الحق)^{۳۱۱}.

سوم نظریه حنبلی ها:

فقها حنبلی به این باور اند که به مجرد نکول مدعی علیه حکم بر وی صادر نمیشود و همچنان قسم بر مدعی راجع نمیشود بلکه ناکل حبس میشود تا قسم یاد کند یا به حق مدعی اقرار نماید.

^{۳۰۷} اعظمی، المنة الكبرى، ج ۹، ص ۲۳۴.

^{۳۰۸} سنن ابن ماجه، قزوینی، ص ۷۷۸.

^{۳۰۹} البخاری، الجامع الصحیح المختصر، ج ۲، ص ۸۸۹.

^{۳۱۰} سوره مائده، آیه ۱۰۸.

^{۳۱۱} ابی عبدالله، محمد بن عبدالله، المستدرک علی الصحیحین للحاکم، ج ۴، ص ۱۱۳.

د: مجال قضاء به نکول

آنچه از فقهاء که به قضاء به نکول نظر داده اند و آن را از جمله وسایل اثبات میدانند از جمله حنفی ها و حنبلی به این نظر ناد که در دعاوی مالی به نکول حکم میشود اما در دعاوی غیر مالی و آن دعاوی که هدف آن مال نیست مانند نکاح، طلاق، لعان، حدود، قصاص، وصایت و وکالت قضاء به نکول جواز ندارد ولی مفتی به در مذهب احناف قول صاحبین است که قضاء به نکول در تمام دعاوی به استثناء حدود، قصاص و لعان جواز دارد.^{۳۱۲}

در قوانین افغانستان هم همین نظریه پذیرفته شده است چنانچه ماده (۳۴۶) اصول محاکمات مدنی در زمینه چنین بیان میدارد در صورتیکه مدعی علیه از سوگند نکول نماید محکمه او را به رد و یا سپردن مدعی بها به مدعی محکوم میسازد.

جزء دوم: قضاء به علم قاضی

یکی از مسایل متبادر در ذهن و مورد بحث در فقه اسلامی و نظام های حقوقی قضاء به علم قاضی است، قضاء قاضی به علمش بخاطر درخور بحث است که از یک طرف قاضی شاهد و حاضر واقعه بوده و از طرف دیگر حاکم و داور در قضیه نیز است بناءً موضوع قضاء به علم قاضی از دیدگاه فقه و قانون مورد بحث قرار میگیرد.

الف: قضاء قاضی به علمش در فقه

در مورد قضاء به علم قاضی فقهاء دارای نظریات مختلف میباشند دیدگاه شان در مورد قضاء قاضی به علمش از حقوق الله محض تا حقوق العباد متفاوت است که در زمینه مختصراً به بحث میپردازیم.

- ۱- قضاء به علم قاضی در حقوق الله محض: به اتفاق نظر فقهاء به این باور اند که قضاء قاضی به علمش در حدود خالص مانند حد زنا، حد شرب خمر و غیره جواز ندارد به دلیل اینکه در دفع حدود احتیاط لازم بکار است.
- ۲- قضاء به علم قاضی در حقوق العباد: در مورد قضاء قاضی به علمش در حقوق العباد فقهاء اختلاف نظر دارند.

نظریه امام ابوحنیفه: امام ابوحنیفه به این باور است که قضاء قاضی به علمش در حقوق العباد به علمیکه در زمان ایفاء یا تصدی وظیفه قضاء و در مکان تحت صلاحیت قضایی خودش کسب کرده باشد جواز دارد. بنا بر این دیدگاه قضاء قاضی به علم که در غیر زمان تصدی وظیفه قضاء کسب کرده یا در زمان تصدی وظیفه کسب کرده اما در غیر مکان صلاحیت قضایی خودش جواز ندارد.

نظریه مالکی ها غیر اظهر در نزد شافعیه و ظاهر مذهب حنبلی ها:

^{۳۱۲}. حامد، طرق اثبات دعوی، ص ۸۸-۹۲.

نظریه مالکی ها و غیر از هر در نزد شافعی ها و ظاهر مذهب حنبلی ها است که قضاء قاضی به علمش در حقوق العباد جواز ندارد چی کسب علم در زمان ولایت قضاء باشد یا قبل از آن و یا بعد از آن، قاضی شریح نیز به همین نظر است.

نظریه امام او یوسف، امام محمد یک روایت از امام احمد و از هر در نزد شافعیه:

نظر اینها اینست که قضاء قاضی به علمش در حقوق العباد جواز چی علمش قبل از ولایت قضاء باشد یا بعد از آن و یا در جریان وظیفه، اما شافعیه یک شرط را در زمینه اضافه نموده اند که قاضی باید مجتهد باشد بنا بر همین شرط قاضی که متعهد نباشد قضاء ئی به علمش جواز ندارد تنها آن قاضی میتواند که به علمش حکم کند که مجتهد باشد.

نظریه مفتی به در مذهب احناف:

نظریه وقول معتمد در نزد متاخرین احناف، که مفتی به در مذهب میباشد عدم جواز قضاء قاضی به علمش مطلقاً در تمام امور میباشد (چه حقوق الله و چه حقوق العباد) به دلیل فساد قضات و فساد افراد جامعه در عصر حاضر.^{۳۱۳}

ب: قضاء قاضی به علمش در قوانین افغانستان

در زمینه لازم است اولاً ماده (۱۳۰) قانون اساسی را تحریر نمایم (محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق میکنند. هرگاه برای قضیه از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکم موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدود که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه آن تأمین نماید).

به تاسی از ماده مذکور قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان در ماده (۱۲) محکمه را مکلف به ذکر اسباب حکم در فیصله میدارد که نص ماده مذکور چنین وضاحت دارد (محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر مینماید در فیصله ذکر کند) به همین منوال ماده (۲۴۷) اصول محاکمات مدنی بیان میدارد که (فیصله محکمه باید قانونی و مستند باشد) علاوه بر این ماده (۲۷۲) قانون اصول محاکمات مدنی دلایل یا وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل مدهند در چهار چیز محصور کرده است ۱- اقرار ۲- بینه (اسناد، شهود، قراین قاطعه و قراین مسطنبته) ۳- یمین ۴- نکول بناءً از وضاحت مواد مذکور دانسته میشود که اولاً فیصله و حکم قاضی باید استوار بر دلیل باشد و ثانیاً در قوانین افغانستان علم قاضی از جمله دلایل اثبات و یا وسایل ثبوت و اسباب حکم برسمیت شناخته نشده است لذا نتیجه این میشود که قضاء قاضی به علمش جواز نداشته و مجاز هم نمیباشد.^{۳۱۴}

^{۳۱۳}. الدر المختار، ج ۴، ص ۳۶۹ و در الحکام، حیدر، ج ۴، ص ۴۳۱.

^{۳۱۴}. حامد، عبدالواحد، طرق اثبات دعوی ۹۳-۹۸.

مبحث دوم: اعتبار امر قضاوت شده

الف: تشخیص اعتبار امر قضاوت شده

در این جا، دو واژه وجود دارد که باید از هم باز شناخته شود.

یک- اعتبار امر قضاوت شده؛

دو- قوت امر قضاوت شده؛

اعتبار امر قضاوت شده، به این معنا است که حکم میان دو طرف دعوی نسبت به خود حق موضوع دعوی از نظر محل و سبب، معتبر است حکم قضاوت شده، در این حد، حجت و معتبر است که قابل نقض نیست، مگر از طریق استیناف خواهی، فرجام خواهی یا تجدید نظر خواهی. این مقدار اعتبار، برای هر حکمی است که فصل خصومت شده و حکم صادر شده است، اعم از این که حکم نهایی یا ابتدایی باشد. همچنین، اعم از این که حکم حضوری یا غیابی باشد این حجت و اعتبار، تا وقتی باقی است که به طور قانونی از بین نرود. بنابراین، اگر حکم غیابی باشد، تا وقتی معتبر است که از طریق تجدید نظر خواهی حکم نقض نشده است؛ اما زمانی که حکم غیابی از طریق تجدید نظر خواهی نقض گردد، اعتبار آن هم از بین می رود. اگر حکم ابتدای باشد، تا وقتی معتبر است که از طریق استیناف خواهی نقض نشده است؛ اما وقتی حکم ابتدای از طریق استیناف خواهی نقض گردد، حجیت و اعتبارش از بین می رود. اگر حکم نهایی باشد، تا زمانی معتبر است که از طریق فرجام خواهی نقض نشده باشد؛ اما زمانی که از طریق فرجام خواهی نقض گردد، حجیت و اعتبارش برداشته می شود.^{۳۱۵}

قوت امر قضاوت شده، به این معنا است که حکم قطعی شده و راهی عادی برای اعتراض از قبیل استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدید نظر خواهی باقی نمانده باشد گرچه راه اعتراض غیر عادی باقی باشد.^{۳۱۶}

بنابراین، هر حکمی که دارای قوت امر قضاوت شده باشد. دارای حجیت امر قضاوت شده نیز است؛ اما عکس آن صادق نیست؛ یعنی این طور نیست که هر حکمی که دارای اعتبار امر قضاوت شده باشد، دارای قوت امر قضاوت شده، هم باشد.

در بسیاری موارد، میان این دو واژه، اشتباه می شود و یکی را به جای دیگری استعمال می کند. این اشتباه در ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی واقع شده، که بیان می دارد: « احکامی که حایز قوت حکم قطعی باشد، با تمام مندرجات آن حجت شمرده می شود و دلیل دیگری به نقض آن پذیرفته نمی شود، مشروط به این که منازعه بین عین اشخاص صورت گرفته و به عین محل و سبب حق، تعلق گیرد». اگر حکمی دارای حجیت امر قضاوت شده باشد، مانع از این می شود که دو طرف دعوی همان دعوی را

^{۳۱۵} . طلحة، انور، الوسيط في شرح قانون الاثبات، اسكندرية، ناشر المكتب الجامعي الحديث، ۲۰۰۴ م، ص ۹۵۱

^{۳۱۶} . موسی، خالد، المحامی، ص ۲۲۲.

دوباره، در محکمه مطرح کند؛ حتا اگر حکم ابتدایی یا غیابی باشد. بنابراین، دو طرف دعوی مکلف است، حکم صادره را محترم شمرده و حق طرح دعوی مجدد آن را ندارند؛ زیرا قانون گذار، اعتبار امر قضاوت شده را به عنوان قرینه قاطعه پذیرفته است؛ اما هر یک از دو طرف دعوی می تواند اعتراض های عادی، مانند استیناف خواهی، یا فرجام خواهی را انجام دهد.

پرسش مطرح می شود این که آیا اعتبار امر قضاوت شده، جزء نظم عمومی است؟ در پاسخ باید بیان داشت که اعتبار امر قضاوت شده، در امور مدنی جزء نظم عمومی نیست؛ اما در امور جزایی جزء نظم عمومی است.^{۳۱۷}

ب: شرایط اعتبار امر قضاوت شده

برای این که حکم صادره از محکمه دارای اعتبار امر قضاوت شده باشد، وجود دو نوع شرط لازم و ضروری است.

۱- شرایطی که برای اصل حکم لازم است؛

۲- شرایطی که برای حق مورد دعوی لازم است.

۳- شرایط حکم:

حکم صادره از طرف محکمه در صورتی دارای اعتبار امر قضاوت شده است که حکم صادره دارای شرایط زیر باشد:

اول این که حکم قضایی باشد؛

دوم این که حکم قطعی باشد؛ به بیان دیگر، قاطع دعوی باشد؛

سوم این که تمسک به اعتبار امر قضاوت شده، باید در منطوق حکم باشد، نه در اسباب آن.^{۳۱۸}

— قضایی بودن حکم

حکم در صورت دارای اعتبار امر قضاوت شده می باشد که حکم قضایی باشد. بنابراین، فتوی، قرار اداری، قرار صادره شده از جانب سارنوال، اعتبار امر قضاوت شده را ندارد.

اعتبار امر قضاوت شده، در صورتی است که از طرف محکمه دارای صلاحیت ذاتی صادر شده باشد. بنابراین، چنانچه حکم از طرف محکمه صادر گردد که صلاحیت ذاتی در دوسیه را نداشته باشد، دارای اعتبار امر قضاوت شده، نیست^{۳۱۹}

^{۳۱۷} . السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، ج ۲، ص ۶۴۱ و ۶۴۲.

^{۳۱۸} . کتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، ص ۷۴.

^{۳۱۹} . السنهوری عبدالرزاق، الوسیط، ج، ۲ ص ۶۵۱ و ۶۵۲.

پرسش مطرح می شود این که آیا حکم صادره از محاکم بیگانه در محاکم داخلی دارای اعتبار امر قضاوت شده است؟ در فرانسه دارای اعتبار امر قضاوت شده است. در مصر تمایل به این است که مقابل به مثل کند؛ یعنی اگر کشوری که حکم را صادر کرده آرای صادره از محاکم مصر را معتبر و دارای اعتبار امر قضاوت شده بداند، محاکم مصر نیز آرای صادره از محاکم آن کشور را دارای اعتبار امر قضاوت شده می داند؛ اما اگر کشور صادر کننده رأی آرای صادر از محاکم مصر را دارای اعتبار قضاوت شده نداند، محاکم مصر هم آرای آن ها را دارای اعتبار قضاوت شده نمی داند.^{۳۲۰} در حقوق ما، در این زمینه نظری مطرح نشده است؛ اما نظریه مقابل به مثل خوب است.

— قطعی یا قاطع دعوی بودن حکم.

قطعی بودن حکم دو معنا دارد:

یک- حکم قطعی به تصمیمی گفته می شود که یکی از مسایل مورد اختلاف دو طرف دعوی را به طور قطع حل کند. با این تعبیر، احکام محکمه هرچند غیابی و قابل تجدید نظر هم باشد حکم قطعی شمرده می شود. همچنین، تصمیم های که محکمه پیش از صدور حکم در باره یکی از ارکان دعوی یا ایرادهای که دو طرف می گیرد و به طور قاطع اختلاف را حل می کند، قطعی است؛ مانند رأی محکمه در مورد جعلیت سند. بنابراین، حکم قطعی در برابر تصمیم های به کار می رود که به منظور آماده شدن برای صدور حکم نهایی می گیرد و به موجب آن مبانی دعوی را بررسی و به دلایل مؤثر در موضوع رسیدگی می کند.^{۳۲۱}؛ مانند قرار تحقیق، معاینه محلی، ارجاع امر به اهل خبره، رسیدگی به اصالت سند و شنیدن شهادت شاهدان. قطعی بودن حکم به این معنا، شرط وجود عمل قضایی و در نتیجه ایجاد اعتبار امر قضاوت شده است. به نظر می رسد ماده ۲۶۰ قانون اصول محاکمات مدنی که بیان می دارد: «نص حکم باید قاطع صریح و عاری از هر نوع تعقید لفظی و معنوی باشد».

دو- حکم قطعی معنای دیگری نیز دارد. و به تصمیمی گفته می شود که به سبب گذشتن مهلت استیناف خواهی، یا تأیید در آن مرحله قابل اجرا باشد؛ به بیان دیگر، احکامی که از راه های عادی قابل اعتراض نباشد، قطعی است.^{۳۲۲}

این که بیان شد، یکی از شرایط اعتبار امر قضاوت شده این است که حکم قطعی باشد، معنای اول است.

اعتبار امر قضاوت شده برای هر حکمی نیست، بلکه احکامی دارای چنین اعتبار است که قطعی، یا قاطع دعوی باشد اعم از این که به طور کلی یا جزئی باشد. اما احکامی که قاطع دعوی نباشد، دارای

۳۲۰. السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیطه، ج ۲، شماره ۱۳۵۱، ص ۶۵۰.
۳۲۱. کتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، ص ۱۳۳ و ۱۳۴.
۳۲۲. همان، ص ۱۳۴.

اعتبار امر قضاوت شده نیست، مانند احکامی که در مورد اجرای احکام صادر می گردد، یا احکامی که در مورد عدم قبول دعوی صادر می گردد.^{۳۲۳}

– منطوق حکم

شرط سوم اعتبار امر قضاوت شده این است که تمسک به منطوق حکم شود، نه به اسباب حکم. منظور از منطوق حکم بخش امره حکم است که موضوع مورد اختلاف دو طرف را حل و یکی از آنان را محکوم می کند ولی اسباب حکم جهات و دلایلی است که موجب اقتناع قاضی در حاکمیت یکی از دو طرف و انگیره او صدور حکم می شود. این اسباب ممکن است شامل نص صریح یا مفاد و روح یکی از قوانین، ادله خارجی از قبیل اقرار، اسناد، شهادت شاهدان، یا قرینه باشد. بنابراین، در تعریف سبب حکم می توان گفت مجموع اموری است که مبنا و اساس حکم را تشکیل می دهد و آن را موجه می سازد.^{۳۲۴} احکام محاکم از دو جزء تشکیل می شود. یک منطوق حکم؛ دیگری اسباب حکم.

۴- شرایط لازم در حق مورد دعوی

حکم صادره از طرف محکمه در صورتی دارای اعتبار امر قضاوت شده است که حق مورد دعوی دارای شرایط زیر باشد.

۱- اتحاد اصحاب دعوی؛

۲- اتحاد موضوع دعوی؛

۳- اتحاد سبب دعوی؛

ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی در این مورد، بیان می دارد: «احکامی که حایز قوت حکم قطعی باشد، با تمام مندرجات آن حجت شمرده می شود و دلیل دیگری به نقض آن پذیرفته نمی شود، مشروط به این که منازعه بین عین اشخاص صورت گرفته و به عین محل و سبب حق، تعلق گیرد.»

– اتحاد اصحاب دعوی

مراد از اتحاد اصحاب دعوی اتحاد قانونی است، نه اتحاد طبیعی و مادی؛^{۳۲۵} به بیان دیگر، اگر اصحاب دو دعوی از نظر قانونی متحد باشند، حکم صادره شده دارای اعتبار امر قضاوت شده را دارد؛ اما چنانچه اصحاب دو دعوی از نظر قانونی متحد نباشد؛ ولی از نظر طبیعی و مادی متحد باشد، اعتبار امر قضاوت شده، در مورد آن ها اجرا نمی شود و می تواند دعوی مطرح کند؛ مانند این که اشخاصی در دعوی اول به عنوان اصیل و در دعوی دوم به عنوان نماینده قانونی یا وکیل شرکت کنند. چنین دعوی هیچ مشکلی ندارد؛ زیرا اتحاد قانونی وجود ندارد، گرچه اتحاد مادی و طبیعی است

^{۳۲۳} همان، ص ۳۴۹.

^{۳۲۴} کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، ص ۱۶۳.

^{۳۲۵} کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، همان، شماره ۱۲۰، ص ۱۷۹، و السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط ج ۲، شماره ۳۶۵، ص ۶۷۷.

مثال دیگر این که اگر پدر به عنوان ولی فرزند خود با کسی دعوی کند و در این دعوی، محکوم شود. این محکومیت مانع از این نمی شود که پدر در نوبت دوم به عنوان اصیل با همان شخص دعوی را مطرح کند.

اتحاد اصحاب دعوی شامل خود اصحاب دعوی و قایم مقام آنها، اعم از قایم مقام عمومی و خصوصی می شود،^{۳۲۶} زیرا حکم تنها در مورد خود اصحاب دعوی معتبر نیست، بلکه بر قایم مقام عمومی و خصوصی آن ها نیز معتبر است. بنابراین چنانچه شخص در دعوی محکوم شود، حکم صادره نسبت به خود شخص اجرا می شود و اگر خود شخص پیش از اجرای حکم فوت کند و دارایی او به ورثه وی برسد، حکم صادره نسبت به ورثه وی به عنوان قایم مقام عمومی اجرا می شود. و ورثه محکوم علیه نمی تواند به ضرر محکوم له همان دعوی را مجدداً در محکمه مطرح کند.

حکم صادره چنان که نسبت به قایم مقام عمومی معتبر است، نسبت به قایم مقام خصوصی نیز معتبر است. البته، در صورتی که حکم مربوط به عینی باشد که به قایم مقام خصوصی منتقل شده و دعوی پیش از انتقال عین به وی در محکمه مطرح و ثبت شده باشد.^{۳۲۷} مانند این که حکم به ضرر مالک زمین مبنی بر وجود حق ارتفاق بر زمین صادر گردد، مالک زمین بعد از مطرح شدن دعوی در محکمه زمین را به خریدار بفروشد چنین حکمی بر خریدار حجت است و اجرا می گردد.

حکم صادره بر داینین اصحاب دعوی نیز معتبر است بنابراین؟ چنانچه حکمی به ضرر شخص صادر گردد، مبنی استحقاق عینی که در اختیار دارد، این حکم، بر داینین وی نیز معتبر است و داینین وی نمی تواند برای استیفای دین خود عین موضوع دعوی را بگیرد.^{۳۲۸}

حکم صادره به غیر از خود اصحاب دعوی، قایم مقام عمومی و خصوصی و داینین اصحاب دعوی، اعتبار ندارد.

— اتحاد موضوع دعوی

مراد از موضوع دعوی خواسته ای است که مدعی آن را در خواست خود از پیشگاه محکمه طلب می کند.^{۳۲۹} موضوع دعوی ممکن است حق یا منفعت مشروع باشد. به استناد اعتبار امر قضاوت شده، دعوی دوم، وقتی رد می گردد که موضوع دعوی دوم خود موضوع دعوی اول باشد؛ اما چنانچه موضوع دعوی دوم با موضوع دعوی اول متفاوت باشد، استناد به اعتبار امر قضاوت شده، بی دلیل خواهد بود. معیار تشخیص اتحاد یا اختلاف موضوع دو دعوی، توجه به رابطه حکم پیشین و تقاضای مدعی در دعوی جدید است. هرگاه قاضی تشخیص دهد رأی او در این دعوی، تکرار حکم پیشین است

^{۳۲۶} برای مطالعه بیشتر در مورد قایم مقام عمومی و خصوصی مراجعه شود. به رسولی، عبدالحسین، قواعد عمومی قرار داد ها، کابل، انتشارات امیری چاپ دوم: ۱۳۹۱، صص ۲۱۴ و ۲۱۷.

^{۳۲۷} السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، شماره ۲۶۶، ص ۶۷۹ و کاتوزیان ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، شماره ۱۲۵، ص ۱۸۳.

^{۳۲۸} السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط ج ۲ شماره ۳۶۸ صص ۶۸۱ و ۶۸۲. و کاتوزیان، ناصر اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، شماره ۱۲۸، ص ۱۸۷.

^{۳۲۹} السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط ج ۲ شماره ۳۶۸ صص ۶۸۱ و ۶۸۲. و کاتوزیان، ناصر اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، شماره ۱۲۸، ص ۱۸۷.

و از نظر حقوقی فایده بر آن بار نمی شود، یا در یابد که موضوع مورد دعوی با آنچه در سابق گفته شده، تناقض دارد؛ یعنی انکار حقی خواسته شده که در حکم پیشین تأیید گردیده، یا اثبات حقی باید موضوع حکم قرار گیرد که ضمن رأی پیشین انکار شده است، موضوع دو دعوی یکی است و قاضی باید از رسیدگی به آن خود داری کند.

در اتحاد موضوع دو امر شرط است:

یک اتحاد مادی موضوع دو دعوی؛

دو- اتحاد حقوقی مورد مطالبه.

اتحاد مادی موضوع دعوی

موضوع دو دعوی از نظر مادی باید یکی باشد؛ به بیان دیگر، موضوع دعویی جدید از نظر مادی باید همان موضوعی باشد که در دعویی پیشین مورد رسیدگی قرار گرفته است. بنابراین، اگر در باره مالکیت اعیان موجود در زمین دعوی اقامه شود، پس از صدور حکم به بطلان آن مدعی می تواند در مورد مالکیت زمین یا عرصه دعویی مجدد مطرح کند؛ زیرا موضوع این دو دعوی، از جهت مادی یکی نیست، زیرا موضوع دعویی اول مالکیت اعیان یا اشیای موجود در زمین است؛ اما موضوع دعویی دوم مالکیت خود زمین است، نه اشیای موجود در زمین.

اتحاد حقوقی موضوع دعوی

برای اتحاد موضوع، اتحاد مادی دو دعوی، به تنهای کافی نیست، بلکه لازم است اتحاد حقوقی نیز وجود داشته باشد بنابراین، اگر شخصی دو حق را نسبت به یک چیز دو بار مطالبه کند، میان آن دو دعوی، اتحاد موضوع وجود ندارد چنان که اگر شخصی در دعویی مالکیت زمینی محکوم شود، می تواند بر همان زمین ادعای حق ارتفاق یا ادعای حق انتفاع مطرح کند.^{۳۳۰}

— اتحاد سبب دعوی

به نظر مشهور سبب دعوی عمل یا واقعه حقوقی است،^{۳۳۱} که سبب ایجاد حق مورد دعوی یا سبب ایجاد منفعت قانونی مورد دعوی گردیده است.^{۳۳۲} ماده ۴۹۲ قانون مدنی در تأیید این نظر، بیان می دارد: «منابع حق عبارت از عوامل حقوقی است که حق را به وجود آورد و مشتمل بر تصرف حقوقی و حادثه حقوقی می باشد.»^{۳۳۳} برای یافتن سبب دعوی، توجه به اصل حق مورد دعوی، ضرورت ندارد، بلکه باید به منبع و سبب ایجاد مورد دعوی توجه شود؛ چنان که در دعویی عینی؛ مانند حق مالکیت، موضوع دعوی مالکیت عین است؛ اما سبب دعوی ممکن است تصرف حقوقی

^{۳۳۰} فرج، توفیق حسن، و فرج، عصام توفیق حسن، قواعد الاثبات فی الموادالمدنیة والتجاریة، ص ۲۵۲ و کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعویی مدنی، شماره ۲۳۷.

^{۳۳۱} همان، شماره ۲۰۹، ص ۲۵۲.

^{۳۳۲} السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، ج ۲، شماره ۳۷۴، ص ۶۶۹.

^{۳۳۳} قانون مدنی، پیشین، ص ۳ ج ۲.

مانند بیع، هبه یا وصیت باشد و ممکن است حادثه حقوقی مانند ارث باشد. گاه اجاره گیرنده به ضرر اجاره دهنده، دادخواست تسلیم عین اجاره داده شده را می دهد. در این صورت، سبب دعوی عقد اجاره است. اگر این دادخواست، رد گردد، مستأجر نمی تواند دادخواست تسلیم عین اجاره شده را از همان شخص مجدداً مطرح کند و اگر مطرح کند، دادخواست وی، به دلیل اعتبار امر قضاوت شده، رد می گردد؛ اما چنانچه همان شخص ادعا مجدد به تسلیم همان عین از همان شخص به سبب عقد بیع مطرح کند، دادخواستش مورد رسیدگی قرار می گیرد؛ زیرا سبب دعوی دوم با سبب دعوی اول متفاوت است، گرچه موضوع دو دعوی یکی است.

اعتبار حکم جزای در محکمه مدنی

بسیار اتفاق می افتد جرم واقع شده، سبب ایجاد دو دعوی می گردد. یک دعوی جزای برای اثبات اتهام به متهم؛ دیگری دعوی مدنی برای جبران خسارتی که در اثر وقوع جرم به کسی وارد گردیده است. در چنین مواردی بحث می شود که حکم محکمه جزای در دعوی مدنی اثر دارد یا نه؟ ماده ۱۰۳۳ قانون مدنی در این مورد، بیان می دارد: «حکم جزایی به قاضی مدنی ارتباط ندارد، مگر در وقایعی که بنابر ایجاب ضرورت حکم صادر نموده باشد».^{۳۳۴} از این ماده، استفاده می شود که حکم محکمه جزای در پیشگاه محکمه مدنی اعتبار ندارد، مگر این که ضرورت اقتضا کند.

گاه اتهام متهم در محکمه جزای اثبات و حکم به محکومیت وی صادر می گردد. در این صورت حکم محکمه مدنی به حکم محکمه جزای ارتباط پیدا می کند و رابطه سببیت میان عمل مجرم و خسارت وارده احراز گردیده و محکمه مدنی تنها میزان خسارات وارده به شخص زیان دیده را در اثر عمل شخص زیان وارد کرده سنجش نموده و حکم می کند.^{۳۳۵}

گاه محکمه جزای حکم به برائت متهم صادر می کند. این برائت، دو صورت می تواند داشته باشد. یک: وقت حکم به برائت متهم صادر می کند به دلیل نفی رابطه متهم با واقعه در این صورت محکمه مدنی مکلف است از این حکم، تبعیت کرده و حکم به رد دعوی درخواست جبران خسارت کند؛^{۳۳۶} زیرا رابطه سببیت میان ضرر وارده و فعل زیانبار که یکی از ارکان اصلی ضمان قهری است، در این جا، وجود ندارد.

دو: گاه محکمه جزای حکم به برائت متهم می کند. اما نه به دلیل نفی رابطه سببیت میان متهم و واقعه، بلکه حکم به برائت به این دلیل بوده که عمل انجام شده توسط متهم از نظر قانون جزا جرم نیست؛ یعنی متهم عمل را انجام داده است؛ اما قوانین جزایی این عمل را جرم ندانسته است در این صورت، حکم محکمه جزای در مقابل محکمه مدنی اعتبار ندارد. بنابراین، محکمه مدنی می تواند مخالف حکم محکمه جزای حکم صادر کند؛ یعنی مدنی می تواند عامل زیان را محکوم به جبران خسارت کند.^{۳۳۷}

۳۳۴. ماده ۱۰۲ قانون اثبات مصر بیان میدارد. «لا یرتبط القاضی المدنی بالحکم الجنائی الا فی الوقائع الی فیصل فیها و کان فصله فیها ضروریاً».

۳۳۵. موسی، خالد، المحامی، پیشین، ص ۲۳۳

۳۳۶. همان، ص ۲۳۳

۳۳۷. همان، ص ۲۳۳

چنانچه دعوی جزای در محکمه جزا در جریان باشد و دعوی مدنی در محکمه مدنی مطرح گردد که با دعوی جزایی ارتباط داشته باشد، رسیدگی به دعوی مدنی متوقف می گردد تا سرنوشت دعوی جزای روشن گردد.

نتیجه گیری (خاتمه) بحث

به کمک و توفیق الله متعال، بحث تحت عنوان (دلایل اثبات دعوی مدنی در شریعت و قوانین افغانستان) راباکوشش در حدتوان به پایان رسانده و مهم ترین موضوعات بحث مذکور را می توان در چهار فصل گذشته در نکات آتی مختصر ساخته و نتیجه گیری نمود

۱- دلیل در امور دعوی مدنی عبارت (از فراهم آوردن وسایل است که وجدان قاضی را قانع کند) و دلیل به دلایل مستقیم، غیر مستقیم، تمهیدی، عارضی، اصلی، تکمیلی، احتیاطی، الزامی و غیر الزامی تقسیم گردیده است.

۲- اثبات: مرحله علم به چیزی را مرحله اثبات آن چیز نامند، اثبات شامل دلیل موضوعی و حکمی بوده و مدعی مکلف به اثبات سبب یا منبع حق میباشد و دلیل حکمی دلیل است که در دعوی حکم قانون را برای موضوع بیان میکند و هم چنین اثبات دارای قواعد نیز میباشد.

۳- دعوی: دعوی عبارت از خواستن حق است از غیر در پیشگاه محکمه. دعوی، به دعوی صحیح، فاسد و باطل تقسیم میگردد و رکن دعوی عبارت است از خواستن و طلب کردن شیء از جانب مدعی برای خودش، عقل، بلوغ، معلوم بودن مدعا بها، حاضر بودن خصم در مجلس قضاء، معلوم بودن مدعی علیه، احتمال الثبوت بودن دعوی در مجلس قضاء و عدم تناقض در دعوی شرایط دعوی شمرده میشود.

۴- اقرار: اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر به ضرر خود در محکمه، اقرار حکم قرآن و سنت نبوی مجوز شرعی داشته و در قوانین وضعی افغانستان نیز از آن بحث شده است. مقر، مقرله و مقربه از جمله ارکان اقرار محسوب شده معلوم بودن، عاقل بودن، بالغ بودن، عدم اکراه و عدم وجود اتهام از جمله شرایط مقر بوده. معلوم بودن مقرله، اهلیت و عدم تکذیب مقر از جمله شرایط مقرله میباشد. اقرار صریح، اقرار ضمنی، اقرار کلی، اقرار جزئی، اقرار در محکمه، اقرار در خارج از محکمه، اقرار شفاهی، اقرار کتبی، اقرار قاطع الدعوی، اقرار غیر قاطع الدعوی، اقرار ساده، اقرار مقید و اقرار مرکب اقسام اقرار را تشکیل داده و اقرار شامل حقوق الله، حقوق العباد و حقوق مختلط (حق الله و حق العبد) میباشد.

هرگاه اقرار شخص بدون جبر و اکراه در چوکات شریعت و قانون صورت گرفته باشد انکار بعدی آن ارزش حقوقی ندارد.

۵- اسناد: اسناد به دو دسته تقسیم میشود سند رسمی و سند عرفی. سند رسمی ورقی است که مؤلف خدمات عمومی یا کارکنان خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاصی خویش آنچه را به حضورشان گذارش می یابد یا اشخاص زی علاقه کسب میکند در آن درج و ثبت نموده باشد. اسناد رسمی دارای ارکان است: ۱- تنظیم و ترتیب توسط مؤلف عمومی یا کارکنان خدمات عمومی. ۲- رعایت صلاحیت اختصاصی موضوعی و حوزوی در هنگام تنظیم سند. ۳- رعایت مقررات قانونی در تنظیم سند میباشد.

هرسند که رسمی نباشد ولی دارای مهر، امضاء و یا اثر انگشت اشخاص ذی نفع باشد به عنوان سند عرفی شناخته میشود که اسناد عرفی در مدارک اثبات قرار گرفتن اش دارای ارکان و شرایط خودش میباشد.

۶- شهادت: شهادت عبارت از اخبار شخصی صادقی است برای اثبات یک حق بلفظ اشهد درمجلس قضاء .

۷- قرینه: قرینه به دو نوع تقسیم میشود قرینه قانونی وقرینه قضائی. قرینه قانونی قرینه است که قانونگذار آن را دلیل به امری دانسته است وقرینه قانونی دارای دو عنصر میباشد مادی ومعنوی قرینه قانونی به قرینه قاطعه غیر قاطعه تقسیم شده است. قرینه قضایی عبارت است از استنباط امر غیر ثابت از امر ثابت بر اساس اینکه هر وقت امر ثابت موجود باشد غالباً امر غیر ثابت نیز محقق میشود.

۸- سوگند: سوگند عبارت است از تأکید برثبوت حق یا نفی آن درمجلس قضاء با ذکر اسم الله یا صفتی از صفاتش، صیغه قسم عبارت است از والله، بالله، رب العالمین وحی الذی لایموت یا دیگر اسماء که مختص به الله متعال باشند مانند رحمن، رحیم وخالق و غیره وسوگند دارای شرایط به خصوص خویش میباشد و دارای اقسام سوگند قضائی و غیر قضائی میباشد.

۹- نکول: نکول عبارت است از امتناع شخص از قسم واجبه بر نفی و یا ضرر خودش میباشد درمورد حقیقت نکول فقها نظریات مختلف دارند: در نزد امام ابوحنیفه رح نکول در امور دارای مجال سوگند به معنی بذل است ودر امور که سوگند در آن مجال ندارد به معنی اقرار است. امام ابویوسف و امام محمد نکول را به معنی اقرار دارای شبهه میدانند و امام شافعی نکول را مانند بینه میدانند فقهای حنبلی به این باوراند که نکول مانند اقامه بینه است زیرا ناکل را مقرر گفته نمیتوانیم پس مانند اقامه شاهد است.

۱۰- علم قاضی عبارت از آن ظن مؤکد است که مستند به آن شهادت وی مدار اعتبار باشد. در موضوع قضاء به علم قاضی فقها دارای نظریات مختلف میباشد دیدگاه شان در مورد قضاء قاضی به علمش از حقوق الله محض تا حقوق العباد متفاوت است به اتفاق نظر فقها به این باوراند که قضاء قاضی به علمش در حدود خالص مانند حد زنا، حد شرب، و خمر و غیره جواز ندارد اما قضاء قاضی به علمش در حقوق العباد یک موضوع اختلافی است.

۱۱- اعتبار امر قضاوت شده یا همان رویه قضایی به این معنی است که حکم میان دو طرف دعوی نسبت به خود حق موضوع دعوی از نظر محل و سبب معتبر است حکم قضاوت شده در این حد صحت و معتبر است و قابل نقض نیست مگر اینکه از طریق استیناف خواهی و یا فرجام خواهی و یا تجدید نظر خواهی مواجه به نقض شود.

پیشنهادات

- در آخر برای برگذاری یک محکمه عادلانه ، استفاده درست از منابع شرعی و قانونی بخصوص دلایل اثبات دعوی مدنی موارد ذیل را پیشنهاد می نمایم:
۱. مضامین شرعی و فقهی در مراکز علمی به خصوص در مراکز که قضات ، کارمندان محاکم ، وکلای مدافع و حارنوالان علم فرا می گیرند باید به طور درست و دقیق و مطابق به معیارهای بین المللی تدریس شود.
 ۲. قبل از دوره هایی تخصص (ستاز قضایی و ستاز وکالت دفاع) باید در دوره های لسانس قوانین متنی و شکلی برای محصلین پوهنهی های شرعیات و حقوق تدریس شود تا اینکه در آینده هابه مشکل مواجه نشوند.
 ۳. در دستگاههای عدلی و قضایی افراد گماشته شوند که دارای فهم فقهی و قانونی باشند.
 ۴. باید کوشش اعظمی صورت گیرد تا اینکه کسانی که بعنوان قاضی یا وکیل مدافع تعیین می شوند به زبان عربی بلدیت داشته باشند چون متون و نصوص شرعی به زبان عربی بوده و در صورت نا آشنایی آنها به زبان عربی در دوسیه های موصله بخصوص دوسیه های حقوقی به مشکل مواجه نشوند.
 ۵. باید ستاره محکمه و انجمن مستقل وکلای مدافع سمینارهای علمی را جهت ارتقای ظرفیت قضات و وکلای مدافع به راه اندازند تا اینکه قضات و وکلای مدافع روند برگذاری محاکمه و بررسی دوسیه های حقوقی را چی از لحاظ ماهیوی و چی از لحاظ شکلی به صورت دقیق بیاموزند.
 ۶. بعضا مواد قوانین نافذ کشور در میان هم در تناقض قرار دارند و باید این خلاها از طرف وزارت عدلیه و در کل از طرف مراجع مربوطه رفع شود.
 ۷. باید فیصله های محاکم در تمام دعاوی بخصوص در دعاوی مدنی مستدل به دلایل شرعی و قانونی باشد.
 ۸. باید در زمینه تفهیم دلایل اثبات دعوی مدنی برای کارمندان نهادهای عدلی و قضایی کوشش اعظمی صورت گیرد.

ومن الله توفیق

فهرست منابع و مأخذ

• قرآن كريم

١. .
٢. ابن الحفيد، محمد بن احمد بن الرشد. ب، ت، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصر، مطبعة الأسمه.
٣. ابن عابدين، محمد علاء الدين ابن السيد محمد امين. ب، ت، حاشية ردالمختار على الدرالمختار، شرح تنوير الابصار، مصر، مطبعة البابي الحلبي.
٤. ابن فارس، احمد بن زكريا. ١٩٧٩ م، معجم المقاييس اللغة، الجزء الخامس، تحقيق عبدالسلام هارون، بيروت، دارالفكر.
٥. ابن قدامة، عبدالله بن احمد. ب، ت، المغنى في فقه الامام احمد بن حنبل، جلد ٥، الطبعة الثالثة، قاهره، دار المنارة.
٦. ابن قيم، محمد بن ابى بكر. ب، ت، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصر، مطبعة الآداب.
٧. ابن منظور، محمد ابن مكرم. ١٤١٤ هـ ق، لسان العرب، جلد ١٣، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان.
٨. ابن نجيم، زين الدين بن نجيم. ب، ت، بحر الرائق شرح كنزالدقائق، بيروت، دار المعرفة.
٩. ابو عمرو، مصطفى احمد وسعد، نبيل الابراهيم. ٢٠١١ م، الاثبات في مواد المدنية والتجارية، چاپ اول منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
١٠. الاتاسى، طاهر محمد الاتاسى. ترجمه محمد صديق سلجوقى، شرح مجلة الاحكام العدلية، مطبعة كابل، نشرات ستره محكمه، ميزان ١٣٥١ هـ ش، افغانستان.
١١. اعظمى، محمد ضياء الرحمن. ١٤٢٢ هـ ق و ٢٠٠١ م، المنة الكبرى شرح وتخریج سنن الصغرى، المملكة العربية السعودية، الرياض، مكتبة الرشد.
١٢. الامدى، على ابن محمد. الاحكام فى اصول الاحكام، دارالكتب العربى، بيروت، لبنان.
١٣. انورى، حسن. ١٣٨٥ هـ ش، فرهنگ فشرده سخن، تهران، انتشارات سخن، چاپ دوم.
١٤. بخارى، محمد بن اسماعيل. ١٤٠٧ هـ ق ١٩٨٧ م، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق مصطفى ديب البغاء، الطبعة الثالثة، بيروت، دار ابن كثير، يمامة.
١٥. برخى علماء احناف، مجلة الاحكام العدلية، ١٣٨١ هـ ش، مطبعة بهير، كابل، افغانستان.

١٦. بركتى، محمد عميم الاحسان. ١٤٠٧ هـ - ق ١٩٨٦ م، قواعد الفقه، كراتيشى، الصدف بيلشرز.
١٧. بهوتى، منصور بن يوسف بن ادريس. ب، ت، كشاف الفتاوى عن متن الإقناع، جلد ٦، مكة المكرمة، مطبعة المحمدية ومطبعة الحكومة.
١٨. تسولى، على بن السلام. البهجة شرح التحفة، تحقيق محمد عبدالقادر، الطبعة الأولى، بيروت، دارالكتب العلمية.
١٩. تعليمات نامہ تزكيه شهود، نافذه فرمان شماره (٣٨٢/٥٤) مؤرخ ١٩ سنبله ١٣٣٥.
٢٠. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر. ١٣٨١ هـ - ش، ترمينولوژى حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ دوازدهم.
٢١. حامد، عبدالواحد. ١٣٩٤ هـ - ش، طرق اثبات دعوى در فقه اسلامى وقوانين افغانستان، كابل، انتشارات سعيد.
٢٢. حسامى، محمد بن محمد بن عمر حسام الدين الاخسيكشى. حسامى، مكتبه حبيبية، كويت، باكستان.
٢٣. حصكفى، محمد بن على. ١٣٨٦ هـ - ق، الدر المختار، بيروت دار الفكر.
٢٤. حيدر، على. ب، ت، دررالحكام شرح مجلة الاحكام، تحقيق محامى الفهمى الحسينى، بيروت، دارالمتب العلمية.
٢٥. دردير، احمد بن محمد. ب، ت، الشرح الكبير، مصر، مطبعة البابى الحلبي والشركاء.
٢٦. الدسوقى، احمد بن عرفه. حاشية الدسوقى، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٢٧. رازى، محمد بن ابى بكر. ١٤١٥ هـ - ق و ١٩٩٥ م، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، الطبعة الجديدة، بيروت، مكتبة اللبان.
٢٨. رسولى، عبدالحسين. ١٣٩١ هـ - ش، قواعد عمومي قرار دادها، كابل، انتشارات اميرى، چاپ دوم.
٢٩. رسولى، عبدالحسين. خزان ١٣٩٣ هـ - ش، دلایل اثبات دعوى در حقوق افغانستان، انتشارات فرهنگ، كابل چاپ اول.
٣٠. رملی، محمد بن احمد. ١٤٠٤ هـ - ق و ١٩٨٤ م، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر.
٣١. رؤفى، عتيق الله. ١٣٨٥ هـ - ش، وثائق، ناشر: usaid، چاپ اول.
٣٢. زحيلي، دكتور وهبة. فقه الاسلامى وادلتها، دار الفكر، بيروت، لبنان.
٣٣. زحيلي، دكتور وهبة. ب، ت، الوجيز فى اصول الفقه، كوئته، المكتبة الرشيدية.

٣٤. زيعلى، جمال الدين بن يوسف. ١٤١٨ هـ ق و ١٩٩٧ م، نصب الرأية لاحاديث الهداية، تحقيق محمد عوامه، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر.
٣٥. ستانكزى، محمد ظريف علم. جوزا ١٣٩٢ هـ ش، اصول محاكمات مدنى، چاپ اول، كابل انتشارات رسالت.
٣٦. السنهورى، عبدالرازق احمد. ١٩٤٦ م، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون مدنى المصرى، قاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.
٣٧. السنهورى، عبدالرازق احمد. ٢٠٠٠ م، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ سوم.
٣٨. شربيني، محمد خطيب. ب، ت، معنى المحتاج، بيروت دار الفكر.
٣٩. شعله، سعيد احمد. ٢٠٠٧ م، موسوعة القومى فى احكام النقض المدنية الاثبات، بى جا، ناشر: المركز القومى للاصدارات القانونية، چاپ اول.
٤٠. شمس، عبدالله. ١٣٩٠ هـ ش، ادله اثبات دعوى حقوق ماهوى، تهران، انتشارات دراك، چاپ پانزدهم.
٤١. الشهوى، قدرى عبدالفتاح. ٢٠٠٦ م، نظرية الاثبات فى مواد المدنية والتجارية فى التشريع المصرى، قاهرة، دار النهضة العربى، چاپ اول.
٤٢. شيبانى، احمد بن محمد. ب، ت، مسند امام احمد، تحقيق شعيب الارناوط، قاهرة، مؤسسة القرطبة.
٤٣. شيرازى، ابراهيم بن على بن يوسف. ب، ت، المهذب، بيروت مطبعة البابى الحلبي والشركاء.
٤٤. الصوافى، سالم بن حميد بن محمد. ٢٠٠٩ م، الشهادة بين الشريعة والقانون والعوارض التى تقدر فى قبولها، قاهرة، ناشر: مركز الغندر.
٤٥. عبدالكريم، سيد عباس. ٢٠٠١ م، عب الاثبات ونقله بين الفقه والقضاء، ناشر: دار ايجى لطباعة والنشر، مصر، چاپ دوم.
٤٦. عبدرى، محمد بن يوسف. ب، ت، التاج والاكلیل، الجزء الخامس، بيروت دالفكر.
٤٧. عزيز، پوهاند عبدالعزيز. ١٣٩٠ هـ ش، احكام ميراث ازنگاه فقه وقانون، افغانستان، چاپ اول، مطبعه كمپيوترى برادران متحد ونصرت محب صافى، كابل.
٤٨. علم ستانكزى، محمد ظريف. حمل ١٣٩٧ هـ ش، اصول محاكمات مدنى، كابل، انتشارات حامد رسالت، چاپ دهم.
٤٩. على، عادل حسين. ١٩٩٧ م، الاثبات - احكام الالتزام، بى جا، ناشر: مكتبة زهرا الشرق.

٥٠. عيش، محمد. ١٢٩٤ هـ ق، شرح منح الجليل على مختصر الخليل، المطبعة الكبرى.
٥١. فرج، توفيق حسن. وفرج، عصام توفيق حسن. ٢٠٠٣ م، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
٥٢. فقه تطبيقي ادله اثبات درمذاهب دعوى حنفي، مالكي، شافعي، حنبلي، امامي، زيدي، ظاهري واباضي، مترجم: منصوري (آراني) سعيد، تهران، نشر فرهنگ امروز، چاپ اول، ١٣٧٧ هـ ش.
٥٣. قانون اصول محاكمات مدني، طبع ١٣٨٦ هـ ش، منشوره جريده رسمي شماره (٧٢٢) مؤرخ ١٣٥٥/٥/٣١ هـ ش.
٥٤. قانون مدني، طبع ١٣٨٦ هـ ش، منشوره جريده رسمي شماره (٣٥٣) مؤرخ ١٣٥٥/١٠/١٣ هـ ش.
٥٥. قرويني، محمد بن يزيد. ب، ت، سنن ابن ماجه، محمد فواد عبدالباقى، بيروت دالفكر.
٥٦. القضاة، مفلح عواد. ٢٠٠٦ م، ٢٠٠٦ م، البيانات في المواد المدنية والتجارة دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزع، چاپ اول.
٥٧. كاتوزيان، دكتور ناصر. ١٣٨٨ هـ ش، اثبات ودليل اثبات، تهران، چاپ ششم، بنياد حقوقى ميزان.
٥٨. كاتوزيان، ناصر. ميزان ١٣٨٣ هـ ش، اعتبار امر قضاوت شده در دعوى مدني، تهران، چاپ ششم.
٥٩. كاساني، علاء الدين زين الدين بن مسعود. ١٩٨٢ م، بدائع الصنائع في الترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العربي.
٦٠. كريمي، دكتور عباس. تابستان ١٣٩١ هـ ش، ادله اثبات دعوى، ايران بنياد حقوقى ميزان، چاپ سوم.
٦١. الكيلاني، محمود. ٢٠١٠ م، موسوعة القضاء المدني قواعد الاثبات واحكام التنفيذ، جلد ٤، عمان، دار الثقافة.
٦٢. محمود، همام محمد. وسليم، عصام انور، ٢٠١٠ م، النظرية العامة للاثبات في المواد المدنية والتجارية، چاپ اول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٦٣. مرغناني، على بن ابى بكر. ب، ت، الهداية شرح بداية المبتدى، جلد ١، المكتبة الاسلامية، باكستان.
٦٤. مرقس، سليمان. ب، ت، اصول الاثبات واجراآته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، قاهرة، ناشر عالم الكتاب.

٦٥. مصطفى، حسن. ١٤٠٢ هـ - ق، التحقيق في كلمات القرآن الكريم، مركز الكتاب للترجمة والنشر، تهران چاپ اول.
٦٦. مصطفى، ابراهيم. ب، ت، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
٦٧. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، بيروت، دارالمشرق.
٦٨. الموسوعة الفقهية الكويتية، جلد ٢٦، ١٤٠٤ هـ - ق الى ١٤٢٧ هـ - ق، كويت وزارت الاوقاف والشؤون الاسلامية.
٦٩. موسى، خالد (المحامى). ٢٠٠٤ م، طرق الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع واحداث احكام محكمة لنقض، قاهرة، ناشر المكتب الثقافى للنشر والتوزيع ودار السماح للنشر والتوزيع.
٧٠. النداوى، آدم وهيب. ١٩٨٦ م، شرح قانون الاثبات، بغداد، بى نا.
٧١. نيشاپورى، مسلم بن الحجاج. ب، ت، الجامع الصحيح المسمى بصحيح المسلم، تحقيق — بيروت، دارالفكر.
٧٢. وزارت عدليه، جريده رسمى، قانون تجار، طبع جدى ١٣٨٦
٧٣. وزارت عدليه، جريده رسمى، قانون اساسى افغانستان، طبع حمل ١٣٩٠
٧٤. وزارت عدليه، جريده رسمى، قانون تشكيل وصلاحيات محاكم قوه قضائيه طبع حمل ١٣٩٠
٧٥. مولوى عبدالباقي، رهنمائى وثايق سجلات دعاوى محاكم، ١٣٩١، كتاب خانه سعيد، كابل
٧٦. دانش، سرور، ١٣٩٢، حقوق ادارى افغانستان، ناشر موسسه تحصيلاات على ابن سينا، كابل
٧٧. الطحاوى، احمد بن محمد بن سلامت الطحاوى شرح المعانى الآثار، ٢٠٠٩، ناشر. عالم الكتب

Conclusion

Thanks Almighty God that I succeeded to complete my thesis with the title (Evidences of proof in civil cases between and Sharia and laws of Afghanistan) the most important topics can be discussed in four chapters and we can brief conclusions on the following points.

١. The reasons for civil litigation are as follow (providing the means to convince the judge's conscience) and it is divided to direct / indirect reasons compulsory, complicated, principle, supplementary, mandatory and non-mandatory parts.

٢- Proof : is the science stage of something , proof includes thematic and fiat reasons . Fiat reason claims must prove the reason or the source of the right. Fiat reason expresses the lawsuit of the subject and proof has rules.

٣- Claim is asking the right from the others in front of the court; Claim divides into three parts, the right lawsuit, rotten and vicious. Pillar is begging an object from the claimant for himself, wisdom, maturity, being clear of the claim , hostile presence in the judiciary and inconsistency in the lawsuit are the terms of the lawsuit

٤- Confession : Confession is a specific form of testimony , involving oneself and it is used as a form of proof in judicial matters , confession is permitted by the Sharia and have been discussed in Afghanistan written laws , confessor , recipient's confession and intercourse are the pillar of the confession , being clear of the one who confesses in his favor , capability non denial of confession are the conditions of the one who confesses in his favor or Mogarlaho . Correct confession , Implicit confession , General confession , Partial confession , confession in court , confession outside the court , oral confession , written confession , strong confession , Indisputable confession simple confession , limit confession and composite confession are the form of confession . Confession includes the right of Allah , the right of servant and mixed rights

٥- Document: is divided in two parts formal and informal documents. Formal document is a piece of writing that informs or persuades its audience of an

Official document is a document that obliges the public service staff record the reports within their own jurisdiction or what is passed on them according to the law. Official document has pillars. A- Arranged by public order or public service staff B- Observe subject - specific and domain specific competence when setting up a document - Observe legal regulations in document setting.

Any document that is not official and has a stamp or signature or fingerprint of the beneficiary is recognized as a customary document and has the following formalities and conditions.

٦- Testimony, the statement or declaration of a witness under oath or affirmation, usually in court is called testimony.

٧- Context; divides in two parts. Legal context and Judiciary context. A legal background is a law that the legislator has given reason to and it has two elements Material and spiritual background. Legal background divides into crucial and non-crucial. Judicial background the inference of the non-stationary from the fixed according to the fact that whenever the constant is available, the non - stationary is often fulfilled is called judicial background.

٨- Oath; From the Islamic legal point of view, an oath means swearing by Allah or any of His Attributions or Holy Qur'an in or before the court, to tell the. The concluding oath is as follows: **والله ، بالله رب العالمين وحي الذي لا يموت**

Oath has their personal terms and kind of oath is judiciary and non-judiciary.

٩. Denial; A denial is a refusal, and often means a refusal to believe or accept something as the truth. The scholars have different views on the matter, Abu Yousuf and Mohammad Sayed denial is confession which has doubts and Hanbali scholar says denial is the only remaining reason.

١٠- Judge knowledge; in the law of evidence, that body of information that it is assumed that the court is aware of and accordingly need not be proved. It is distinct from the judge's private knowledge, which cannot be used to fill a defect in the evidence and scholars has different views in this issue. The judge Cannot make any personal decision like in adultery, wine etc. but scholars have different views on judge knowledge.

11. Validity of the judgment sentence, the judgment is valid and cannot be violated unless it is violated by an appeal request.



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in Jurisprudence and law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Private Universities Presidency

Evidences of Proof in Civil Cases Between Sharia and Laws of Afghanistan

Thesis of Master

Written by: Abdul Zahir "Obaid"

Supervisor: Assistant Professor Wazir Mohammad "Saidi"

Year: ۲۰۱۶



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in Jurisprudence and law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Private Universities Presidency

Evidences of Proof in Civil Cases Between Sharia and Laws of Afghanistan

Thesis of Master

Written by: Abdul Zahir "Obaid"

Supervisor: Assistant Professor Wazir Mohammad "Saidi"

Year: 2016