



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

دعوی مدنی و دفع آن در فقه و قانون

رساله ماستری

محصل: قاری محصل (نیازی)

استاد رهنما: دکتور نجیب الله (صالح)

سال: ۱۴۰۰ هـ ش



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

دعوی مدنی و دفع آن در فقه و قانون

رساله ماستری

محصل: قاری محصل (نیازی)

استاد رهنما: دکتور نجیب الله (صالح)

سال: 1400 هـ ش

الله
البر الرحيم
حسن



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورده ماستری

تصدیق نامه

محترم قاری محصل خان ولد ناصر خان ID: نمبر SH-MSF-98-569 محصل دور هفتم فقه و قانون
 که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: دعوی مدنی و دفع آن در فقه و قانون
 به روز ۱۳۰۰/۱۲/۱۹ تاریخ ۱۴۰۰ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس
 بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۰ (نمره به عدد) پورا کړود (نمره به حروف) گردید،
 موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	سر محقق سید حبیب شاکر	عضو هیات	
۲	دکتور رفیع الله عطاء	عضو هیات	
۳	دکتور نجیب الله صالح	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... آمر بورده ماستری

تقدیم

به والدین و اعضای فامیلم به پاس اینکه تمامی زحمات و مشقت هایی را برای به ثمر رسیدن من به دوش کشیده اند، همچنین به تمامی آزاد اندیشان و شهدای راه عدالت خواهی کشورم، بالخصوص جناب استاد شهید داکتر صاحب عبدالباقی (امین) و جناب استاد شهید داکتر صاحب محمدعاطف و جناب استاد شهید داکتر صاحب محمد ایاز (نیازی) تقبلهم الله وجعل الجنة مأواهم.

و به تمام کسانی که بنده را چه از لحاظ معنوی و چه از لحاظ مادی در دوران تحصیل ام همکاری نموده اند، برای همه ایشان از بارگاه خداوند منان و بزرگ طول عمر، خوشبختی و سعادت دنیوی و اخروی آرزو دارم.

سپاسگزاری

نخست، سپاس و ستایش ذاتی راست که به من توفیق عنایت فرمود تا افتخار محصل بودن پوهنتون سلام را داشته باشم و بعد از همه دست اندرکارانی که در زمینه ترویج علم و دانش فعالیت می‌کنند که در رأس آنها وزارت محترم تحصیلات عالی قرار دارد، سپاسگزارم و اظهار تشکری دارم از همه استادان محترم این پوهنتون، که هر کدام به نوبه خود در زمینه انتقال امانت علمی به فرزندان این سرزمین مسؤلیت خود را به وجه احسن آن اداء نموده و در این قسمت از هیچ گونه کوشش دریغ نورزیده اند.

در آخر می‌خواهم از استاد رهنمایم جناب محترم دکتور صاحب نجیب الله (صالح) سپاسگزاری ویژه نمایم که با زحمات شان، مرا در نوشتن رساله دوره ماستری ام با جبین گشاده کمک و یاری نموده و کمک‌گر خوبی در این عرصه برایم بوده اند، همچنان از جناب محترم محمدافضل (ملاخیل) بابت تهیه منابع و از جناب محترم سیف الله (عطایی) بابت مرافقت بنده از صمیم قلب اظهار تشکری مینمایم، از خداوند بزرگ طول عمر و موفقیت های مزیدی در تمام عرصه های زندگی برایشان خواهانم.

خلاصه بحث

این بحث که تحت عنوان (دعوی مدنی و دفع آن در فقه و قانون) بمنظور نیل به درجه ماستری تحریر گردیده است، پیرامون:

- ماهیت دعوی مدنی

- ماهیت دفع دعوی مدنی

- ماهیت وکالت

که مشتمل بر یک مقدمه (۳) فصل، نتیجه گیری، پیشنهادات، فهرست آیاتی قرآنی، فهرست احادیث متبرکه، فهرست اعلام، و منابع و مأخذ میباشد.

در مقدمه بعد از حمد و ثنا و درود بر ناجی بشریت حضرت محمد صلی الله علیه و سلم اهمیت موضوع، اسباب اختیار، سؤال های اصلی تحقیق، پیشینه و ضرورت تحقیق، مواد و روش تحقیق، اهداف تحقیق، خطه و پلان تحقیق، مطرح و بیان گردیده است.

فصل اول که شامل شش مبحث میباشد: مبحث اول تعریف دعوی، مبحث دوم اسباب و ارکان دعوی، مبحث سوم مشروعیت دعوی، مبحث چهارم شروط دعوی، مبحث پنجم انواع دعوی به اعتبار حکم آن، و مبحث ششم تقسیم دعوی به اعتبار موضوع آن میباشد. فصل دوم که شامل سه مبحث میباشد: مبحث اول تعریف دفع و انواع آن، مبحث دوم انواع دفع در قانون، مبحث سوم زمان دفع دعوی در فقه اسلامی و قانون اصول محاکمات مدنی میباشد که پیرامون آن تحقیق همه جانبه صورت گرفته است.

فصل سوم که شامل شش مبحث میباشد: مبحث اول تعاریف و کلیات وکالت، مبحث دوم ارکان، شرایط و موانع وکالت، مبحث سوم اقسام وکالت، مبحث چهارم شروط صحت وکالت برای خرید، مبحث پنجم احکام وکالت، مبحث ششم انتهاء یا ختم وکالت میباشد.

فهرست موضوعات

موضوعات	صفحه
مقدمه.....	۱
فصل اول دعوی.....	۵
مبحث اول: ماهیت دعوی.....	۵
مطلب اول: تعریف لغوی دعوی.....	۵
مطلب دوم: تعریف شرعی دعوی.....	۶
مطلب سوم: تعریف قانونی دعوی.....	۸
مطلب چهارم: مشروعیّت دعوی.....	۹
مبحث دوم: اسباب و ارکان دعوی.....	۱۰
مطلب اول: اسباب دعوی.....	۱۰
مطلب دوم: ارکان دعوی.....	۱۱
مطلب سوم: تفکیک مدعی از مدعی علیه و فایده آن.....	۱۱
مبحث سوم: شروط دعوی.....	۱۲
مطلب اول: شروط عمومی دعوی.....	۱۳
مطلب دوم: شروط خصوصی دعوی.....	۲۶
مبحث چهارم: انواع دعوی به اعتبار حکم.....	۲۹
مطلب اول: دعوی صحیح.....	۲۹
مطلب دوم: دعوی فاسد.....	۲۹
مطلب سوم: دعوی باطل.....	۳۱
مطلب چهارم: حکم دعوی.....	۳۱
مطلب پنجم: آثار قانونی اقامه دعوی.....	۳۲
مبحث پنجم: تقسیم دعاوی.....	۳۳
مطلب اول: دعوی منع تعرض.....	۳۶

۳۷	مطلب دوم: دعوی وقف اعمال جدیده
۳۸	مطلب سوم: دعوی استرداد حیات
۴۰	مبحث ششم: اجزاء صورت دعوی مدنی و نمونه آن
۴۰	مطلب اول: اجزاء صورت دعوی مدنی
۴۲	مطلب دوم: نمونه صورت دعوی مدنی
۴۵	فصل دوم: دفع
۴۵	مبحث اول: تعریف دفع و انواع آن
۴۵	مطلب اول: تعریف دفع
۴۷	مطلب دوم: دلایل مشروعیت دفع دعوی
۵۰	مطلب سوم: انواع دفع در فقه اسلامی
۵۲	مبحث دوم: انواع دفع در قانون
۵۲	مطلب اول: دفع موضوعی
۵۵	مطلب سوم: دفع بعدم قبول
۵۷	مبحث سوم: زمان دفع دعوی در فقه اسلامی و قانون اصول محاکمات مدنی
۵۷	مطلب اول: وقت دفع موضوعی به نزد فقهاء و اهل قانون
۶۱	مطلب دوم: وقت دفع موضوعی به نزد اهل قانون
۶۲	مطلب سوم: وقت دفع خصومت (دفع بعدم قبول دعوی) به نزد فقهاء و اهل قانون
۶۶	مبحث چهارم: وقت دفع شکلی به نزد فقهاء و اهل قانون
۶۶	مطلب اول: وقت دفع شکلی به نزد فقهاء
۶۷	مطلب دوم: وقت دفع شکلی به نزد اهل قانون
۷۱	مطلب چهارم: اجزای دفع مدنی و نمونه آن
۷۵	فصل سوم – وکالت
۷۵	مبحث اول: تعاریف و کلیات
۷۸	مبحث دوم: ارکان، شرایط و موانع وکالت

۸۴	مبحث سوم: اقسام وکالت
۸۸	مبحث چهارم: شروط صحت وکالت برای خرید:
۹۹	مبحث پنجم: احکام وکالت
۱۰۲	مبحث ششم – انتهاء یا ختم وکالت
۱۰۳	نتایج بحث
۱۰۶	پیشنهادهات
۱۰۷	فهرست آیات قرآنی
۱۰۸	فهرست احادیث
110	فهرست اعلام
111	فهرست منابع و مأخذ

مقدمه

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه اجمعين وبعد:

از آنجائیکه مطابق به اصول و مقررات پوهنتون، هر محصل مکلف است در ختم دوره ماستری یک رساله تحریر و از آن مؤفقا نه دفاع نماید، تا به درجه ماستری نایل و از حقوق و امتیازات آن مستفید گردد بنابراین میخو ا هم رساله خویش را به همین منظور تحت عنوان (دعوی مدنی و دفع آن در فقه و قانون) تحریر و تحقیق نمایم.

دعوی مدنی و دفع آن در فقه اسلامی و قانون یکی از موضوعات اساسی متعلق به قضاء محسوب میشود بدین معنا که ستون و اساس قضاء را دعوی مدنی و دفع آن تشکیل میدهد یا به عبارت دیگر هیچ قضاء بدون دعوی و هیچ دعوی بدون قضاء بوده نمی تواند. و از سوی دیگر حفظ مال یکی از مقاصد مهم شریعت غرای محمدی بشمار میرود از این جهت است که دین مقدس اسلام، تحصیل حق را از راه مشروع (اقامه دعوی) و (دفع دعوی) حمایت و تضمین کرده تا از تضییع حق، جلوگیری بعمل آمده و حق به من له الحق برسد.

اگرچه در کشورهای اسلامی بالخصوص کشورهای عربی مباحث بیشتر پیرامون دعوی مدنی و دفع آن شکل گرفته و در حالت گسترش مییابد؛ مع الوصف در کشورهای جنگ زده ما، افغانستان عزیز همانند غالب موضوعات علمی دعوی مدنی و دفع آن نیز کمتر مجال طرح و بسط یافته است.

لذا دعوی مدنی و دفع آن در روشنی فقه اسلامی و قوانین افغانستان به بحث و تحقیق بیشتری نیاز دارد.

اهمیت موضوع

۱- دعوی مدنی و دفع آن یکی از وسایل اساسی احقاق حق در پیشگاه محاکم محسوب میگردد، در اکثر موارد دیده شده که مدعی در واقع امر، ذیحق مییابد اما نسبت عدم رعایت شروط عمومی و خصوصی دعوی، صورت دعوی مدعی رد میگردد.

۲- در صورت عدم شناخت ماهیت دفع صحیح و انواع آن، مدعی علیه نمی تواند که در برابر دعوی مدعی پاسخ قانونی ارائه کند، که در نتیجه منجر به تضییع حق وی میگردد.

۳- دعوی مدنی و دفع آن عملاً جهت اصدار حکم به محاکم ارجاع میگردد، که جنبه عملی دارد و دانستن شرایط، احکام، مسائل مربوط و آثار آن برای قضات، وکلای مدافع و اصحاب دعوی و دیگر مشتغلین ضروری و حتمی پنداشته میشود.

اسباب اختیار موضوع:

- ۱- چون از مدت شانزده سال بدینسو به وظیفه مقدس قضاء اشتغال دارم، خواستم تا جهت معلومات شخصی پیرامون دعوی مدنی و دفع آن تحقیق همه جانبه نمایم.
- ۲- تشخیص خلائق قانونی پیرامون موضوع، تا در آینده مقنن به رفع آن توجه نماید.
- ۴- دریافت نمودن پاسخ به احکام و مسائل مجمل دعوی مدنی و دفع آن به لسان ملی کشور.

سؤال های تحقیق:

- ۱- ماهیت دعوی مدنی، سبب، ارکان، و دلایل مشروعیت آن چه میباشد؟
 - ۲- انواع دعاوی و حکم آن، تقسیم دعاوی، و شروط عمومی، و خصوصي دعوی مدنی چه میباشد؟
 - ۳- آثار قانونی اقامه دعوی مدنی چه میباشد؟
 - ۴- از جمله دفع شکلی، دفع ماهوی، و دفع بعدم قبول دعوی، در قوانین افغانستان کدام دفع پیش بینی گردیده است؟
 - ۵- در فقه اسلامی و قوانین وضعی چند نوع دفع وجود دارد؟
 - ۶- زمان طرح دفع در فقه اسلامی و قانون اصول محاکمات مدنی چه وقت پیش بینی گردیده است؟
 - ۷- زمان طرح دفع موضوعی، و دفع خصومت، به نزد فقهاء و اهل قانون چه وقت پیش بینی گردیده است؟
- درین رساله به سؤال های مذکور و دیگر موضوعات ذی علاقه، در روشنی فقه اسلامی و قوانین افغانستان پاسخ دریافت و احکام متعلق به آن بیان میگردد.

پیشینه تحقیق:

در خصوص پیشینه تحقیق باید گفت که پس از جستجوهای انجام شده بعضی از مطالعات و تحقیقاتی که قبلاً در این مورد صورت گرفته به دسترس مان قرار گرفته شامل بعضی از تحقیقات (کتابها، مقالات انترنیتی و روزنامه‌ها) می‌گردد که قرار ذیل به نقد و بررسی گرفته می‌شوند:

در مورد دعوی مدنی و دفع آن، متاسفانه در داخل کشور هیچ نوع تحقیق جامع و همه شمول بنظر نمی‌رسید ولی در خارج از کشور اکثر بحث‌های که صورت گرفته متعلق به قوانین خودشان بوده مانند:

- ۱- الدعوی القضائية بين الشريعة والانظمة الوضعية، از سلیمان بن احمد العلیوی، این کتاب بیشتر به بیان کردن روش و اصول محاکمات مدنی پرداخته دعوی یک بخش بسیار کوچک آنرا تشکیل میدهد که برای دریافت پاسخ‌های مختلف پیرامون موضوع بسنده نمی‌باشد.
- ۲- دفع الخصومة في الفقه الاسلامي، از ناصر بن محمد بن مشری الغامدی، درین کتاب تنها به یک نوع دفع (دفع خصومت) پرداخته شده که آنهم از نظر فقه مورد بحث و تحقیق قرار گرفته است.
- ۳- وقت إثارة دفع الدعوی از د. عبدالله محمد رباعه و یوسف عبدالله الشریفین درین کتاب تنها از زمان طرح دفع دعوی بحث بعمل آمده و در مجموع از دعوی مدنی و دفع آن، هیچ‌گونه بحث بعمل نیامده است.
- ۴- الدفع بعدم قبول الدعوی فی نظام المرافعات الشرعية السعودية، از فهد بن زین نافع السلمی، درین کتاب تنها به بحث و تحقیق یک نوع از دفع (دفع عدم قبول دعوی) پرداخته شده که به اجراءات مدنی نظام حقوقی سعودی بر میگردد.
- ۵- نظرية الدفع فی قانون المرافعات، از دکتور احمد ابو الوفا میباشد که در (۴) جلد تحریر شده از یک طرف بسیار مطول میباشد و از سوی دیگر بیشتر به تنظیم امور مربوط به رسیدگی دعاوی مدنی مصر بر میگردد.

روش تحقیق:

تحقیق را که انجام خواهیم داد:

- ۱- اولاً کوشش خواهیم نمود تا که بطور عمومی دعوی مدنی و دفع آنرا مورد مطالعه قرار دهم و سپس هر موضوع را حسب لزوم معرفی، تشریح و تحلیل نمایم و از مفاهیم دقیق و شکل قانونی آن بحث نموده و در اخیر، هر مسئله مربوط را توأم از زاویه فقهی و قانونی تحقیق نمایم.
- ۲- از مصادر اولی و یا همان امهات المصادر در تبیین فقهی استفاده صورت می گیرد؛
- ۳- در تخریح احادیث از صحاح سته استفاده بعمل می آید؛
- ۴- در ترجمه آیات قرآن کریم از تفسیر فتح الرحمن از شاه ولی الله دهلوی استفاده میگردد.

اهداف تحقیق:

- ۱- اکثر مسائل مربوط به دعوی مدنی و دفع آن در قوانین مدنی افغانستان مسکوت عنه و یا هم مجمل بوده که نیاز به تفصیل و تبیین جهات آن دیده میشود.
- ۲- عمده ترین احکام مربوط به دعوی مدنی و دفع آن در قوانین مدنی بالخصوص قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی به فقه اسلامی و اگذار گردیده است که بمنظور جلوگیری از تشتت نیاز به (جمع متفرق) دارد.
- ۳- دیگر اینکه به حیث یک دانش آموخته عرصه فقه و قانون توانسته باشم یک اثر ارزشمند و مفید را به جامعه نسبتاً فاقد کتاب و تحقیق ارایه کنم.
- ۴- همچنان با این تحقیق تا حد ممکن توانسته باشم به آن عده افراد که در مورد زوایای مبهم و مجهول دعوی مدنی و دفع آن سوالاتی داشته باشند مساعدت نمایم.

پلان تحقیق:

فصل اول: دعوی مدنی

فصل دوم: دفع دعوی

فصل سوم: وکالت

فصل اول دعوی

درین فصل اول تعریف دعوی، سپس مشروعیت دعوی، سوم اسباب و ارکان دعوی، چهارم شروط دعوی، پنجم انواع دعوی به اعتبار حکم آن، ششم تقسیم دعوی به اعتبار موضوع آن، هفتم آثار قانونی اقامه دعوی را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول: ماهیت دعوی

درین مبحث اولاً به تعریف لغوی دعوی سپس اطلاقات دعوی و سوم به تعریف شرعی و قانونی آن ذیلاً می پردازیم:

مطلب اول: تعریف لغوی دعوی

دعوی در لغت اسم است برای آنچه که ادعاء میگردد، جمع آن دعاوی به کسر واو و فتح واو است.^(۱)

بعضی ها گفته اند که به فتح واو بهتر است زیرا عرب ها تخفیف را در زمینه برگزیده اند. و ادعاء از باب افتعال است که ثلاثی آن ادعی، می آید و ادعاء مصدر مشتق است، و ادعی یعنی ادعاء، اسم است برای چیزی که خواسته میشود، و ادعیة الشیء: زعمته لی، حقاً کان ام باطلا.^(۲) آن چیز را طلب و تمنا کردم: آن را از خود دانستم، خواه شیء مطلوب حق باشد، یا باطل.

اطلاقات دعوی متعدد میباشد: بعضی آن حقیقی و بعضی دیگر آن مجازی است ولی اکثر آن به معنای اصلی که طلب میباشد برمیگردد از جمله اطلاقات دعوی:

۱- **طلب و تمنی:** ^(۳) طوری که خداوند بزرگ میفرماید: (لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ).^(۴) ترجمه: آنان در آنجا از انواع میوه برخوردارند و هر چه بخواهند، برایشان فراهم است.

۲- **دعاء:** دعوی بمعنای دعاء مستعمل است چنانچه خداوند متعال فرموده: (دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَأَخْرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ).^(۵)

۱- محمد بن بکر بن منظور-لسان العرب-ماده (دعا)المجلد الاول ۹۸۷. محمد مرتضی الزبیدی-تاج العروس فی جواهر القاموس-دار الحیاه-بیروت-الجزء العاشر-الصفحة (۱۲۸).

۲- محمد بن منظور-لسان العرب-الاشارة السابقة بطرس البستاني-محیط المحيط-بیروت ۱۹۲۷الصفحة (۶۵۶).

۳- الجرجانی-التعريفات-الصفحة (۷۲).

۴- السورة، یاسین الاية: ۵۷.

۵- السورة، یونس الاية: ۱۰.

ترجمه: دعایشان در آنجا این است: یا الله! تو پاک و منزهی؛ و درود و تحییتشان در آنجا سلام است و پایان دعایشان اینکه همه ی حمد و ستایش ویژه ی الله، پروردگار جهانیان است.

۳- زعم و گمان: زعم بمعنای مطلق اعتقاد است، لیکن بیشتر در اعتقاد باطل استعمال میشود عرب ها از دعوی معنای زعم (گمان) را نمی گیرند مگر اینکه با حجت و برهان تقویت شده باشد زیرا ادعای کسی که با حجت و برهان حمایت شده آنرا محق گویند مانند اینکه گفته میشود حضرت محمد صلی الله علیه و سلم محق نبوت است، و به مسیلمة الکذاب مدعی نبوت گفته میشود.^(۱)

۴- نسبت دادن چیزی برای خود: خواه ملک باشد یا استحقاق؛ که دعوی به این معنی از قول ادعی گرفته شده یعنی وقتیکه انسان چیزی را به خود نسبت دهد و بگوید که این ملک من است.^(۲)

مطلب دوم: تعریف شرعی دعوی

ماهیت، آثار و شرایط قبولی دعوی در فقه اسلامی بسیار روشن است مگر اختلاف در اسلوب تعبیر از معنی و مفهوم دعوی متفاوت است که میتوان آن را قرار آتی توضیح کرد:

الف: دعوی به اعتبار طلب و یا مطالبه حق

بعضی از فقهاء از جمله ملاحسرو^(۳) رحمه الله دعوی را چنین تعریف نموده اند: هی (مطالبه حق فی مجلس من له الخلاص عند ثبوته).^(۴) یعنی مطالبه حق در مجلس کسیکه در صورت ثبوت حق فیصله کند و در حق شرط گذاشتن که از جمله حقوق العباد باشد و مقصد از بمن له الخلاص قاضی میباشد، زیرا تنها قاضی صلاحیت بررسی دعاوی و اصدار حکم را در آن دارد و این تعریف قریب است به تعریف که در ماده (۱۶۱۳) مجلة الاحکام العدلیة ذکر گردیده که چنین تصریح میدارد: (الدعوی هی طلب احد حقه من آخر فی حضور القاضی و یقال له المدعی وللاخر المدعی علیه) یعنی دعوی عبارت از طلب یک شخص است حق خود را

۱- الزبیدی، تاج العروس، ۱۲۷/۱۰، و ابن منظور، لسان العرب ۲۶۱/۱۴.

۲- ابن قدامه، المغنی، ۲۷۱/۹.

۳- محمد بن فراموز بن علی المعروف بملاحسرو او المولی خسرو عالم فقه حنفی و اصول فقه.

۴- محمد بن فراموز بن علی، در الاحکام فی شرح غرر الاحکام، القاہرہ، ۱۳۰۴ هجریه، ۳۲۹/۲.

از شخص دیگری در حضور قاضی. که مطالبه کننده را مدعی و از شخص که مطالبه می گردد مدعی علیه میگویند.

ب: دعوی به اعتبار قول

بعضی از فقهاء دعوی را چنین تعریف مینمایند: (هی قول مقبول عند القاضی یقصد به طلب حق لنفسه قبل غیره او دفعه عن حق نفسه).^(۱) یعنی دعوی عبارت است از گفته و قولی که قاضی آنرا بپذیرد و هدف از آن درخواست حق معلوم که در نزد مدعی علیه باشد، و یا اینکه شخص از حق خود دفاع کند.

مراد از قول مقبول بنزد قاضی قولی است که در آن شروط قابل رعایت دعوی متوافر باشد. هدف از قید (عند القاضی) احتراز است از دعوی لغوی. چنانچه دعوی به طلب و دفع نیز تعریف شده است. و هدف از قید (قبل غیره) احتراز است از شهادت و اقرار زیرا هدف از شهادت و اقرار اثبات حق است به غیر، پس شهادت اخبار بحق است برای غیر (مشهود له) علیه غیر (مشهود علیه) و اقرار اخبار بحق است علیه مقرر برای مقرر له.

ج: دعوی به اعتبار اخبار (خبر دادن)

بعضی از فقهاء دعوی را چنین تعریف نموده اند: (خبر تجرد عن مصدق یدل مضمونه للمخبر).^(۲) دعوی اخبار به حقی است برای خبر دهنده و به ضرر دیگری که در نزد قاضی انجام می شود و هدف از آن الزام مدعی علیه است.

د: دیدگاه چهارم از فقهاء از جمله ابن قدامه رحمه الله^(۳) پیرامون دعوی (اضافة الی نفسه استحقاق شیء فی ید غیره او فی ذمته)^(۴) یعنی دعوی آنست که شخصی، یک چیزی را که در دست و یا بر ذمه دیگر کس است بخود نسبت میدهد.

اصحاب این تعریف کوشیده اند تا تمام انواع دعوی شامل تعریف گردد زیرا از جمله [فی ید غیر] مراد دعوی عین و از جمله [او فی ذمته] مراد دعوی دین میباشد.

۱- محمود محمد خطاب السبکی، فصل القضیه فی المرافعات و صور التوثیقات و الدعاوی الشرعیه، القا ره ۱۹۱۲ ص: ۵.

۲- احمد بن حجر الهیثمی، تحفة المحتاج الی شرح المنهاج، ۲۸۵/۱۹.

۳- عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه الجاعلی المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی ابو محمد از بزرگان مذهب حنبلی میباشد چندین تصانیف دارد از جمله المغنی، متولد فلسطین میباشد و در دمشق وفات نموده است. الاعلام ۱۹۲-۴/۱۹۳.

۴- ابن قدامه، المغنی، ۲۷۱/۹.

با توجه به قیدهای احترازی بیشتر نظر به سایر تعاریف به عقیده بنده تعریف جامع تعریف مندرج در جزء (ب) نسبت به دیگر تعاریف ها میباشد.

ه: تعریف دعوی مدنی

دعوی مدنی وسیله قانونی برای حمایت حقوق است و برخی از علمای حقوق دعوی مدنی را سلطه شخص تعریف کرده اند تا برای تثبیت حقی یا حفظ آن بمراجع قضایی مراجعه کنند.^(۱)

مطلب سوم: تعریف قانونی دعوی

۱- قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان دعوی را چنین تعریف نموده: (دعوی خواستن حق است از غیر در پیشگاه محکمه) طوریکه دیده می شود این تعریف از فقه اسلامی اقتباس شده خصوصاً ماده (۱۶۱۳) مجله الاحکام که فوقاً به آن اشاره گردید (الدعوی هی طلب احد حقه من آخر فی حضور القاضی)^(۲) یعنی دعوی عبارت از طلب یک شخص است حق خود را از شخص دیگری در حضور قاضی است.

۲- قانون اصول مرافعات مدنی فرانسه مصوب سال ۱۸۰۷م به تعریف دعوی نپرداخته اند، علی رغم تلاش محکمه نقض فرانسه و بعضی محاکم دیگر که بعضی نصوص مرتبط با دعوی را در فصل خاص برای برجسته کردن برخی از اصول و مبادی دعوی غرض رعایت اصول محاکمه عادلانه گنجانیده اند. ولی بآنهم این کوشش ها نسبت تعلق دعوی به مسائل فقهی در قوانین وضعی فرانسه جایگاه مناسب نداشته؛ اما در قانون جدید مرافعات مدنی فرانسه مصوب سال ۱۹۷۵م که در ابتدای سال ۱۹۷۹م نافذ گردید مقنن فرانسوی برخلاف معمول به تعریف دعوی پرداخته و اختلاف طولانی مدت را که در مورد طبیعت دعوی وجود داشته از بین برده است.

طوریکه تعریف دعوی را در ماده (۳۰) قانون مرافعات مدنی فرانسه چنین تسجیل نموده اند: (دعوی به نسبت مدعی مطالبه است تا قاضی حقیقت ادعاء مدعی را جهت صحت و عدم

۱ - مفلح عواد القضاة (۱۹۸۸) اصول المحاکمات المدنیة والتنظیم القضایی ط ۲، الاردن: مکتبه دار الثقافة للنشر والتوزیع، ص: ۲۷۲ بتصرف.

۲ - مجله الاحکام العدلیه، ماده: ۱۶۱۳.

صحت آن استماع نماید اما به نسبت خصم حقی است تا صحت ادعاء خویش را مناقشه کند
(۱)

مطلب چهارم: مشروعیت دعوی

(۱): مشروعیت دعوی به کتاب الله

بعضی از فقهاء در مورد مشروعیت دعوی به کتاب الله به این آیه شریفه (وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ) (۴۸) وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ^(۲) ترجمه: و چون به سوی الله و پیامبرش فراخوانده می شوند تا در میانشان حکم نماید، در آن هنگام گروهی از آنان رویگردانند، و اگر حق با آنان باشد، با رضایت و تسلیم به سویی می آیند، استدلال نموده اند. اگرچه دلالت این آیه شریفه با در نظر داشت معنای اصطلاحی دعوی، صریح نمی باشد.^(۳)

(۲): مشروعیت دعوی به سنت رسول الله

دلیل مشروعیت دعوی به سنت رسول الله روایت ابن عباس (رضی الله عنه) از رسول اکرم صلی الله میباشد که فرموده: [لو يعطى الناس بدعواهم لادعى اناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه].^(۴) یعنی اگر بدعوی مردم اجازه داده شود، مردم ادعای اموال و خون قوم را مینمایند ولی بینه بالای مدعی و سوگند بالای مدعی علیه است. دلیل دیگر نیز روایت ابن عباس (رضی الله عنه) از رسول الله صلی الله علیه وسلم است که فرموده: رسول خدا صلی الله علیه وسلم باسناد یمن مدعی علیه حکم نمود. همچنان دلیل دیگر مشروعیت دعوی به سنت رسول الله حدیثی را که بیهقی در سنن کبری به اسناد صحیح از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت کرده میفرماید: [البیه على المدعى واليمين على من انكر] میباشد.^(۵)

۱ - سولیس و بیرو، القانون القضایی الخاص، پاریس ۱۹۶۱، الجزء الاول بند ۹۱ الصفحة (۹۴) نقلا عن: عزمی عبدالفتاح، نحو نظریه عامه لفکره الدعوی امام القضاء المدني الطبعة الاولى، الكويت ۱۹۸۶ الصفحة (۱۰۵).

۲ - سورة النور الآیه ۴۸-۴۹.

۳ - فقه المرافعات للدكتور مصطفى نیازی ص: ۵۹.

۴ - اخرجہ البخاری فی صحیحہ ۵۲/۲.

۵ - اخرجہ مسلم ۱۳۳۶/۳.

(۳): مشروعیت دعوی به اجماع
اجماع مسلمانان مبنی بر مشروعیت دعوی در مجلس قضاء از عهد صحابه کرام تا امروز
وجود دارد.

(۴): مشروعیت دعوی به عقل
چون وصول و رسانیدن حق به مستحق آن واجب می باشد و این وصول حق ممکن نیست
مگر بواسطه دعوی بحضور قاضی، و قتیکه وصول حق موقوف به دعوی گردیده پس
مشروعیت دعوی طبق قاعده "مالایتم الواجب الابه فهو واجب" نیز به عقل ثابت
میگردد.^(۱)

مبحث دوم: اسباب و ارکان دعوی

مطلب اول: اسباب دعوی

۱- اراده مدعی

۲- انکار مدعی علیه

۳- تعرض بالای حقوق

۴- وجود حق متنازع فیه

- سبب دعوی: عبارت از نفس اراده مدعی می باشد زیرا دعوی از وجایب اختیاری مدعی
می باشد، باین معنی که از طرف محکمه به تعقیب کردن دعوی مجبور و مکلف شده نمی
تواند بلکه اختیار دارد که دعوی را تعقیب یا ترک کند.^(۲)

همچنان از جمله اسباب دعوی انکار مدعی علیه از رد و تسلیمی حقوق، یا تعرض بالای حقوق
دیگران و یا هم وجود حق متنازع فیه می باشد.^(۳)

۱- فقه المرافعات للدكتور مصطفى نیازی ص: ۵۹.

۲- نظریه الدعوی، محمدنعیم ۱۳۸/۱.

۳- المرافعات المدنية والتجارية، د. ابو احمد الوفا ص: ۱۱۳.

مطلب دوم: ارکان دعوی

الف: معنای لغوی رکن

واژه رکن مفرد، و جمع آن ارکان است، رکن در لغت، به جانب قوی یک چیز گفته می شود که قوام و پایداری آن چیز به این جزء مستند می گردد.^(۱)

ب: رکن در اصطلاح علمای اصول فقه عبارت است از: (مالا وجود لذلک الشیء الا به).^(۲) یعنی چیزی که وجود چیزی متوقف بر وجود آن بوده. رکن شیء داخل در حقیقت آن شیء می باشد، مانند ایجاب و قبول که در حقیقت نکاح داخل می باشد.

ج: ارکان دعوی

از تعریف دعوی از نگاه اصطلاح شرعی معلوم می گردد که دعوی در برگیرنده امور ذیل می باشد که بنام عناصر و یا ارکان دعوی یاد می گردند:

اول - طالب حق که مدعی نامیده می شود.

دوم - کسی که از وی حق خواسته می شود بنام مدعی علیه یاد می گردد.

سوم - حقی که آنرا مدعی از مدعی علیه خواهان است و مدعی به نامیده می شود.

چهارم - صیغه دعوی (قول و یا گفته ای که مدعی نزد قاضی اظهار میدارد و باسناد آن قاضی را از وجود حق خود بالای مدعی علیه آگاه میسازد)، این قول و یا گفتار بنام دعوی یاد می شود.^(۳)

مطلب سوم: تفکیک مدعی از مدعی علیه و فایده آن

شناختن مدعی و مدعی علیه و همچنان تفاوت میان آنها بصورت روشن، از طرف قاضی از جمله امور ضروری، برای قاضی و اطراف دعوی، پنداشته می شود، تا احکام حدیث شریفی را که (البینه علی من ادعی، و الیمین علی من انکر) یعنی شاهد بر مدعی و قسم بر شخص منکر (مدعی علیه) می باشد، میان مدعی و مدعی علیه تطبیق نماید. بنابراین باید شخصی که

^۱ - ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۱۳، ص: ۱۸۵-۱۸۶.
^۲ - التعریفات ۹۹، ط مطبعه مصطفی البابی الطبی، الکلیات ۲/۳۹۵ منشورات وزاره الثقافه و الارشاد القومی، دمشق الطبعة الثانية، حاشیه ابن عابدین ۶۱/۱-۶۴، دار احیاء التراث العربی، الکفایه علی الهدایه بذیل شرح فتح القدیر ۱/۲۳۹ دار احیاء التراث العربی، حاشیه الجمل ۱/۳۲۸ دار احیاء التراث العربی، شرح روض الطالب ۱/۱۴۰ المکتبه الاسلامیه.
^۳ - فقه المرافعات لدکتور مصطفی نیازی، ص: ۵۷.

مدعی است و بروی آوردن شهود ضروری است و همچنان شخصی که مدعی علیه است در صورت انکار حق مدعی به، سوگند داده میشود، تا مدعی و مدعی علیه شناخته و مشخص شوند، درین باره یک تعداد تعریف ها و قاعده ها را فقهاء کرام بیان داشته اند، تا مدعی و مدعی علیه شناخته و تفاوت میان آنها واضح شود.

در مورد شناختن مدعی از مدعی علیه تعریف های زیادی گفته شده است که تعریف های ذیل از آن جمله میباشد:

الف: مدعی کسی است که میخواهد حقی را باثبات برساند، و مدعی علیه کسی است که یک چیز و یا حقی را نفی میکند و یا از آن منکر میشود.^(۱)

ب: مدعی کسی است که ادعای یک موضوع خفی و غیر معلوم را میکند، مدعی علیه، کسی است که ادعای یک چیز واضح و آشکار را میکند.

ج: امام قرافی^(۲) رحمه الله گفته: مدعی کسی است که گفته وی خلاف اصل و عرف باشد، مدعی علیه کسی است که قول و یا گفته وی مطابق اصل و عرف باشد.^(۳)

د: مدعی کسی است که اگر دعوی را ترک کند، پر ادامه دعوی مجبور کرده نمی شود و مدعی علیه کسی است که بر عکس آن بر ادامه دعوی مجبور کرده میشود.^(۴)

هـ: مدعی کسی است که با اظهار قول و گفته خویش، التماس و امید گرفتن چیزی را دارد که در دست دیگر کس میباشد، یا مدعی کسی است که با اظهارات و گفته خویش، قصد اثبات حقی را دارد که از وی میباشد و مدعی کسی است که آنرا انکار مینماید.^(۵)

مبحث سوم: شروط دعوی

شروط دعوی به شروط عمومی و خصوصی تقسیم میگردد، شروط عمومی عبارت از شروط است که در تمام انواع دعاوی یک نوع میباشد و تغییر ندارد، لیکن شروط خصوصی

۱- ادب القضاء لابن ابی دم ص ۱۴۷.
۲- احمد بن ادريس بن عبدالرحمن ابوالعباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي از علماء مالکی میباشد، متولد مصر میباشد در سنه ۶۸۴ هـ وفات نموده از جمله مصنفات وی انوار البروق فی انواء الفروق میباشد. الاعلام ۱/۹۰.
۳- الفروق للقرافی ج ۹ ص: ۷۵.
۴- الدر المختار ورد المحتار ۵/۵۴۳.
۵- المغنی ج ۹ ص: ۲۷۱.

دعوی نسبت به خصوصیت دعوی فرق میکند، اما همین شروط خصوصی دعوی از شروط عمومی پیروی مینماید که هر کدام طور جداگانه در ضمن عناوین ذیل توضیح میگردد:

مطلب اول: شروط عمومی دعوی

در شروط عمومی دعوی شروط نسبت به مدعی، مدعی علیه و مدعی به، ارتباط و تعلق دارد که هر کدام طور جداگانه معرفی و توضیح میگردد:

اولاً: شرط که به مدعی و مدعی علیه مربوط است:

- عقل و بلوغ مدعی و مدعی علیه:

در دعوی شرط است که طرفین دعوی عاقل و بالغ باشند بناء دعوی صغیر و مجنون صحت ندارد و نه هم علیه چنین اشخاصی دعوی اقامه شده میتواند. به نیابت آنها ولی، وصی یا قیم آنها منحیث مدعی و مدعی علیه در محاکم دعوی را اقامه و دفع نموده میتواند. صرفاً در بعضی موارد استثناء صغیر ممیز ماذون به تجارت از جانب ولی اش می تواند در دعوی منحیث مدعی و مدعی علیه قرار گیرد.

الف) دیدگاه فقه:

صاحب کتاب بدائع الصنائع در مورد این شرط دعوی ذیلاً چنین تصریح میدارد:
(شرط است در دعوی عقل مدعی و مدعی علیه، دعوی مجنون و صبی ای که عقل نداشته باشد صحیح نمیباشد و بالای چنین اشخاص اقامه دعوی درست نیست، چنین اشخاص ملزم به جواب دعوی مدعی نیستند.)^(۱)

در مورد این شرط دعوی مجله الاحکام العدلیه نیز صراحت دارد:

(یشترط ان یکون المدعی والمدعی علیه عاقلین، فدعوی المجنون والصبی الغير المميز لیست بصحیحة، ولكن یصح ان یکون اولیاءهما مدعیین او مدعی علیهم فی محلها.)^(۲)

۱- الهدایه تالیف ابوالحسن برهان الدین المرغانی ۳/۳۳۲.
۲- مجله الاحکام العدلیه ماده: ۱۶۱۶.

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

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

(ب) دیدگاه قانون: (۱)

قانون نیز به شرط عقل و بلوغ طرفین دعوی اشاره نموده و چنین حکم مینماید:

(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.)

با توجه به حکم قانون در میابیم که حکم متذکره با حکم ماده فوق مجله الاحکام تفاوتی ندارد. مزید بر اینکه قانون بصورت واضح حکم مینماید که: (صغیر، مجنون، معتوه،

محجور و غایب نمیتواند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند.) (۲)

ثانیاً: شروط که خاص به مدعی علیه مربوط است:

اول: معلوم بودن مدعی علیه:

یکی از شروط عمومی دعوی معلوم بودن مدعی علیه است در صورتیکه در دعوی مدعی مدعی علیه معلوم نباشد چنین دعوی صحیح نیست بطور مثال در دعوی مدعی گفته شود:

که بالای یک شخص از اهل این قریه یا یک شخص از اهل این دفتر به مبلغ ده هزار افغانی قرض دارم و فعلاً برایم تادیه نمی نماید در اینصورت دعوی مدعی درست نیست

بخاطر عدم متحقق شدن شرط معلوم بودن مدعی علیه، لیکن زاینکه مدعی دعوی خویشرا 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 است. در مورد این شرط دعوی فقه و قانون هر دو

ذیلاً تصریح میدارد:

۱- قانون اصول محاکمات مدنی ماده: ۷.

۲- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۵۰۲.

الف) دیدگاه فقه: در مورد این شرط قاعده فقهی مجله الاحکام العدلیه تصریح مینماید (یشترط ان يكون المدعى عليه معلوماً بناء عليه اذا قال المدعى: لى على احد من اهل القرية الفلانية، او على اناس من اهلها مقدار كذا لا تصح دعواه ويلزم عليه تعيين المدعى عليه).^(۱)

ترجمه: شرط است که مدعی علیه معلوم باشد، از اینرو اگر مدعی میگوید من بالای یکنفر از اهل فلان قریه ویا فلان شهر، اینقدر طلب دارم چنین دعوی صحت ندارد و لازم است که مدعی علیه را معین سازد.)

این شرط بسیار معتبر است در دعوی، قاضی همین دعوی را سبب حکم خود قرار میدهد و هرگاه در دعوی مدعی، شخص مدعی علیه معلوم نباشد بعداً حکم به الزام مدعی علیه اثری ندارد.

در صورتیکه مدعی اسم مدعی علیه را نداند اما شخص مدعی علیه را به اشاره نشان دهد، اشاره کردن به مدعی علیه در صورت دعوی لازمی است بطور مثال مدعی در صورت دعوی خویش بگوید (مدعی علیه حاضر هذا جلسه قضایی، ده هزار افغانی از من مدعی مقروض میباشد و فعلاً پولم را نمی دهد ...) در اینصورت نیز دعوی صحیح است و قابل سمع و استناد قاضی قرار گرفته میتواند.

ب) دیدگاه قانون:

در مورد شرط معلوم بودن مدعی علیه، قانون اصول محاکمات مدنی نیز تصریح میدارد: (اسم، ولد، محل سکونت اصلی و فعلی، پیشه، نمبر تذکره مدعی و مدعی علیه) در حکم ماده متذکره در میابیم که برای شناخت مدعی علیه موارد فوق کافی تلقی میگردد و مدعی علیه توسط موارد معرفی فوق شناخته میشود بنابراین قانون نیز در قسمت شرط معلوم بودن مدعی علیه سکوت ننموده است و آنرا در ضمن ماده فوق بیان نموده است.^(۲)

دوم: حاضر بودن خصم در مجلس قضاء:

^۱ -مجله الاحکام العدلیه ماده: ۱۶۱۷.

^۲ -قانون اصول محاکمات مدنی ماده:

بالای این شرط دعوی از دیدگاه فقه و قانون تمرکز صورت گرفته است زیرا این شرط دعوی ارتباط به ارکان محکمه دارد و هرگاه خصم در جریان محکمه وجود نداشته باشد، باعث فقدان ارکان محکمه می‌گردد.

الف) دیدگاه فقه:

مجله الاحکام در مورد شرط حاضر بودن خصم در مجلس قضاء در ضمن ماده ذیل چنین تصریح می‌دارد:

(یشرط حضور الخصم حين الدعوى واذا امتنع المدعى عليه من الحضور الى المحکمه او ارسال وكيل عنه...)^(۱)

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

در جریان دعوی حضور خصم یک امر لازمی است و باید حاضر باشد تا دعوی مدعی را استماع نماید و در جواب دعوای مدعی نظر خویش را به تائید یا انکار دعوای مدعی ابراز دارد تا بعداً محکمه در روشنایی قوانین نافذ به اصدار حکم در حضور خصمین بپردازد و هرگاه مدعی علیه به محکمه حاضر نگردد و مدعی اصرار به اصدار حکم داشته باشد در این صورت بحث محکمه غیابی بوجود می‌آید که از بحث ما خارج است.

ب) دیدگاه قانون:

در مورد این شرط دعوی قانون اصول محاکمات مدنی به تکلیف حضور خصم در جلسه قضایی چنین حکم مینماید:

(مدعی و مدعی علیه مکلف اند که خود یا وکیل، ولی، وصی یا قیم آنها با اسناد مربوط به محکمه حاضر شوند.)^(۲)

صراحت ماده فوق با تبعیت از قواعد فقهی به حضور و تکلیف هر دو خصم در جریان محکمه اشاره و حکم مینماید، خصمین یا ممثلین قانونی آنها باید با اسناد مربوطه، صلاحیت

۱- مجله الاحکام العدلیه ماده: ۱۶۱۸.
۲- قانون اصول محاکمات مدنی ماده: ۲۰۲.

دعوی به محکمه حاضر شوند هدف از اسناد مربوطه عبارت از وثایق مرتبه محاکم مبنی بر صلاحیت وکیل، وصی یا قیام است زیرا که در سیستم تقنینی افغانستان هرگاه شخصی به محاکم از طریق نیابت و ممثلت اقامه دعوی و حضور در جلسه قضایی مینماید باید قبلاً از شخص اصیل صلاحیت را توسط وثیقه شرعی در محاکم که توسط یک پروسیجر خاص صورت میگیرد اخذ نموده باشد.

سوم: امکان اثبات حکم بالای مدعی علیه باشد:

یکی از اثرات دعوی در صورت اثبات الزام مدعی علیه است، بنابراین شرط دعوی باید امکان اثبات حکم را بالای مدعی علیه داشته باشد در غیر آن دعوی اثری را در قبال ندارد و سبب حکم قاضی شده نمی تواند.

امثله بیشتر در این شرط دعوی وجود دارد که ذیلاً اشاره میگردد: (۱)

مثال اول: هرگاه موکل بالای وکیل در عزل او از جانب وکیل، دعوی کند دعوی موکل قابل سمع نمی باشد زیرا که موکل صلاحیت عزل او را دارد، ضرورت به دعوی نیست
مثال دوم: یک شخصی بدیگری چیزی را به عاریت داد، شخص دیگری آمده و ادعای کرد که من از دوستان همان شخص (عاریت دهنده) میباشم باید به من مال عاریت داده شده دوستم را بدهید، در چنین دعوی نیز شرط متذکره متحقق نمی گردد. و چنین دعوی صحیح نیست.

مثال سوم: یک شخص، شخص دیگری را وکیل تعیین مینماید، شخص سوم میاید و دعوی مینماید که من همسایه موکل استم و در وکالت نسبت به شخص وکیل به موکل مقدمتر میباشم باید عوض او عقد وکالت را با من منعقد نماید، چنین دعوی نیز نسبت عدم امکان اثبات و الزام دعوی صحیح نمی باشد. زیرا این حق موکل است هر شخص که دارای وکالت باشد برای امور خویش وکیل گرداند.

شرط اثبات حکم بالای مدعی علیه، را مجله الاحکام در ماده ذیل چنین تصریح میدارد:

۱- در الاحکام شرح مجله الاحکام ۱۸۳/۴.

(یشتراط ان یحکم ویلزم المدعی علیه بشیء فی حالة الثبوت الدعوی...)(^۱)

ترجمه: از شروط صحت دعوی اینست که به اندازه ثبوت دعوی مدعی علیه ملزم و محکوم قرار گیرد.

چهارم: در دعوی تناقض نباشد

در دعوی مدعی باید تناقض نباشد هرگاه در دعوی مدعی تناقض وجود داشته باشد چنین تناقض موجب رد دعوی بنابر نبود شرط متذکره دعوی می‌گردد، چنانچه در مورد مجله الاحکام چنین تصریح میکنند:

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

(^۲) ترجمه: تناقض عبارت است از گفته سابق مدعی که با دعوی اش متناقض باشد یعنی کلام سابق موجب بطلان دعواش گردد.

الف) تعریف تناقض:

تناقض در لغت: بمعنی تدافع استعمال می‌گردد، گفته میشود آن دو نفر با یکدیگر تناقض کردند یعنی یکدیگر را دفع نمودند، به این معنی که هر یک شان حرف آن دیگری را شکستاندند. (^۳)
تناقض در اصطلاح: مدعی در کلام خویش مطلبی را بحضور قاضی بر زبان آورده که بعضی از بیانش بعضی دیگری را ابطال کند. (^۴)

ب) انواع تناقض: تناقض به دو نوع است

۱- تناقض در دعوی: عبارت از تناقض است که قاضی را از شنیدن دعوی مانع میشود، بدون اینکه مدعی ویا مدعی علیه را قاضی به اقامه شهادت ویا قسم مکلف سازد، این تناقض وقتی متحقق میشود که هر دو بیان متناقض به محضر قضاء افاده گردیده باشد.

۱- مجله الاحکام العدلیه ماده: ۱۶۳۰.

۲- مجله الاحکام ماده: ۱۶۱۵.

۳- شرح مجله الاحکام العدلیه، الاتاسی ۱۲/۴.

۴- مجله الاحکام، ص: ۱۵۴.

مانند اینکه: شخصی ادعاء میکند، که این مال مشخص (عین) را از فلانی خریده ام و باز ادعاء میکند که همان مال برای من به ارث مانده است، بمجریکه این دو بیان متناقض بحضور قاضی افاده شد قاضی مدعی را از دعواش باز میدارد.

۲- تناقض در کلام: در این نوع تناقض قاضی دعوی را قبلاً شنیده لیکن بسبب دیگری دعوی رد میشود. و این در صورت است که تنها افاده دومی بحضور قاضی صورت گرفته باشد بطور مثال: شخصی مال مشخص (عین) را که به تصرف دیگری است، ادعا کرده و میگوید، این مال از من است و بمن میراث مانده است بعد از آن مدعی علیه به اثبات میرساند 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 اثبات تناقض دومی آنرا رد مینماید.^(۱)

ج موارد رفع تناقض در دعوی:

مجله الاحکام درباره موارد تناقض یک فصل را تخصیص داده است که در جلد چهارم کتاب الدعوی، فصل چهارم به موارد تناقض اشاره شده است در آن جمله موارد رفع تناقض در دعوی نیز تذکر کرده است که در اینجا ذکر از آن میگذرد:

در قدم اول باید بیان گردد که تناقض در دعوی نسبت شرط فوق دعوی موجب عدم سمع دعوی میگذرد که در مورد مواد مجله الاحکام العدلیه چنین حکم مینماید:

(التناقض یكون مانعاً لملکيه مثلاً: لو ادعی احد ان یشتری مالا ثم ادعی بانه ملکه قبل الاشتراء لا تسمع دعواه.)

ترجمه: تناقض مانع سمع دعوی ملکیت است. بطور مثال: اگر کسی اراده خریداری مالی را بنماید و بعد از آن ادعای مالکیت آنرا بعمل آورد، پیش از آنکه طلب خریداری مال را انجام دهد دعواش شنیده نمی شود.^(۲)

د) تناقض در نیابت:

۱- مجله الاحکام، ص ۱۵۴.
۲- مجله الاحکام ۴/۴۶۴۷.

تناقض در نیابت عبارت از اینست که هرگاه کلام اصیل و وکیل در دعوی تناقض واقع شود چنین تناقض نیز موجب عدم صحت دعوی میگردد، در مورد مجله الاحکام العدلیه چنین حکم مینماید:

(یتحقق التناقض فی کلام الشخصین الذی هما فی حکم المتکلم الواحد، کالوکیل و الموکل و الوارث و المورث، کما یوجد فی دعوی المتکلم الواحد، فاذا اقام الوکیل دعوی منافیه لدعوی التي سبقت من الموکل فی خصوص واحد، لاتصح.)^(۱)

ترجمه: در کلام دو نفریکه در حکم یک سخنگوی قرار دارند نیز تناقض صورت میگیرد. مانند وکیل و موکل وارث و مورث، طوریکه در دعوی یک سخنگوی تناقض بعمل می آید. وقتی وکیل آنطور دعوایی را اقامه کند که با دعوی ایکه سابقاً از طرف موکلش در مورد یک چیز مشخص اقامه شده منافات داشته باشد، دعوی صحیح نیست. بر علاوه قاعده فوق مواردی در تناقض جواز دارد که عبارت اند از:

هرگاه شخص از دعوی خود ابراء داد برای خصم، مانع دعوی در همان خصوص موضوع میباشد اما میتواند در این خصوص دعوی علیه خصم وکالتاً یا نیابتاً از جانب شخصی دیگری دعوی را دایر نماید و این تناقض گفته نمی شود در مجله الاحکام العدلیه چنین صراحت دارد:

(ابراء احد آخر من جمیع الدعاوی فلا یصح له ان یدعی علیه بعد ذلک مالا لنفسه ولکن یصح له ان یدعی علیه لغيره بالوکاله او الوصایه.)^(۲)

ترجمه: اگر شخصی از جمیع دعاوی برای دیگری ابراء داد، بعد از این برای او جواز ندارد که علیه همان شخص مال را برای خود ادعاء کند اما میتواند بحیث وکیل یا وصی مال را برای شخص دیگری ادعا نماید.

هرگاه در دعوی یک جانب برای خصم خود در حق جانب مقابل اقرار نموده باشد در همین خصوص دعوی برای خود نمیتواند دعوی را دایر بسازد و همچنان نمیتواند به نیابت (وکالت

۱- مجله الاحکام ۴/۱۶۵۲.

۲- مجله الاحکام، ماده: ۱۶۹۴.

و وصایت) دعوی را دایر بسازد، زیرا که در این حالت تناقض بوجود میاید چنانچه در مورد مجله الاحکام العدلیه حکم مینماید:

(کما انه لا یصح لاحد ان یدعی المال الذی اقر بکونه لغيره بقوله هذا مالی کذلک لا یصح ان یدعیه بالوکاله اوبالوصایه عن آخر.)^(۱)

ترجمه: طوریکه برای مقر صحیح نیست تا مال را که به دیگران اقرار کرده است برای خود ادعا نماید و بگوید: این مال از من است، همچنین جواز ندارد که این مال را برای غیر وکالتاً یا وصایتاً ادعا نماید.

هرگاه یک شخص در ابتداء به نیابت از شخص دیگر در تمثیل قانونی (وکالت و وصایت) ادعاء نموده و بعداً در همین خصوص مدعی بها به اصالت خودش ادعا نمود چنین دعوی نیز بسبب تناقض قابل رد از جانب محکمه دانسته میشود. در مورد مجله الاحکام العدلیه چنین تصریح میکند:

(اذا ادعی احد مالاً لآخر، فلا یصح له بعد ذلک ان یدعی به لنفسه، ولکن یصح له ان یدعیه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لأن الوکیل بالدعوی قد یضیف الملک الی نفسه ولکن عند الخصومه لا یضیف احد ملکه لغيره.)^(۲)

ترجمه: اگر شخصی مال را بحیث وکیل ویا وصی برای غیر خود ادعاء کرد جواز ندارد که بار دوم همان مال را برای خود ادعا کند اما بعد از اینکه شخص مال را برای خود ادعا نمود جواز دارد که بعداً مال مذکور را برای غیر خود ادعاء نماید زیرا شخصیکه در مورد یک دعوی بحیث وکیل اقامه دعوی میکند گاهی اینطور میشود که نسبت ملکیت آنرا بخود منسوب سازد مگر اینطور هرگز نمی شود که شخص مال را برای خود ادعاء کند و نسبت ملکیت آنرا بغیر خود بدهد.

ثالثاً: شروط که مربوط به مدعی به است

اول: معلوم بودن مدعی به

۱- مجله الاحکام، ماده: ۱۶۹۴.

۲- مجله الاحکام، ماده: ۱۶۵۰.

شرط است در دعوی مدعی، تا مدعی به، معلوم باشد، هرگاه مدعی به، در دعوی معلوم نباشد جهالت در دعوی میباید و جهالت دعوی را باطل میسازد، در این شرط دعوی برای معلوم بودن آن، شرط است تا نوع، جنس و اندازه مدعی به، و یا اوصاف مدعی به، معلوم گردد، در دعوی عقار شرط است تا تحدید حدود اربعه با موازی (مساحت) و شهرت اصحاب حدود آن ذکر گردد که بعداً در شروط اختصاصی دعوی عقار (اموال غیر منقول) ذکر می‌گردد.

کتاب (الاختیار لتعلیل المختار) از تالیفاتی عبدالله بن محمود الموصلی در مورد شرط معلوم بودن مدعی به، چنین تصریح گردیده است.

(ولا بد ان تكون الدعوى بشیء معلوم الجنس والقدر، لان الدعوى للالزام، والقضاء بالمجهول غیر ممکن، وكذلك الشهاده بالمجهول لا تقبل.)^(۱)

ترجمه: موضوع و شیء مورد منازعه در دعوی باید جنسیت و اندازه آن معلوم باشد، زیرا دعوی برای الزام است و حکم کردن به شیء و موضوع مجهول غیر ممکن است. و همچنان شهادت نیز به مجهول مورد قبول نیست.

بنابر همین متن و شرح فوق مجله الاحکام نیز اشاره مینماید:

(یشترط ان یکون مدعی به، معلوماً و لاتصح الدعوى اذا كان مجهولاً.)^(۲)

ترجمه: شرط است که مدعی به، معلوم باشد لذا دعوی مجهول صحت ندارد. این قاعده فقهی نیز جهالت مدعی به، را به عدم صحت دعوی حکم نموده، بالای قاعده فوق شرح مجله الاحکام الاتاسی از کتاب بحر الرائق چنین نقل نموده است:

(از اینکه مال مورد دعوی باید معلوم باشد دلیلش اینست که فایده دعوی الزام است، به

اساس اقامه حجت (دلیل) و در مجهول الزام متحقق نمی شود.)^(۳)

در مورد شرط معلوم بودن مدعی به، تفریعات ذیل پیشبینی می‌گردد:

۱- الاختیار لتعلیل المختار ۳/۲۷۲.

۲- مجله الاحکام، ماده: ۱۶۱۹.

۳- شرح مجله الاحکام ۴/۲۴.

فرع اول: اگر دعوی بالای دین باشد ذکر این کلمه حتمی است که مدعی طلب آنرا دارد زیرا که فایده و ثمره دعوی اجبار و الزام بنابر حکم قاضی بالای مدعی علیه به ایفای حق مدعی است.^(۱)

فرع دوم: هرگاه مدعی به عین باشد مدعی علیه مکلف به احضار آن در نزد مجلس قضاء میباشد بدلیل اینکه مدعی حین دعوی و شهود حین اداء شهادت و منکر حین یاد نمودن سوگند به آن اشاره کند به این طریق مدعا بها خوبتر معرفی میگردد.

فرع سوم: هرگاه برخلاف فرع فوق امکان حضور مدعی به، زمانیکه حضور مدعی به، به ذکر قیمت مدعی به، غرض معلوم بودن مدعی به، حتمی است، زمانیکه حضور مدعی به، به مجلس قضاء ممکن نباشد پس ممکن نیست مشاهده عین مدعی به، در این صورت قیمت مدعی به، قایم مقام عین میگردد، چنانچه در اموال استهلاکی مال بسبب استهلاک وجود ندارد در این صورت چون حضور عین بدلیل اینکه وجود ندارد ممکن نیست پس ذکر قیمت به معلوم بودن دعوی کافی تلقی میگردد.

فرع چهارم: هرگاه مدعی به، حیوان باشد ذکر ذکوریت و انوئیت آن نیز بسبب معلوم بودن دعوی حتمی است.

فرع پنجم: هرگاه مدعی به، عقار باشد ذکر حدود اربعه با ذکر اسم، ولد و لدیت صاحبان حدود همراه با ذکر محل و شهر مدعی به، حتمی دانسته میشود. زیرا امکان حضور عقار در مجلس قضاء ممکن نیست و حتی مستحیل است پس در تعریف عقار کفایت میکند اشاره بطرف موقعیت عقار و ذکر حدود اربعه آن اولاً باید آغاز گردد به اسم شهر زیرا که شهر عام تر است متعاقباً به محل اشاره نماید که عقار در آن موقعیت دارد در اخیر بیان حدود اربعه باید ذکر گردد.^(۲) قانون اصول محاکمات مدنی در مورد شرط معلوم بودن مدعی به، چنین حکم می نماید.

۱- الاحکام السلطانیة، ص: ۲۷۲.
۲- الاختیار لتعلیل المختار ۳/۲۷۲.

(بیان جنس، نوع، قیمت مدعی بها در صورتیکه منقول باشد در صورتیکه مدعی بها عقار باشد ذکر موقعیت، نوعیت و مساحت آن نیز حتمی است.)^(۱)

حکم ماده فوق بشکل توضیحی بیان داشته که برای معلوم بودن مدعی به، اگر عقار باشد و یا منقول باید اوصاف آن ذکر گردد تا دعوی در قسمت مدعی به، از جهالت عاری و خارج گردد و صحت آن تحقق یابد.

دوم: دعوی احتمال اثبات را داشته باشد:

۱- دیدگاه فقه:

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

الف) محال عقلی: مثلاً شخص (۲۰) ساله بالای شخص (۴۰) ساله ادعاء 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 و سرمایه دار است ادعا مینماید که از او مبلغ یک ملیون افغانی در معامله تجارته قرضدار است این دعوی مدعی (شخص فقیر) محال عادتاً است قابل سمع نمی باشد.^(۲) در مورد این شرط دعوی مانند سایر شروط که قبلاً تذکر یافت مجله الاحکام العدلیه چنین تصریح میدارد:

(یشترط ان یکون المدعی به محتمل الثبوت بناء علیه لایصح الادعاء بشیء وجوده محال عقلاً او عادتاً)^(۳)

ترجمه: یکی از شروط صحت دعوی اینست که مال مورد دعوی محتمل الثبوت باشد بنابراین اگر مدعی چیزی را ادعا کرد که عقلاً و عادتاً محال باشد ادعایش صحیح نمیشود.

۲- دیدگاه قانون:

۱- قانون اصول محاکمات مدنی ماده: ۱۲.

۲- در الاحکام شرح مجله الاحکام ۱۸۲/۴.

۳- مجله الاحکام ۱۶۲۹/۴.

در مورد این شرط دعوی قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان اشاره ننموده است اما از احکام کلی در ضمن ماده (۱۳۰) قانون اساسی و فقره (۲) ماده (۱) قانون مدنی طبق فقه حنفی این شرط دعوی مدنظر گرفته میشود فقه حنفی در ضمن ماده (۱۶۲۹) مجله الاحکام شرط گذاشته است که دعوی باید احتمال اثبات را داشته باشد.

سوم: دعوی در مجلس قضاء باشد:

این شرط از جمله شروط مکانی قضاء هم محسوب میگردد بر علاوه شرط مکانی از جمله شروط دعوی میباشد دعوی باید در مجلس قضاء باشد، هرگاه دعوی در غیر مجلس قضاء اقامه گردد به آن وصف حقیقی دعوی اطلاق نمی گردد.^(۱) در این شرط، قید گردیده است که دعوی باید در مجلس قضاء باشد نه نزد قاضی بخاطریکه در قضاء قیود زمانی و مکانی شرط است تاکید در شرط متذکره به قید مکانی و زمانی قضاء بیشتر تمرکز گردیده است.

در مثالهای ذیل میتوانیم خوبتر موضوع را واضح سازیم:

مثال اول: شخصی بالای شخصی ادعا مینماید، شخصی مدعی به خاطر حل و فصل دعوی خویش به نزد قاضی در منزل او رفته تا دعوی او را رسیدگی نماید چنین دعوی چون در غیر مکان قضاء است شرط صحت دعوی متحقق نمی گردد چنین دعوی صحت ندارد و قانوناً چنین موضوع را وصف قانونی دعوی داده نمی توانیم. مثال دوم: شخص مدعی، به نزد قاضی در محکمه به ساعت شش بجه عصر میرود تا دعوی او را حل و فصل نماید چون قید زمانی از نظر وقت رسمی که به کارمندان دولت مد نظر گرفته شده است نسبت به فصول مختلف سال از ساعت چهار و نیم عصر بیشتر بوده نمی تواند چون قاضی هم از جمله کارمندان دولت محسوب میگردد، از این تایم زمانی مستثنی نیست چنین دعوی نیز قابل سمع نسبت نبود شرط مجلس قضاء بنابر قید زمانی در دعوی نیست، بناء چنین دعوی صحت ندارد.

۱- در الاحکام شرح مجله الاحکام ۴/۵۹۸۰.

مطلب دوم: شروط خصوصی دعوی

چنانکه گفته شد شروط خصوصی دعوی نسبت به خصوصیت هر دعوی فرق میکند، که ما به گونه مثال ذیلاً شرایط خصوصی دعوی عقار را به معرفی میگیریم:

اول: شروط اختصاصی صحت دعوی عقار (غیر منقول)

عقار از جمله اموال غیر منقول محسوب میگردد که دارای شروط بخصوص میباشد هرگاه این شروط در دعوی عقار از جانب مدعی در دعوی مدنظر گرفته شود دعوی صحیح است و اگر شروط متذکره مد نظر گرفته نشود قانوناً چنین دعوی نزد محاکم قابل سمع نمی باشد شروط اختصاصی دعوی عقار از دیدگاه فقه و قانون قرار ذیل جداگانه اشاره میگردد:

الف) شروط اختصاصی دعوی عقار از دیدگاه فقه:

۱- ذکر موقعیت عقار:

در قدم اول شرط است که موقعیت مدعی بها (عقار) ذکر گردد که در کدام شهر موقعیت دارد و بعداً کوچه یا سرک که در آن عقار مورد دعوی قرار دارد ذکر گردد. (۱)

۲- تحدید عقار:

در دعوی عقار شرط است تا حدود اربعه عقار تحدید شود، زیرا احضار مدعی بها عقار در مجلس قضاء امکان ندارد هرگاه سه حد در دعوی عقار ذکر گردد وحد چهارم ذکر نگردد باز هم دعوی درست میباشد، اما اگر در ذکر حدود اشتباه شود چنین دعوی درست نیست و اگر زمین مثلث شکل باشد ذکر سه حد درست میباشد زیرا حد چهارمی در چنین عقار وجود ندارد. (۲)

۳- ذکر اسم، ولد و ولدیت اصحاب حدود:

در دعوی عقار شرط است که در ضمن تحدید حدود اربعه ذکر اسمای صاحبان حدود اربعه را با ذکر ولد و ولدیت آنها تذکر دهد به نزد امام ابوحنیفه رحمه الله شرط است

۱- جامع الفصولین لمحمود بن اسرئیل الملقب بابن قاضی، ص: ۶۵.
۲- الهدایه ۲۰۰/۶.

ذکر ولدیت (جد) صاحبان حدود اربعه، اما اگر شخصی مشهوری صاحب حدی از حدود اربعه مدعی بها عقار بود صرفاً به ذکر نام آن اکتفاء صورت گیرد درست است.

بطور مثال مدعی در دعوی خویش حد شرقی را چنین بیان میدارد:

مدعی بها شرقاً متصل است به زمین مملوکه مولوی عبدالباقی وزیر تحصیلات عالی. اما درین قسمت هم شرط است که وصف شهرت و منصب شخص که او را به شهرت رسانده ذکر گردد. زیرا همین وصف و منصب او را نسبت به سایر اشخاص به شهرت رسانیده است.

در مورد شروط فوق دعوای عقار، مجله الاحکام العدلیه چنین صراحت میدارد: (اذا كان المدعی به، عقاراً يلزم فی الدعوی ذکر بلده وقریته او محلته و زقاقه و حدود اربعه او الثلاثه و اسماء اصحاب حدوده ان كان لها اصحاب مع اسماء آبائهم و اجدادهم لکن یکفی ذکر اسم شهرة الرجل المعروف والمشهور ولا حاجة الی ذکر اسم ابیه و جدّه کذلک لا یشرط بیان حدود العقار اذا كان مستغنیاً عن التحدید لشهرته).^(۱)

ترجمه: اگر مدعی به عقار باشد باید شهر، قریه و ناحیه آن و حدود اربعه و یا سه گانه آن و اگر زمین های همجوار مالکین داشت، نام مالکان آن و نام پدران و اجدادشان ذکر گردد. اما ذکر نام و شهرت اشخاص معروف و مشهور کفایت میکند و به ذکر اسم پدر و جد شان حاجتی نیست.

همچنان اگر زمین شهرت بسیار داشت و در وقت دعوی و شهادت قابل شناخت بود، ذکر حدود آن شرط نمیباشد.

ب) شروط اختصاصی دعوی عقار از دیدگاه قانون:

قانون اصول محاکمات مدنی برای دعوی در ضمن ورق استدعا شروط ذیل را تصریح مینماید:

۱- مجله الاحکام، ماده: ۱۶۳۲.

بیان جنس، نوع، قیمت مدعی بها در صورتیکه منقول باشد، در صورتیکه مدعی بها عقار باشد ذکر موقعیت، نوعیت و مساحت آن نیز حتمی است.^(۱)

طبق صراحت ماده فوق در دعوی عقار، قانون موارد ذیل را منحیث شروط اختصاصی دعوی عقار تصریح میدارد:

۱- جنس عقار: شرط است در دعوی عقار که جنس آن ذکر گردد، زیرا اطلاق لفظ عقار متعدد است در برگیرنده (زمین، خانه، آپارتمان، باغ، باغچه، سرای، دکان و...) میباشد. بناء در دعوی عقار شرط است تا ذکر جنس عقار گردد زمین است یا خانه و یا هم باغ و باغچه.

۲- نوع عقار: شرط است تا نوع عقار ذکر گردد مثلاً هرگاه عقار زمین باشد چی نوع زمین است زمین صالح الزراعه است یا للمی است و یا آبی، زمین بلند آبه است یا زمین سنگ زار و یا زمین دشتی میباشد، بناء هر نوع از خصوصیت که زمین داشته باشد باید در صورت دعوی ذکر گردد.

۳- موقعیت عقار: از دیدگاه قانون نیز مانند فقه شرط است که موقعیت عقار در دعوی ذکر گردد که عقار در کجا موقعیت دارد تا دعوی از جهالت خارج گردد چنانچه در شروط عمومی دعوی شرط بود تا دعوی معلوم باشد.

۴- مساحت عقار: شرط است که مساحت عقار ذکر گردد، بطور مثال در دعوی مدعی ذکر نماید که به مساحت پانزده متر مربع زمین که محدود است به... و یا هر گاه مقدار زمین زیاد باشد باکی نیست که مطابق عرف متداول به مقیاس جریب، بسوه، هکتار، تخم ریز ذکر مساحت گردد.

تمام شروط فوق قانونی بالای یک شرط فقهی دعوی چرخش دارد که عبارت است از معلوم بودن مدعی به، از همین جهت است که دعوی عقار توسط شروط فوق معلوم میگردد بناء قانون نیز با تبعیت فقه شروط را برای دعوی عقار بعلت معلوم بودن آن مدنظر گرفته است.

۱- قانون اصول محاکمات مدنی، ماده: ۱۲

مبحث چهارم: انواع دعوی به اعتبار حکم

مطلب اول: دعوی صحیح

دعوی صحیح عبارت از دعوای است که در آن دعوی توافر شروط صحت دعوی موجود باشد، خصم معلوم و حاضر باشد، مدعی به شیء معلوم و معین باشد تا بالای آن حکم قاضی صادر گردد.^(۱)

در دعوی صحیح احکام احضار خصم، و مطالبه جواب از خصم متحقق می‌گردد در صورت انکار خصم مدعی مکلف به اثبات حق خود توسط بینه و توجیه یمین به مدعی علیه می‌باشد.^(۲)

مطلب دوم: دعوی فاسد

دعوی فاسد عبارت از دعوای است که خصم حاضر نباشد، مدعی به مجهول باشد، شهادت شهود ممکن نباشد و برای قاضی قضاوت بالای دعوی ممکن نباشد، مانند اینکه شخصی ادعا و کالت شخص دیگری را نماید قاضی چنین دعوی را استماع نمی‌کند. مثلاً در صورتیکه بنزد قاضی شخص موکل از وکالت وکیل انکار کند در این مثال امکان عزل وکیل بسبب انکار موکل در همان زمان امکان دارد.^(۳)

در کتاب در الحکام شرح مجلة الاحکام دعوی فاسد را در ضمن یک قاعده چنین بیان نموده است:

دعوی فاسد عبارت از دعوی است که اصلاً صحیح است، اما غیر مشروع به اعتبار اوصاف خارجی آن مانند مجهول بودن مدعی علیه است، چنین دعوی قابلیت تصحیح را دارد.^(۴)

این قاعده واضح تر به معرفی دعوی فاسد اشاره مینماید چنانچه ذکر گردید که دعوی اصلاً درست و صحیح است اما نسبت اوصاف خارجی اش فاسد می‌باشد و اوصاف دعوی

^۱ - ابن عابدین، محمد بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی. حاشیه ابن عابدین ۱۸۱/۸. شرح رد المختار علی در المختار مکتبه رشیدیہ کویتہ - پاکستان.

^۲ - حیدر علی، در الحکام شرح مجلة الاحکام، ۱۵۴/۴ دارالکتب العلمیہ بیروت لبنان.

^۳ - ابو منصور، محمد بن احمد سمرقندی تحفته الفقهاء ۱۸۱/۳ دارالکتب العلمیہ بیروت لبنان.

^۴ - در الحکام شرح مجلة الاحکام ۱۵۴/۴.

به بعضی از شروط دعوی توجیه میشود مانند مجهول بودن مدعی علیه یا مدعی به، هرگاه در دعوی چنین جهالتی وجود داشته باشد دعوی فاسد میگردد و هر گاه مدعی این جهالت را از دعوی خود بردارد و آنرا اصلاح سازد یعنی مدعی علیه و مدعی به، را مشخص و معلوم نماید دعوی درست و صحیح میگردد.

مانند اینکه مدعی در دعوی خود بیان نموده باشد که شخصی از اهل فلان قریه بمقدار یکهزار افغانی مرا غصب نموده است و فعلاً برایم نمی دهد، لیکن شخص را در اهل قریه معلوم ننموده باشد چنین دعوی اصلاً درست است زیرا که دعوی غصب درست است و سبب دعوی شده می تواند اما نسبت صفت خارجی که عبارت از مجهول بودن مدعی علیه است دعوی فاسد است لیکن هرگاه مدعی، مدعی علیه را در قریه معلوم سازد و در دعوی خود بیان نماید، که در اهل فلان قریه احمد ولد محمود مبلغ یکهزار افغانی مرا غصب نموده است و فعلاً برایم نمی پردازد چنین دعوی صحیح میگردد و جهالت مدعی علیه از بین میرود.

یاهم در مثال دیگری صورت مسئله را تمثیل نمایم، هرگاه مدعی ادعا نماید که احمد ولد محمد یک قطعه زمین مرا غصب نموده است اما ذکر ننماید، که مساحت این قطعه زمین به چی اندازه است و همچنان موقعیت زمین و حدود اربعه آنرا در دعوی ذکر ننموده باشد چنین دعوی اصلاً درست است زیرا که غصب زمین از جمله اسباب دعوی میباشد لیکن و صفاً چنین دعوی فاسد است زیرا که مدعی به، توصیف نشده هرگاه مدعی جهالت مدعی به، را توسط اوصاف مدعی به، معلوم سازد (تعیین مساحت، موقعیت و حدود اربعه) چنین دعوی صحیح میگردد.

مطلب سوم: دعوی باطل

دعوی باطل عبارت از دعوی است که اصلا غیر صحیح باشد و بالای آن حکم قاضی مرتب نمی شود یا به عباره دیگر دعوی باطل عبارت از دعوی است که اصلا درست نیست و این دعوی قابلیت تصحیح را ندارد، اگر محکمه حکم کند بالای خصم کدام چیزی بالای حکم قاضی مرتب نمی گردد.^(۱)

مانند اینکه شخصی دعوی نماید که همسایه من شخصی پولداری است و برای من که غریب هستم صدقه نمی دهد.

و یا هم مدعی دعوی بالای مشروبات الکولی یا مواد مخدر نماید در این صورت نیز دعوی باطل است زیرا که قوانین افغانستان بر مبنای قواعد شرعی این اشیاء را منحصیث مال متقوم به رسمیت نمی شناسد پس زمانیکه مال متقوم نباشد در محدوده جغرافیای قلمرو افغانستان بنزد محاکم موضوع دعوی قرار نمی گیرد. ماده (۸) قانون اصول محاکمات مدنی موضوع دعوی را شیء و یا حق که قوانین افغانستان آنرا منحصیث حق به رسمیت شناخته باشد، قرار می دهد و هرآنچیزیکه قوانین افغانستان آنرا منحصیث حق به رسمیت شناخته باشد، موضوع دعوی قرار گرفته نمی تواند و هرگاه دعوی بالای چنین اشیاء غیر مجاز دایر شود محاکم افغانستان بنا بر بطلان دعوی مکلف به سمع آن نیست.

مطلب چهارم: حکم دعوی

فقهاء کرام متذکر گردیده اند که حکم دعوی یک تصرف مباح میباشد و این حکم را از تعریف مدعی استنباط نموده اند زیرا مدعی زمانیکه دعوی را ترک کند به تعقیب دعوی مکلف و مجبور شده نمی تواند زیرا دعوی مانند بقیه تصرفات از وجایب اختیاری مدعی میباشد، البته این حکم خاص مربوط به حقوق شخصیه میباشد اما دعوی حسبه واجب میباشد تا اقامه گردد.^(۲)

۱- مجله الاحکام ۱۵۴/۴.

۲- فقه المرافعات للدكتور مصطفى نیازی ص: ۶۰.

مطلب پنجم: آثار قانونی اقامه دعوی

اقامه دعوی آثاری را در پی دارد از آن جمله:

۱- اشتغال محکمه به رسیدگی و تعیین محدوده رسیدگی آن، ممنوعیت سایر محاکم از رسیدگی به دعوی مشابه. مطابق ماده (۴۹۳) قانون اصول محاکمات مدنی (قاضی نمیتواند حل و فصل قضایای داخل صلاحیت خود را بدون امر صریح قانون بی موجب قانونی تعطیل و تاخیر نماید).

۲- تکلیف مدعی علیه به پاسخگویی و برقراری رابطه حقوقی بین او و مدعی دعوا و عدم تاثیر این آثار نسبت به اشخاص ثالث است. مطابق ماده (۲۱۱) قانون اصول محاکمات مدنی (در صورت صحت دعوی مدعی و رعایت حکم مندرج ماده (۲۶) این قانون مدعی علیه مکلف است در مدت معین جواب تحریری خود را به محکمه تقدیم نماید).

۳- انقطاع مرور زمان: اقامه دعوی قانوناً مرور زمان را که مانع استماع دعوی میگردد قطع میکند.

مطابق قانون مدنی یکی از اسبابی که موجب انقطاع مرور زمان می گردد عبارت از مطالبه قضایی میباشد. ماده (۹۷۷) قانون مدنی که ترجمه ماده (۳۸۳) قانون مدنی جدید مصر است در این مورد حکم می نماید (مدت معینه عدم استماع دعاوی، به مطالبه قضایی گرچه دعوی به محکمه غیرمختص به آن تقدیم شده باشد... انقطاع می یابد) اثری که بر انقطاع مرور زمان مرتب می گردد این است که مدت جدید مانند مدت اولی، مجدداً آغاز می گردد. ماده (۹۷۹) فقره های اول دوم قانون مدنی که ترجمه ماده (۳۸۵) قانون مدنی جدید مصر است در این مورد حکم می نماید که:

(۱) هرگاه مدت معینه عدم استماع دعوی انقطاع یابد، مدت جدید مانند مدت اولی، مجدداً آغاز می یابد. (۱) (۲) اگر حکم قطعی شود یا اینکه مدت معینه عدم استماع دعوی یک سال بوده و به اقرار مدیون قطع گردد مدت جدید برای عدم استماع دعوی، پانزده سال می باشد.

۱- قانون اصول محاکمات مدنی، مواد: ۲۶، ۲۱۱، ۴۹۳ و قانون مدنی مدنی مواد ۹۷۷ و ۹۷۹.

مبحث پنجم: تقسیم دعاوی

دعاوی در فقه اسلامی و قوانین افغانستان برحسب حقوقی که قانون آنرا حمایت میکند به

اعتبارات مختلف تقسیم می شود: (۱)

۱- دعاوی شخصی و دعاوی عینی و دعاوی مختلطه.

۲- دعاوی منقوله و دعاوی عقاریه.

۱- دعاوی شخصی و عینی و مختلطه.

الف- دعاوی شخصی: دعاوی شخصی، همان دعاوی مطالبه حق دینی است. یعنی اگر شخصی مدیون دیگری باشد و دائن بخواهد حق خود را از مدیون مطالبه کند، دعاوی شخصی را قامه خواهد کرد. برای مثال فرض کنید احمد در مقابل محمود متعهد به انجام دادن تعهدی مبنی بر کشیدن یک تابلوی نقاشی می باشد؛ و از انجام دادن این تعهد سر باز می زند. در صورتیکه محمود را ملزم به انجام تعهد نماید باید دعاوی الزام به انجام تعهد اقامه نماید، که دعاوی شخصی محسوب می شود. (۲)

ب- دعاوی عینی: دعاوی در صورتی عینی شمرده می شود که ماهیت حق مورد اجرا از حقوقی باشد که برای اشخاص نسبت به اعیان اموال حاصل می شود.

برای مثال در صورتیکه که زید موتر خود را برای عاریه به بکر داده باشد و ایشان از استرداد موتر امتناع نماید، دعاوی زید، مبنی بر مطالبه مال امانی، دعاوی عینی خواهد بود. (۳)

ج- دعاوی مختلط: به دعاوی گفته می شود که دارنده آن، در شرایطی است که همزمان مجاز به اجرای حقی عینی یا شخصی است. در حقیقت، حق منشأ دعوا اگرچه بر عمل حقوقی واحدی مبتنی است اما به دارنده، قدرت اجرای حقی عینی و شخصی را به ترتیبی می دهد که میتواند با اجرای هریک به منظور خود برسد.

۱- المرافعات المدنیة للدكتور آدم وهیب النداوی ص: ۱۲۷

۲- المرافعات المدنیة، للدكتور آدم وهیب النداوی، ص: ۱۲۷

۳- نفس المرجع، ص: ۱۲۷.

برای مثال، جاوید موبایل خود را به رشید فروخته است؛ ولی هنوز تحویل نداده است. رشید برای رسیدن به موبایل باید اقامه دعوی نماید که هم می تواند دعاوی عینی و هم دعاوی شخصی اقامه کنند.

بدین معنی که هم می تواند دعاوی عینی مبنی بر مطالبه عین مال را که بر آن حق عینی اصلی از نوع مالکیت دارد اقامه نماید؛ زیرا در صورت مالکیت مال به او منتقل شده است از سوی دیگر رشید می تواند به عنوان خریدار مبنی بر تعهد بایع دایر بر تحویل مبیع را اقامه نماید. زیرا همچنانکه می دانیم عقد بیع، بایع را متعهد به تحویل مبیع می نماید.^(۱)

۲- دعوی منقوله و دعوی عقاریه:

الف- دعوی منقوله: عبارت از دعاوی است که در آن مطلوب مال منقول باشد مال منقول عبارت از مالی است که نقل آن بدون تلف از محلی به محل دیگر ممکن باشد و شامل نقود و عروض و حیوانات و مکیلات و موزونات و غیره اشیاء منقول میباشند.^(۲)

ب- دعوی عقاریه: عبارت از دعاوی است که مطلوب در آن عقار یا حق عینی عقاری، باشد مال عقار عبارت است از چیزی که نمی شود آن را بدون تلف از محلی به محل دیگر منتقل کرد؛ مانند زمین، خانه، ساختمان و...^(۳)

دعوی عینی تقسیم می شود به:

۱- دعوی ملکیت: عبارت از دعاوی است که مدعی به در آن حق عینی باشد، و مطالبه کننده حق، مدعی مالک بودن عقار و یا مدعی صاحب حق عینی باشد. و خواهان تقریر حق خویش در مقابل خصم یا متجاوز باشد.^(۴)

۲- دعوی حیات: قبل از اینکه به این دعوی پردازیم شایان ذکر است که نسبت بیشتر بودن حجم دعاوی مذکوره فوق تحقیق در مورد هر یکی آن مقدور نیست لذا تنها دعوی حیات را به شکل نمونه درین بحث تحت تحقیق قرار می دهیم:

۱- المرافعات المدینه لدکتور آدم و هیب الندای ص: ۱۲۸.

۲- عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ۹، ۱۱-۱۶.

۳- قانون مدنی، ماده: ۴۷۸.

۴- المرافعات المدینه لدکتور آدم و هیب الندای ص: ۱۲۹.

الف-تعریف دعوی حيازت:

دعوی عبارت از دعوی است که مدعی خواهان حمایت از حيازت خویش باشد و حيازت، حالت واقعی است که از سلطه شخصی برشی، یا برحقی از حقوق برشی، بصفت مالک شی یا صاحب حق برشی نشأت میکند. بنابر تعریف حيازت که بیان گردید حيازت حق شمره نمی شود بلکه سبب اکتساب حقوق میباشد لذا حمایت قانون از حيازت در حقیقت حمایت از ذات ملکیت و حق میباشد.^(۱)

ب-خصائص دعوی حيازت:

دعوی حيازت بر خلاف دعوی ملکیت دارای خصائص و ویژگیهای ذیل میباشد:

۱-دعوی حيازت بمنظور حمایت از حایز شیئی در قانون تسجیل گردیده است، اثبات دعوی حيازت به محض اثبات حيازت تکمیل می گردد باین معنی که قانون راه اثبات دعوی حيازت را به نسبت دعوی ملکیت آسانتر ساخته است؛ زیرا دعوی ملکیت ثابت نمی گردد مگر به سند رسمی، از جهت که تصرفات وارده بالای عمار به عقد شکلی توسط مؤظف خدمات عامه تکمیل می گردد.

۲-دعوی حيازت حق عینی عقاری را حمایت می کند، اما در خصوص حقوق عینی منقول ماده (۱۱۶۳) قانون مدنی عراق چنین صراحت دارد: ۱-کسی که با حسن نیت حایز منقول باشد یا سند زمین تحت حيازت داشته باشد که بیانگر سبب صحیح باشد دعوی هیچ کسی بالای وی مسموع نیست.

۳-حيازت به ذات خود قرینه است مبنی بر حسن نیت و وجود سبب صحیح، مادام که بخلاف آن دلیل اقامه نگردیده باشد.^(۲)

از همینجاست که این قاعده (ان الحیازة فی المنقول سند للملکية) یعنی حيازت در منقول سند ملکیت محسوب می گردد بمیان آمده است.^(۳)

۱ - شرح قانون مدنی تألیف نظام الدین عبدالله ص: ۲۱۴-۲۱۵.

۲ - المرافعات المدنیة، لدکتور آدم وهیب الندوی ص: ۱۳۰.

۳- المرافعات المدنیة ص: ۱۳۰.

تقسیم دعوی حیازت، دعاوی حیازت به انواع ذیل تقسیم می گردد:

۱- دعوی منع تعرض 2- دعوی وقف اعمال جدیده 3- دعوی استرداد حیازت.

مطلب اول- دعوی منع تعرض:

الف: تعریف دعوی منع تعرض

دعوی منع تعرض عبارت از دعاوی است که مدعی در آن به حیازت قانونی ایکه مورد تعرض مدعی علیه قرار گرفته متمسک گردیده، و مطالبه حکم را مبنی بر منع تعرض مدعی علیه نماید.

ب: شرایط استماع دعوی منع تعرض

قانون مدنی در صورتی که حیازت حایز مورد تعرض قرار گیرد به حایز صلاحیت دفع تعرض را اعطاء نموده است مدعی در دعوی دفع تعرض نیز حایز عقار است. مدعی باید ثابت نماید که در زمان تعرض، حایز عقار بوده است و این حیازت عاری از عیوب مستمر، علنی و غیر غامض بوده است. همچنین لازم است تا مدعی ثابت نماید که حیازت او حیازت اصلی و به حساب خودش نه حیازت عرضی و به حساب دیگر است. بنابر این هنگامی تعرض بر حیازت واقع گردد، کسی که حایز حق ملکیت به حساب خویش نیست نمی تواند دعوی منع تعرض را اقامه نماید. بنابر این اساس، صاحب حق انتفاع، صاحب حق ارتفاق، مرتهن رهن حیازی و مستاجر نمی توانند دعوی منع تعرض را اقامه نمایند. زیرا این اشخاص از زمره حایزین عرضی هستند. مدعی علیه نیز در دعوی دفع تعرض شخصی است که متعرض بر حیازت مدعی شده است. دعوی منع تعرض نیز باید در مدت یک سال اقامه گردد. ماده (۲۲۷۲) قانون مدنی که ترجمه ماده (۹۶۱) قانون مدنی مصر است در این مورد تصریح می نماید که: (شخصی که حیازت عقاری را به دست آورده

و حيازات او مدت يك سال كامل دوام نمايد و بعداً بر حيازات او تعرض شود، مي تواند در خلال مدت يك سال دعوى منع تعرض را اقامه نمايد.)^(۱)

مطلب دوم: دعوى وقف اعمال جديده

دعوى وقف اعمال جديده:

ماده (۲۲۷۳) قانون مدنى در مورد دعوى وقف اعمال جديده كه ترجمه ماده (۹۶۲) قانون مدنى مصر است تصريح مى نمايد كه: (شخصى كه حيازت عقارى را در ظرف يك سال كامل به دست داشته و به علت اسباب معقول از اجراى اعمال تعرضى جديد كه حيازت وى را تهديد مى كند بترسد، مى تواند موضوع را به محكمه با صلاحيت تقديم نموده و توقف اين اعمال را مطالبه نمايد. مشروط بر اينكه اعمال مذكور به انجام نرسيده و از شروع بر اجراى اعمال مذكور كه منجر به حدوث ضرر مى شود، يك سال منقضى نشده باشد، در غير آن مى تواند دعوى منع تعرض را اقامه نمايد) از نص اين ماده نيز به خوبى واضح مى گردد كه مدعى در دعوى متوقف ساختن اعمال تعرضى جديد همان مدعى دعوى منع تعرض است كه عبارت از حايض عقار است. بنا بر اين، لازم است تا ثابت نمايد كه حيازت او خالى از عيوب مستمر، علنى و غير غامض است. همچنين، لازم است تا مدعى ثابت نمايد كه حيازت او حيازت اصلى است نه عرضى، در مورد مدت حيازت نيز شرط است كه يك سال باشد. مدعى عليه نيز در دعوى متوقف ساختن اعمال تعرضى جديد شخصى است كه اين اعمال را انجام مى دهد كه فعلاً تعرض بر حيازت مدعى تلقى نمى گردد، اما اسباب معقولى وجود دارد كه اگر اين اعمال انجام داده شود، منتهى به تعرض مى گردد، مانند: احداث ديوار در اطراف زمين، احداث بناء به نحوى كه منجر به مسدود شدن نور و هوا بر عقار همسايه گردد. بنا بر اين، جهت تحقق اعمال كه تعرض جديد تلقى مى گردند تحقق دو شرط ضرورى است:

۱ - شرح قانون مدنى تاليف نظام الدين عبدالله ص: ۲۳۸.

اول اینکه این اعمال شروع شده، اما ختم نشده باشد و دوم اینکه این اعمال از عقار مدعی شروع شود.^(۱)

مطلب سوم: دعوی استرداد حيازت

دعوی استرداد حيازت در صورتی که حيازت شخصی از ید او منتزع گردد، قانون مدنی به حایز حق داده است تا در مدت یک سال دعوی استرداد حيازت را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. بنابراین، مدعی در دعوی حيازت حایز عقار است. بر مدعی لازم است تا ثابت نماید که هنگامی که حيازت از ملکیت او کشیده شد، حایز عقار بود و حيازت او نیز حيازت عاری از عیوب، مستمر، علنی و غیر غامض بوده است. در دعوی استرداد حيازت ضروری نیست که حایز اصیل، یعنی حایز به حساب خود باشد. در نتیجه، حایز عرضی؛ یعنی: حایز به حساب غیر نیز می تواند در دعوی استرداد حيازت مدعی قرار گیرد و استرداد حيازت حق ملکیت را هنگامی که صاحب حق انتفاع، مرتهن رهن حيازی، مستاجر و غیره باشد مطالبه نماید. ماده (۲۲۶۸) فقره دوم قانون مدنی که ترجمه ماده (۹۵۸) فقره دوم قانون مدنی مصر است در این مورد تصریح می نماید که: (۲) شخصی که به صورت نیابت از غیر حيازت را به دست داشته باشد، نیز می تواند رد حيازت را مطالبه نماید. مدعی علیه نیز در دعوی استرداد حيازت شخصی است که حيازت را از حيازت حایز بالقوه و یا از طریق غصب به صورت علنی و خفیه کشیده باشد بنابراین، عملی که از مدعی علیه صادر شده باید واجد دو شرط باشد: اول اینکه عدوانی باشد دوم اینکه عمل عدوانی بر عقاری که در حيازت حایز قرار دارد، واقع گردیده باشد. بر مدعی لازم است تا دعوی استرداد حيازت را در خلال مدت یک سال از زمان انتزاع حيازت در صورتی که انتزاع بالقوه و به صورت علنی باشد، و حایز نیز به آن علم داشته باشد، اقامه نماید. اما اگر انتزاع به صورت خفیه و بدون علم حایز صورت پذیرد، حایز می تواند در مدت یک سال بعد

^۱ - نفس المرجع، ص ۲۳۸.

از آگاهی از انتزاع حيازت، در مورد استرداد آن اقامه دعوی نمايد. در صورت عدم مطالبه استرداد حيازت در مدت يك سال، حق دعوی استرداد ساقط می گردد. با وجود اين، اگر حايذ عمار در مدت يك سال جهت استرداد حيازت اقامه دعوی نمايد، قانون مدنی چندین حالت را پيش بينی نموده است:

۱) اگر حايذ در مدت کمتر از يك سال دعوی استرداد حيازت را اقامه نمايد، و حيازت خویش را مطابق قواعد عمومی اثبات ثابت نمايد، قاضی به رد اصل عمار حکم خویش را صادر نمايد.

۲) اگر شخصی عماري را برای مدت کمتر از يك سال تحت حيازت داشته باشد و سپس اين عمار از حيازت او كشيده شود و شخصی كه عمار را از دست وی كشيده است، دارای سند قانونی، مانند: قبالة شرعی و قانونی باشد، شخص اولی نمی تواند ملكیت را از حيازت شخصی دومی خارج نمايد.

۳) اگر هر دوی حايزين فاقد سند و یا هر دو دارای سند باشند، ماده (۲۲۷۰) قانون مدنی كه ترجمه ماده (۹۵۹) فقره دوم قانون مدنی مصر است در این مورد چنین تصریح می نمايد: (هرگاه هیچ يك از حايزين دارای سند قانونی نبوده یا اسناد آنها معادل يكديگر باشد، ترجیح حيازت به شخصی داده می شود كه سند او تاریخ مقدم داشته باشد؛ و (۲) در حالت مندرج فقره فوق، اگر اسناد قانونی دارای عین تاریخ باشد، به حيازتی كه از لحاظ تاریخ مقدم است، امتیاز داده می شود. در استرداد دعوی حيازت، حسن نیت و سوء نیت مدعی علیه مدار اعتبار نیست. بنابراین حايذ عمار می تواند بر علیه شخصی كه به حسن نیت عمار را از حيازت او كشيده است، دعوی استرداد حيازت را اقامه نمايد. ماده (۲۲۷۱) قانون مدنی كه ترجمه ماده (۹۶۰) قانون مدنی مصر است در این مورد اشعار می دارد كه ((حايذ می تواند دعوی استرداد حيازت را در خلال میعاد قانونی علیه کسی كه حيازت شی غصب شده را كسب نموده است اقامه نمايد گرچه شخص اخير الذكر دارای حسن نیت باشد.))^(۱)

۱- شرح قانون مدنی، حقوق عینی نظام الدین عبدالله ص: ۲۳۷.

مبحث ششم: اجزاء صورت دعوی مدنی و نمونه آن

مطلب اول: اجزاء صورت دعوی مدنی

تحریر صورت دعوی مدنی دارای اجزای ذیل می باشد.

الف-عنوان: بجهت اینکه صورت دعوی مدنی از سایر اسناد و اوراق تفکیک گردد ضرورت است تا بخاطر شناخت و معرفت آن در وسط بالای صفحه بخط درشت تحریر گردد. (صورت دعوی)

ب-مقدمه: جزء مقدمه صورت دعوی مدنی از جمله اجزای مهم آن بشمار می رود که در این قسمت صورت دعوی، شروط دعوی نیز ذکر می گردد. و نکات ذیل باید مد نظر گرفته شود:

- ۱- شرط است تا دعوی به رئیس و اعضای قضایی محکمه ذیصلاح تقدیم گردد.
- ۲- معرفی مدعی، اسم و نسب خود را در صورتیکه اصیل باشد، و هرگاه نایب باشد (ولی وصی، یا وکیل) باشد شخص نایب باید اسم خود را تذکر دهد و بجز از ولی در سایر موارد نیابت شماره وثیقه، تاریخ و محکمه مرتبه آن باید ذکر گردد و همچنان اگر وکیل مدافع باشد ذکر شماره جواز وکالت و تاریخ آن حتمی است، به استثنای اقارب و شرکاء در مورد ماده (۳۴) قانون وکلای مدافع تصریح میدارد: هرگاه اقارب یا شرکاء در دعوی از جانب قریب یا شریک خویش وکالت مینماید شرط نیست که جواز وکالت داشته باشد.
- ۳- مدعی مکلف است تا ذکر اهلیت شرعی و قانونی خویش را تذکر دهد و در صورتیکه مدعی نماینده قانونی باشد او نیز مکلف است تا اهلیت شرعی و قانونی خویش را تذکر دهد.
- ۴- ذکر از اسم، نسب، اهلیت مدعی علیه، در صورتیکه نماینده قانونی از جانب مدعی علیه به نیابت در محکمه حاضر شده باشد ذکر نام و نسب او حتمی است.

۵- اشاره توسط ضمیر اشاری، به مدعی علیه به طور مثال (صورت دعوی خویشرا بالای مدعی علیه حاضر هذا...)

۶- ذکر از ماده قانونی ترتیب صورت دعوی: ماده (۲۱۰) قانون اصول محاکمات مدنی.
۷- اشاره به محلی که دعوی اقامه میگردد مثلاً (دیوان مدنی محکمه ابتدائیه حوزه سوم شهر کابل)

ج- تحدید، تعیین نوع و جنس مدعی بها: در مباحث قبلی در ضمن شروط عمومی و خصوصی دعوی اشاره گردید، هرگاه دعوی بالای عقار باشد شرط است تا مدعی حدود اربعه آنرا در این جزء از صورت دعوی با ذکر مساحت آن تحریر دارد و اگر دعوی غیر از دعوی عقار باشد در اینصورت شرط است تا تعیین قیمت نوع و جنسیت مدعی بها را ذکر نماید.

د- تفصیل دعوی: مدعی در این جزء از صورت دعوی خویش جریان دعوی را بشکل بسیار مختصر که دربرگیرنده نکات عمده و اساسی دعوی می باشد ذکر می نماید.

ه- دلایل اثبات دعوی: در این جزء از صورت دعوی، مدعی باید دلایل و وسایل اثبات دعوی خویشرا تحریر دارد. وسایل اثبات و مدارک اثباتیه که سبب حکم محکمه را تشکیل میدهد باید مستند و قانونی اقامه گردد.

ز- تقاضاء از محکمه: این جزء از صورت دعوی میباشد که مدعی یا نایب او از محکمه تقاضای مشخص، متکی به ماده معین قانونی که حق او را تثبیت می نماید تحریر میدارد. هرگاه حکمی قانون در مورد حق مدعی تصریح نداشته باشد مدعی طبق قاعده فقه حنفی که تصریح به حق او مینماید نیز در صورت دعوی خود همان قاعده فقهی را تذکر داده میتواند.^(۱)

^۱ - شرح قانون وکلای مدافع و اساسنامه، ط، مرکز مستقل ملی آموزش حقوقی، ص ۵۳.

مطلب دوم: نمونه صورت دعوی مدنی
صورت دعوی

حضور محترم رئیس صاحب دیوان مدنی محکمه ابتدائیه ولسوالی سروبی و اعضای
محترم قضایی شان!

السلام علیکم ورحمه الله وبرکاته.

اینجانب ...ولد ...ولدیت ...دارای نمبر جواز شماره () (انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان در حالیکه دارای اهلیت کامل شرعی و قانونی خویش بوده و میباشم وکالتاً از جانب موکلین خویش هریک ...و...بنات ...و...بنت... که ایشان نیز دارای اهلیت شرعی و قانونی خویش بوده و میباشند، قرار وثیقه حصر وراثت شماره () مورخ / / ۱۳ بحیث ورثه شرعی ...مرحوم ...شناخته شده اند وکالتاً ذریعه وکالت خط شماره () مورخ / / مرتبه آمریت وثایق حوزه اول شهر کابل بالای مدعی علیه حاضر هذا ...ولد ... که او نیز متصف به صفات شرعی و قانونی میباشد، ذیلاً چنین اقامه دعوی میدارم:

تعریف و تحدید مدعی بها:

موازی ...زمین واقع ...مربوط ناحیه... شهر کابل که به صفحه () دفتر اساس مدیریت املاک ولسوالی ... به اسم ... قیدیت داشته که محدود است بدین حدود اربعه:

شرقاً - به کوچه عام

غرباً- کوچه و متصل است به ملکیت ...ولد...

شمالاً- ملحق است به کوه ...ساحه آزاد.

جنوباً- به منزل...ولد...

تفصیل دعوی:

مورث موکلین بنده اسامی ...ولد... درسال / / / مدعی بها را از شخصی بنام ...ولد ... به بیع بات قطعی به مبلغ... افغانی پول رایج آنوقت خریداری نموده که قرار قباله شرعی

شماره () / / ۱۳ مرتبه محکمه ... نیز توسط اقرار بایع اجراء گردیده است و به وجه از وجوه و سبب من الاسباب از دست مورث موکلین ام خارج نگردیده است، اما موکلین بنده طی سالهای / / ۱۳ از محل و دیار خویش مهاجر گردیده بودند.

مدعی علیه حاضر هذا با استفاده از فرصت زمین محدوده متذکره ملکیت موروثی قسمت موکلین ام را غصب نموده و فعلاً آماده تسلیم دهی آن نمی باشد و به ید باطله خویش اصرار غیر حق مینماید، که گویا خانم ها مستحق میراث نمی شوند در حالیکه حق موکلین بنده در متروکه بر اساس احکام شریعت و قانون ثابت میباشد، اسناد رسمی نیز مبین اینست، مدعی بها از مورث موکلین ام به ارث گذاشته شده است که قرار ذیل جرارت میگردد:

اصل مسئله (۲۴) متوفی ...

بی بی ... زوجه	بی بی ... بنت صلبی	بی بی ... بنت صلبی	اسامی ... پسرکاکا
۳	۸	۸	۵

بر علاوه اینکه مدعی علیه در متروکه به اندازه سهم خویش سهم بوده موکلین بنده نیز به اندازه سهم فوق خویش سهم میباشد و هیچ سبب از اسباب موانع ارث شرعاً و قانوناً موکلین بنده را مطابق مواد (۱۹۹ و ۲۰۰۰) قانون مدنی محروم میراث محسوب ننموده است.

اسباب میراث که بر اساس ماده (۲۰۰۱) قانون مدنی زوجیت و قرابت حکم شده در قسمت موکلین من وکیل مدافع صدق مینماید موکله ام به اسم بی بی ... زوجه متوفی ... میباشد زوجیت موکله ام با متوفی الی وفات او برقرار بوده و به هیچ سبب از انحلال ازدواج (طلاق، خلع، تفریق و فسخ) منحل نگردیده است.

مسمات هریک بی بی ... و بی بی ... بنات صلبی متوفی ... از بطن موکله ام مسمات بی بی ... و صلب متوفی ... میباشد.

بناء حق موکلین من وکیل مدافع در متروکه، تحدید شده فوق که قرار قبالة شرعی شماره () که ثبت دیوان قضاء میباشد. شرعاً و قانوناً متکی به مواد فوق قانونی ثابت بوده و

میباشد مدعی علیه حاضر هذا به اندازه حق میراث خویش به طریق عصوبیت مطابق جر
ارث فوق در متروکه مستحق پنجم حصه مییاشد نه تمام متروکه، متروکه سهم موکلین بنده
از تصرف او باید شرعاً خارج ساخته شود و به موکلین ام سپرده شود.

بناء از هیئت محترم قضایی احترامانه تقاضاء مینمایم تا حکم خویشرا مطابق فقره (۲) ماده

(۲۰۰۷) قانون مدنی در قسمت موکله ام مسلمات ... زوجه متوفی ... و مطابق فقره (۱) ماده

(۲۰۰۸) قانون مذکور در قسمت موکلین ام مسلمات هر یک ... و بنات صلبی متوفی

... صادر نموده تا عدالت تأمین گردد. انا اطلب منکم حکم الشرع الشریف. (۱)

بالاحترام

... وکیل مدافع

۱- شرح قانون وکلای مدافع و اساسنامه، ط، مرکز مستقل ملی آموزش حقوقی، ص: ۵۵.

فصل دوم: دفع

درین فصل اول تعریف دفع و انواع آن، سپس زمان دفع دعوی در فقه اسلامی و قانون اصول محاکمات مدنی، سوم زمان و وقت دفع دعوی به نزد فقهاء و اهل قانون، ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول: تعریف دفع و انواع آن

درین مبحث ابتداء به تعریف لغوی دفع پرداخته میشود بعداً به تعریف اصطلاحی دفع

و در اخیر به انواع دفع دعوی ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

مطلب اول: تعریف دفع

جزء اول: تعریف لغوی دفع

دفع در لغت از الة و دور کردن به قوت را گویند، دفعه یدفعه دفعاً و دفاعاً: او را دور کرد و کنار زد. و دفعه و دفعه و تدفع و تدافع القوم ای دفع بعضهم بعضاً: آن قوم یکدیگر را دفع کردند.^(۱) دفع به همین معنی در معجم الوسیط نیز آمده است: يقال دفع القوم ای رده بالحجة گفته میشود که آن قوم سخن دیگر قوم را به دلیل دفع کرد. والدفع بالشیء بمعنی: نجاه و از الة بقوة.^(۲) یعنی دفع شیء بمعنای اینکه آن شیء را به زور برگردانید.

الله بزرگ میفرماید: (وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ).^(۳) ترجمه: به یقین اگر الله برخی از مردم را به وسیله ی برخی دیگر حمایت نمیکرد، زمین تباه می شد.

همچنان در زبان معمول و متداول مغربی گفته میشود: دفعت التعویض، ای رده و دفعت القول ای تم رده. یعنی عوض را پرداخت و سخن با دلیل رد و دفع شد.

و تدافع القوم ای دفع بعضهم بعضاً: آن قوم یکدیگر را دفع کردند.^(۴)

جزء دوم: تعریف اصطلاحی دفع^(۵)

۱- ابن منظور الافریقی الملقب بمحمد بن مكرم بن علی: معجم لسان العرب.
۲- ابراهیم مصطفی احمد الزیات وحامد عبدالقادر: معجم الوسیط. مجمع اللغة العربیه بالقاهره مکتبه الشروق الدولیه: ۲۰۰۴.
۳- سوره البقره الایه: ۲۵۱.
۴- اسماعیل بن حماد الجوهری: معجم الصحاح: دار العلم للملایین بیروت، الطبعة الثالثة. ۱۹۸۴ م ج ۳ ص ۱۲۰۸.
۵- د. احمد ابو الوفا نظریه الدفع فی قانون المرافعات ط ۸- منشاه المعارف - الاسکندریه ۱۹۸۸- ص ۱.

دفع بمعنای عام به تمام وسائل دفاع ای که خصم بتواند توسط آن پاسخ دعوی خصم خود را بمنظور وقایه از ادعای خصم خویش ارائه کند اطلاق میشود، برابر است که این وسائل به خصم یا بعضی اجراءات، و یا هم به اصل حق مدعی به، و یا به سلطه خصم در استعمال دعوی که مدعی علیه منکر آن بوده برگردد.

و دفع بمعنای خاص در اصطلاح قانون مرافعات بوسائل اطلاق میگردد که خصم توسط آن استمداد می جوید، و بالای صحت اجراءات خصومت بدون پرداختن به اصل حق ای که خصم قصد آنرا نموده مؤقتاً خود را از حکم وقایه کند مانند اینکه مدعی علیه در جواب دعوی مدعی بگوید دعوی در محکمه غیر ذیصلاح یا بر مبنای اجراء باطل اقامه گردیده است. که این وسائل دفع به دفع شکلی شناخته میشود. که در قانون مرافعات به آن به این عبارت اشاره شده (الدفع الجائز ابداءها قبل التعرض لموضوع الدعوی) ترجمه: دفع شکلی عبارت از دفع است که قبل از پرداختن به اصل موضوع طرح آن جواز داشته باشد. و در قانون سال ۱۹۶۲ و قانون جدید مصر بنام (دفع متعلقه به اجراءات) مسمی گردیده است.

و وسائل دفاع که متعلق است به اصل حق یعنی آن که بر میگردد به ذات حق مدعی به، مانند اینکه مدعی علیه وجود آنرا انکار کند. چنین دفع به دفع موضوعی شناخته میشود.

و وسائل دفاع که مدعی علیه از صلاحیت خصم در استعمال دعوی انکار ورزد مانند اینکه بگوید: قبلاً در موضوع حکم صادر شده است. چنین دفع را دفع بعدم قبول دعوی گویند.^(۱) که بعداً در مورد هر کدام از دفعات مذکور (دفع شکلی) (دفع موضوعی یا ماهوی) و (دفع بعدم قبول) به تفصیل صحبت خواهیم نمود.

۱- د. احمد الوالوف- مصدر سابق، ص ۲.

مطلب دوم: دلایل مشروعیت دفع دعوی

درین مطلب اولاً دلایل شرعی مشروعیت دفع دعوی ثانیاً دلایل قانونی آنرا ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

الف: دلایل شرعی

قانون حکیمانه ای الهی که به رسولش محمد صلی الله علیه وسلم نازل کرده، یک قانون کامل و جامع میباشد که در هر زمان و مکان قابلیت تطبیق را داشته؛ خداوند بزرگ میفرماید: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} (۱) همچنان الله بزرگ به رسول الله صلی الله علیه وسلم امر فرموده تا در بین مردم حکم به عدل نماید: {وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} (۲) پس عدل از جمله مقاصد مهم شریعت اسلامی محسوب میگردد، و این مقصد یک فریضه واجبه گردانیده شده و نه فقط یکی از حقوقی که صاحب آن بتواند از آن تنازل و چشم پوشی کند. (۳) لذا عدالت حاصل و تصور نمی شود مگر با دادن حق آزادی بیان، به طرفین دعوی و اگر یکی از طرفین دعوی از این حق محروم گردد این محرومیت منجر به ظلم و بی عدالتی میگردد که شریعت آنرا مردود دانسته؛ بلکه هر آنچه را که از آن ناشی شده باطل می کند. بنابراین، یکی از مهمترین اصولی که در شرع برای برقراری عدالت بین طرفین دعوا وضع شده، اصل حق متهم یا مدعی علیه بوده تا قبل از قضاوت، اظهارات شان در مراجع قضایی شنیده شود و این حدیث رسول خدا صلی الله علیه وسلم به علی بن ابی طالب رضی الله عنه دال بر این است؛ زمانیکه ویرا به یمن قاضی فرستاد قسمیکه فرموده: (بعثنی رسول الله صلی الله علیه وسلم - الی الیمن قاضیاً، فقلت یارسول الله ترسلنی وانا حدیث السنن ولا علم لی بالقضاء؟ فقال: ان الله سیهدی قلبک و یثبت لسانک، فاذا جلس بین یدیك الخصمان فلاتقضین حتی تسمع من الآخر، کما سمعت من الاول، فانه احری ان یتبین لک القضاء، قال

۱- سوره الحديد، الایه: ۲۵.

۲ سوره المائده، الایه: ۴۲.

۳- د. محمد عماره، الاسلام و حقوق الانسان، ص ۵۵-۵۶.

فمازلت قاضياً او ما شككت في قضاء بعد^(۱) ترجمه: رسول خدا مرا به یمن به صفت قاضی فرستاد، گفتم یا رسول الله من جوان هستم و از قضاء اطلاعی ندارم به من پیام بده؟ او صلی الله علیه وسلم گفت: خداوند قلب شما را هدایت می کند و زبان شما را تقویت می کند، بنابراین اگر دو خصم در مقابل تو نشستند تا زمانی که از طرف دیگر نشنیدید، همان طوریکه از اولی شنیدید، حکم مکن زیرا شنیدن کلام هر دو خصم طریقه قضاء را برایت روشن میگرداند، فرمود تا زمانی که قاضی بودم متردد نشدم. از این حدیث روشن می شود که قاضی نباید قبل از شنیدن دفاع متهم و مدعی علیه حکمی را صادر کند و اگر قاضی بدون شنیدن دفاع متهم اصدار حکم نماید حکم وی باطل است زیرا پیامبر صلی الله علیه وسلم قبل از شنیدن اظهارات هر دو طرف دعوی قضاوت را ممنوع کرده، همچنان دلیل بطلان حکم قاضی زمانی که ادعا و مدافعات طرفین دعوی را استماع نکند؛ قصه دو خصم است که در سوره داود علیه السلام در قرآن کریم آمده است (وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ) (۲۱) إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُودَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ (۲۲) إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ (۲۳) قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَى نِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لِيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ. (۲) ترجمه: آیا خبرشاکیان به تو رسیده است، آن گاه که از دیوار محراب بالا رفتند، هنگامی که (بی مقدمه) نزد داود رفتند، او از آنان ترسید: نترس؛ ما دو مدعی هستیم که یکی از ما بر دیگری ستم کرده است؛ پس در میان ما به حق داوری کن و ستم روا مدار و ما را به راه راست راهنمایی نما این دو برادر من است که نود و نه میش دارد و من، یک میش دارم؛ می گوید: این یک میش را نیز به من بسپارد؛ و در سخن گفتن بر من چیره شده است (داود علیه السلام) گفت، او با این درخواست که میش تو را به میش های خود بیفزاید، به تو ستم نموده

۱- رواه ابوداود فی سننه، حدیث رقم ۳۵۸۲، وحسنه الالبانی .
 ۲ سوره ص الایه: ۲۴.

و بسیاری از شریکان به یکدیگرستم می کنند مگر آنان که ایمان آورده و کارهای شایسته انجام داده اند؛ ولی چنین کسان اندک اند. و داود علیه السلام دریافت که ما او را آزموده ایم پس از پروردگارش درخواست آمرزش کرد و با خشوع و فروتنی به سجده افتاد و توبه کرد. زمانیکه نبی خدا داود علیه السلام قبل از شنیدن حجت یک طرف دعوی حکم کرد، دانست که در حکم وی نقص است بنابراین به بخشش و توبه شتابید و در این مورد از سوی خداوند متعال دستوراتی بود به داود علیه السلام و هشدار به کسانی که وظیفه قضاوت را بین مردم به عهده دارند؛ زیرا قضاوت کردن بر مبنای حجت ظاهری یک طرف دعوی بدون شنیدن حجت طرف دیگر انحراف از حق و پیروی هوی است.^(۱)

ب: دلایل قانونی

و از آنجا که حق دفاع در فقه اسلامی موجود بوده نظام حقوقی افغانستان نیز این حق را با پیروی از مصادر شرعی به رسمیت شناخته و آنرا در قوانین جزایی و مدنی تسجیل نموده است.

ماده (۵۰) قانون اصول محاکمات مدنی تصریح نموده که: «رئیس جلسه حین رسیدگی قضیه نخست به مدعی یا ممثل قانونی او و سپس به مدعی علیه و یا ممثل قانونی او موقع میدهد تا دعوی و دفاع شان را قرائت نمایند» هکذا در ماده (۵۱) قانون مذکور مشعر است: «طرفین دعوی به کمال آزادی مطالبات خود را قرائت و توضیحات میدهد قبل از ختم گفتار یکطرف، طرف دیگر حق ندارد صحبت جانب مقابل را قطع کند.»^(۲)

ماده (۳۱) قانون اساسی افغانستان

هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می کند در محکمه حاضر گردد. دولت در قضایای جنایی برای متهم بی بضاعت وکیل مدافع تعیین می نماید. محرمانه مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم

۱- الشهری، شاکر علی، احکام الدفوع فی الدعوی الجزائیه، مجله القضائیه ص: ۲۷۹ العدد الاول - محرم ۱۴۳۲ هـ.
۲- قانون اصول محاکمات مدنی، ماده (۵۱) ط، وزارت عدلیه.

و وکیل آن از هر نوع تعرض مصون می باشد وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد. ماده (۱۳۵) اگر طرف دعوی زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می گیرد ندارد، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری توسط ترجمان برایش تأمین می گردد. ماده (۱۱) قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. در قضایای جنایی برای اشخاص بی بضاعت طبق سند تقنینی مربوط وکیل مدافع تعیین می شود. ماده (۶۹) قانون اساسی مصرح حق دفاع شخصاً یا از جانب وکیل تضمین می شود. قانون به اتباع بی بضاعت و سایل استفاده از عدالت و دفاع از حقوق شان را تأمین می کند.

ماده (۱۰) قانون اساسی پاکستان: هیچ شخص گرفتار شده، بدون آنکه به اسرع وقت از دلایل گرفتاریش آگاه گردد، توقیف نمی شود و نیز از حق مشوره گیری و داشتن وکیل مدافع دلخواهش محروم نمیگردد. هکذا میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، طی ماده (۱۴) حق دفاع را به عنوان یکی از اصول محاکمه عادلانه به رسمیت شناخته، و این حق را به سطح بین المللی تضمین و از آن حمایت کرده است.^(۱)

مطلب سوم: انواع دفع در فقه اسلامی

از تتبع و جستجوی کتاب های فقه اسلامی برمی آید که فقه اسلامی انواع دفع را در دو نوع دفع حصر کرده اند، که عبارت اند از:

جزء اول: دفع که هدف از آن ابطال نفس دعوی مدعی باشد که این دفع را دفع موضوعی دعوی گویند.^(۲) مانند پرداختن دافع به صدق و کذب مدعی، باین معنی که دافع در موضوع دعوی مداخله نموده و قتی که دفع ثابت گردد کلام مدعی باطل می شود قسمیکه بار دیگر نتواند علیه مدعی بالدفع تعرض و دعوی اقامه کند.^(۳)

۱- رهنمود انستیتوت ماکس پلان پیرامون موازین محاکمه عادلانه چاپ سوم میزان سال ۱۳۸۵، ص: ۱۰۵.
۲- الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶/ص ۳۵، علی قراعه - الاصول القضائیه فی المرافعات الشرعیه ص ۵۴، یاسین، نظریه الدفع ص ۵۸۸.
۳- الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶/ص ۲۲۲، الزرقانی، شرح الزرقانی ۳/۴۸۵، البهوتی، کشاف القناع ۶/۳۹۴، یاسین - نظریه الدعوی ص ۵۸۸.

این دفع در دعاوی عین و دعاوی دین مطرح شده می‌تواند، زمانی که یک شخص دعوی عین را که درید مدعی علیه قرار داشته اقامه نماید مدعی علیه می‌تواند که به دفع متوسل گردیده اظهار بدارد که این عین به سبب شرعی برایش انتقال یافته مانند اینکه بگوید عین را از مدعی خریده یا اینکه مدعی آنرا برایش هبه نموده است.^(۱)

همچنان این دفع در دعوی دین نیز مطرح شده می‌تواند مانند اینکه شخصی ادعای کند که بالای مدعی علیه مبلغ یک هزار دینار طلب دارد و بدمه وی باقی مانده مدعی علیه در مورد می‌تواند به دفع متوسل گردد و اظهار نماید که مبلغ مدعی را ایفا نموده^(۲) یا مدعی علیه از آن برایش ابراء داده یا اینکه بگوید من این مبلغ را به فلان شخص حواله دادم که برای تو بپردازد و هر دوی شما این حواله را قبول کردید.^(۳)

قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان نیز با پیروی از فقه اسلامی دفع موضوعی را به رسمیت شناخته ماده (۳۴۷) قانون مذکور تصریح می‌دارد (مدعی علیه می‌تواند در مقابل دعوی مدعی به دفع صحیح متوسل گردد).^(۴)

جزء دوم: دفع که هدف از آن دفع خصومت از مدعی علیه بدون پرداختن به صدق و کذب دعوی مدعی باشد.^(۵) این دعوی را فقهاء به دفع خصومت یاد میکنند و این دفع در پنج مسائل واضح می‌گردد:

۱- دعاوی که بالای ذوالید اقامه می‌گردد و مدعی به، تحت ذوالیدی وی قرار داشته باشد لیکن ید وی در مدعی به، ید خصومت نباشد بلکه ید امانت یا ید ضمان باشد مانند اینکه شخصی بالای ذوالید ادعای کند که زمین تحت ید مدعی علیه از او است، در جواب ذوالید بگوید که این زمین مدعی به، از وی نیست بلکه نزد وی به

۱- نبیل اسماعیل عمر- اصول المرافعات الشرعیه ص ۵۸۶، یاسین، نظریه الدعوی ص ۵۸۸.

۲- علی قراعه- الاصول القضائیه، ص ۵۵.

۳- الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۸، البهوتی، کشاف القناع ۳۹۴/۶، علی قراعه، الاصول القضائیه، ص ۵۵.

۴- قانون اصول محاکمات مدنی، ماده ۳۴۷.

۵- الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۲۲.

ودیعت یا عاریت گذاشته شده است.^(۱) که این نوع دفع را در قانون بنام دفع بعدم قبول یاد میکنند.

این نوع دفع دارای چندین صورت میباشد از جمله:

(۱) دفع مدعی علیه مبنی بر انکار از صفت خصومت؛ مانند اینکه بالای مستاجر دعوی اقامه گردد و مستاجر در مقابل دعوی به دفع متوسل گردد و بگوید که این خانه ملک وی نیست ید وی در مدعی به، ید عارضی میباشد.

(۲) دفع مدعی علیه مبنی بر اینکه مدعی از دعوی خود ابراء نموده است.

(۳) دفع مدعی علیه مبنی بر نقصان اهلیت مدعی. مانند اینکه طفل ممیز بدون اذن ولی اش بالای شخص عاقل و بالغ دعوی نماید.

(۴) دفع مدعی علیه مبنی بر فقدان صلاحیت مدعی. مانند اینکه مدعی شخص اجنبی باشد در دعوی موضوع خصومت، نه وکیل باشد و نه هم ولی.

(۵) دفع مدعی علیه مبنی بر مطالبه غرض غیر صحیح مدعی، مانند اینکه شخص بالای دیگری دعوی و مطالبه خانه را نماید که ملکیت خود مدعی باشد و در آن سکونت نماید.

چنین دعوی متضمن غرض صحیح نمی باشد.^(۲)

مبحث دوم: انواع دفع در قانون

شرح قوانین دفع را به سه نوع تقسیم نموده اند:

مطلب اول: دفع موضوعی

عبارت از دفع است که مدعی علیه در آن به ذات حق مدعی به تماس میگیرد، مانند انکار از وجود مدعی به یا انقضاء میعاد قانونی سمع دعوی.^(۳) و این دفع مرتبط میباشد به موضوع ادعاء، البته این دفع همان دفع موجود در فقه اسلامی

۱- ماده ۱۶۳۶ من المجله و شرحها لعلی حیدر ۴/۲۳۶.

۲- یاسین، نظریه الدعوی ص ۵۸۸ و ما بعدها.

۳- الوالوفا، نظریه الدفع، ص ۱۷ و ابو الوفا اصول المحاکمات المدنیه، ص ۳۸۵ و انور العمروس، اصول المرافعات الشرعیه، ص ۶۳۴ محمود محجوب ابوالنور، نظریه الدفع، ص ۸۷.

میباشد.^(۱) از این جهت دفع موضوعی شامل جمیع انواع دفع میشود که بر قبول آن رد طلب مدعی مرتب گردد.^(۲)

بنابر این حصر آن متصور نمی باشد.

بعضی ها دفع موضوعی را چنین تعریف نموده اند: عبارت از اجراءات و وسائل است که با استفاده از آن به بطلان ادعاء خصم پرداخته شود.^(۳)

مطلب دوم: دفع شکلی

این دفع عبارت از دفع مرتبط به اجراءات خصومت بدون تماس گرفتن به اصل حق مدعی به، به هدف خاتمه بخشیدن خصومت میباشد، بدون حل و فصل موضوع یا تاخیر آن^(۴) و این دفع قبل از دوران دعوی در اجراءات محاکمه یا در اثنای آن صورت میگیرد. مانند دفع بعدم اختصاص محکمه و دفع مبنی بر بطلان اعلانات قضایی و دفع بعدم مراعات مواعید قانونی.^(۵)

هدف از این نوع دفع وقایه موقت از حکم است با استثنای دفع شکلی ای که به مرور زمان تعلق داشته باشد.

و از جمله دفع اجرائی و شکلی: دفع به فقدان صلاحیت رسیدگی دعوی، و دفع به احاله دعوی به محکمه دیگر، و دفع به بطلان اوراق جلب و احضار، و دفع به بطلان ورقی از اوراق مرافعات محسوب میشود.^(۶)

حقوق دانان دفع شکلی را به چندین نوع تقسیم کرده اند:

فرع اول: اقسام دفع شکلی از حیث تعلق آن به نظام عام:

۱- دفع شکلی ای که به نظام عام متعلق است، احکام آتی بالای آن مرتب میگردد:

۱- محمد نعیم، نظریه الدعوی، ص ۵۹۴.

۲- احمد ابوالوفا، اصول المحاکمات المدنیه، ص ۲۱۲.

۳- محمد عبدالله الظاهر، شرح قانون اصول المحاکمات المدنیه، ص ۳۹۵.

۴- ابوالوفا، نظریه الدعوی، ص ۱۷ و العشماوی، قواعد المرافعات ۲/۲۱۳.

۵- محمد نعیم، نظریه الدعوی، ص ۵۹۴.

۶- ابوالوفا، اصول المحاکمات، ص ۱۲.

طرح این دفع در هر مرحله دعوی جواز دارد، و زمان طرح آن مقید به وقت معین نمی باشد.

اتفاق خصوم مبنی بر مخالفت با قاعده ای که ایجاد کننده دفع شکلی باشد جواز ندارد.

مدعی و مدعی علیه می تواند به طرح دفع متعلق به نظام عام بپردازند. محکمه بدون طرح دفع خصوم می تواند دعوی مدعی را در موارد خاص رد نماید.^(۱)

۲- دفع شکلی ای که به نظام عام متعلق نیست، احکام ذیل بالای آن مرتب می گردد:

اتفاق خصوم مبنی بر مخالفت با قاعده ای که ایجاد کننده دفع شکلی است، درست می باشد.

حق طرح دفع، مخصوص مدعی علیه می باشد مدعی اجازه طرح آنرا ندارد.

لازم است تا این دفع قبل از پاسخ دادن به موضوع دعوی طرح گردد در غیر آن این حق ساقط می گردد.

محکمه نمی تواند بدون طرح این دفع، از جانب مدعی علیه، خود دعوی مدعی را رد نماید.^(۲)

فرع دوم: اقسام دفع شکلی از حیث پایان دادن به خصومت:

اولاً: دفع شکلی خصومت دعوی را خاتمه و پایان می رساند، زمانی که این دفع به نزد محکمه ثابت گردد دعوی مدعی رد می گردد مانند دفع مبنی بر عدم اختصاص وظیفی یا قیمی.^(۳)

ثانیاً: دفع شکلی ای که خصومت دعوی را خاتمه نمی دهد.

۱- ابوالوفا، نظریه الدفع، ص ۱۶۳.

۲- المرجع نفسه، ص ۱۵۳.

۳- مقصد از اختصاص قیمی: بر مبنای قیمت صلاحیت محاکم در حل و فصل دعاوی می باشد. دیده شود عوض الزعی، اصول المحاکمات المدنیه، ۲۳۷/۱.

مانند- دفع به بطلان اوراق جلب واحضار، و دفع بعدم تأجيل دعوی در موارد که نص قانون بالای آن تصریح نموده باشد.

فرع سوم: اقسام دفع از حیث هدف خصم از طرح آن:

- دفع که به قصد خروج نزاع از صلاحیت محکمه بعمل می آید مانند دفع بعدم اختصاص مکانی، و دفع به احاله دعوی.

دفع که به قصد رهایی از خصومت بعمل می آید. مانند دفع مبنی بر سقوط دعوی یا مبنی بر سبب انقاض مرور زمان.^(۱)

مطلب سوم: دفع بعدم قبول

دفع بعدم قبول متوسل شدن به وسیله است که صاحب حق توسط آن حق خویش را حمایت کند، یا به عبارت دیگر دفع بعدم قبول دفع است که جهت مطالبه حق به حمایت قضائی بر میگردد.^(۲)

و عبارت از دفع است که خصم از صلاحیت خصم خویش در استعمال دعوی انکار ورزد.

مانند سبقت صدور حکم در موضوع و غیره.^(۳)

چون این دفع به ذات حق مدعی به، تماس نمی گیرد از این جهت دفع موضوعی شمرده نمی شود همچنان برای اینکه این دفع به اجراءات خصومت بر نمیگردد دفع شکلی نیز محسوب نمی شود بلکه بخاطر عدم توافریکی از شروط قانونی که بمنظور قبول شدن دعوی وضع گردیده است بعمل می آید خواه این شروط عام باشد یا خاص.

از تقسیمات فقهاء و اهل قانون و از خلال آنچه گذشت به این نتیجه میرسیم که اهل شریعت و اهل قانون در دفع موضوعی اتفاق دارند. دفع را که در فقه اسلامی بنام دفع خصومت یاد میکنند همان دفع است که در قانون مرافعات بنام عدم قبول

۱- ابوالوفا، المرجع السابق، ص ۱۵۰.

۲- ذبیل عمرو، الدفع بعد القبول ونظامه القانونی، ص ۱۳۴.

۳- احمد ابوالوفا، اصول المحاکمات المدنیه، ص ۲۱۶.

دعوی یاد میشود. البته با این تفاوت که ساحه تطبیق دفع بعدم قبول نسبت به دفع خصومت وسیع تر بوده شامل دفع مبنی بر عدم مصلحت دعوی، و دفع مبنی بر فقدان صلاحیت یکی از خصمین و دفع مبنی بر فقدان اهلیت مدعی، و دفع مبنی بر عدم جواز رسیدگی مجدد قضیه نسبت سبق حکم و دفع مبنی بر سقوط حق دعوی نسبت مرور زمان میگردد.

خلاصه قول اینکه:

- دفع بعدم خصومت در فقه اسلامی شامل دفع بعدم قبول در قانون است، طوریکه دفع بعدم قبول در قانون شامل دفع خصومت و دیگر دفع میگردد.

- دفع موضوعی در قانون و فقه یکی میباشد.

- دیده میشود که فقه اسلامی از دفع شکلی تعریف خاص خود را دارد زیرا در فقه، اختصاص در قضاء بمعنی خاص تعریف، و التزام بر آن لازم دانسته شده است.

قانون اصول محاکمات مدنی نیز با پیروی از شریعت اسلامی دفع بعدم قبول و دفع موضوعی را تحت عنوان اعتراضات ابتدائی به رسمیت شناخته ماده (۲۱) قانون مذکور در مورد چنین تصریح میدارد: اعتراضات ابتدائی قرار ذیل است:

۱- عدم صلاحیت رسیدگی قضیه از طرف محکمه.

۲- فقدان صلاحیت و اهلیت مدعی و مدعی علیه.

۳- متوجه نبودن ادعای مندرج عریضه بر مدعی علیه.

۴- صدور حکم قضایی قبلی در موضوع بین عارض و معروض.

۵- عدم ذوالیدی مدعی علیه متکی بر اسناد مثبت در مدعی بهای غیر منقول.

۶- ارتباط قضیه با دعوی ایکه در محکمه دیگر دایر است.

۷- دایر بودن قضیه مندرج در عریضه در محکمه دیگر.

۸- تحت مرور زمان بودن قضیه مورد دعوی.

مبحث سوم: زمان دفع دعوی در فقه اسلامی و قانون اصول محاکمات مدنی

فقهاء و علماء قانون دفع را از حیث زمان طرح آن به دو قسم تقسیم نموده اند:

۱- دفع که در جریان دعوی قبل از حکم (قبل از جواب دادن به دعوی) طرح می‌گردد مانند دفع شکلی غیر متعلقه به نظام عام، که قبل از جواب دادن به موضوع دعوی یا در جریان آن یا در یک مرحله از مراحل رسیدگی دعوی طرح می‌گردد.

۲- دفع که بعد از حکم در دعوی بعمل می‌آید که این دفع مختص به اعتراضات می‌باشد.

بنابر این بعد از آنکه انواع دفع را که بالای دعوی وارد میشود در فقه و قانون معرفی نمودیم برای ما تحدید وقت دفع را (بر حسب دفع مطروحه توسط مدعی علیه) آسانتر می‌سازد از جهت که دفع یا علیه موضوع دعوی یا علیه خصومت و یا هم علیه اجراءات شکلی وارد میشود، که برای هر یک از این انواع دفع زمان معین تحدید شده که رعایت آن جهت قبولی دفع ضروری می‌باشد.

مطلب اول: وقت دفع موضوعی به نزد فقهاء و اهل قانون

وقت دفع به نزد فقهاء

تحریر محل نزاع:

اولاً: فقهاء اتفاق نظر دارند بر جواز طرح دفع موضوعی قبل از صدور حکم.

ثانیاً: فقهاء اختلاف نظر دارند در طرح دفع موضوعی بعد از صدور حکم.

که ابتداء آراء ایشان به شکل اجمالی و سپس جهت فایده مزید به شکل تفصیلی ذکر می‌گردد و قرار آتی می‌باشد:

رای اول: به نزد بعضی حنفی ها و بعضی مالکیها مانند سحنون طرح دفع موضوعی قبل از صدور حکم در هر وقت جواز دارد، برابر است که قبل از اقامه بینه باشد یا بعد از آن. و یا هم قبل از موقع دادن بینه باشد و یا بعد از آن. (۱)

رای دوم: به نزد بعضی حنفی ها و بعضی مالکی ها مانند المواز و شافعی ها و حنابله ها دفع موضوعی هر وقت جواز دارد قبل از صدور حکم باشد و یا هم بعد از آن. (۲)

رای سوم: طرح دفع قبل از صدور حکم مطلقاً جواز دارد اما بعد از صدور حکم جواز آن مشروط به این دو شرط میباشد:

شرط اول: ثابت شدن دفع متضمن ابطال حکم اولی باشد. (۳) مانند اینکه مدعی دعوی خانه را نماید و بگوید که این خانه از پدرش به میراث باقیمانده است و بر همین دعوی بینه اقامه کند، و به اساس همین بینه حکم به نفع وی صادر گردد، ولی بعد از آن مدعی علیه ادعاء کند که این خانه را از مورث مدعی خریده است چنین دفع صحیح پنداشته میشود و حکم اولی قابل نقض میباشد. (۴)

شرط دوم: اینکه بعد از حکم و دعوی اصلی توفیق بین دفع مدعی علیه ممکن نباشد، زیرا اگر توفیق ممکن باشد بعد از حکم دفع قبول نمی شود. مانند اینکه مدعی علیه بعد از صدور حکم بینه اقامه کند مبنی بر اینکه مدعی قبل از دعوی اقرار کرده که در خانه محکوم له ذیحق نمی باشد چنین دفع حکم را باطل نمی کند و نه هم قابل قبول پنداشته میشود، زیرا توفیق چنین دفع با دعوی مدعی ممکن بوده است. زیرا احتمال دارد که مدعی خانه را به خیار خریده باشد و در مدت خیار مالک آن نبوده ولی بعد از انقضای مدت خیار مالک آن شده باشد لذا با

۱- ابن عابدین، محمد امین، حاشیه منحه الخالق علی البحر الرائق، ۳۹۳/۷، والشیخ محمد حسین بن علی الطوری / تکمله البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ۳۹۳/۷، وابن نجیم، الاشباه والنظائر، ص ۲۲۵.

۲- الهیتمی، تحفه المحتاج، ۴۶۶/۴، ابن قدامه، المغنی، ۷۹/۹.

۳- تحفه المحتاج، ۴۶۶/۴، ابن قدامه، المغنی، ۷۹/۹.

۴- ابن عابدین، منحه الخالق، ۳۹۳/۷، و علی قراعه، الاصول القضائیه، ص ۵۶-۵۷ و حیدر شرح الحکام ۱۹۳/۷ قره عیون الاخیار ۴۵۷/۲ ونظریه الدعوی، ص ۶۱۰ و محمود ابوالنور، نظریه الدفوع، ص ۱۰۲.

احتمال وشک حکم ثابت باطل شده نمی تواند، ولی اگر قبل از حکم بینه اقامه کند چنین دفع پذیرفته میشود بخاطر که شک قبل از صدور حکم، حکم را باطل ساخته میتواند نه بعد از صدور آن.

رای چهارم: از صاحب کتاب الاصول القضائیه علی قراعه مبنی بر جواز طرح این دفع قبل از اقامه بینه یا بعد از آن و یا هم قبل از صدور حکم میباشد اما بعد از صدور حکم به استثنای دو مسئله به جواز قایل است که عبارت است از:

اول: در پنج مسائل که قبلاً گذشت بعد از حکم دفع قبول شده نمی تواند. اگر مدعی علیه بعد از ثبوت دعوی بر مبنای بینه محکوم علیه قرار گیرد سپس بگوید که مدعی بها را نزد وی فلان غایب به عاریت گذاشته شده است و با گفتن این سخن قصد دفع خصومت را داشته باشد چنین دفع قابل سمع نیست.

دوم: مدعی بینه اقامه میکند مبنی بر اینکه از طرف پدر و مادر پسر کاکای مدعی علیه میباشد در مقابل مدعی علیه بینه اقامه میکند که تنها از طرف مادرش میباشد چنین دفع اگر قبل از صدور حکم باشد پذیرفته میشود و اگر بعد از حکم باشد پذیرفته نمی شود. (۱)

به استثنای دو مسئله فوق این رای موافق رای دوم میباشد.

بعض تفصیلات این آراء: شیخ ابیانی درین مورد یک رای خوب را ذکر کرده میگوید: اگر مسند علیه دفع خفی باشد طوریکه درسترسی به آن در جریان دعوی ممکن نباشد چنین دفع قابل قبول است، و اگر مسند علیه دفع خفی نباشد چنین دفع قابل قبول نیست. (۲)

علی قراعه این قول را ترجیح داده است (زمانیکه تناقض ظاهر باشد و توفیق خفی قسمیکه توفیق بین آن ممکن نباشد) که این قول را صاحب جامع الفصولیین نیز برگزیده است. (۳)

۱- قره عیون الاخیار ۱/۱۴، ویاسین، نظریه الدعوی، ۱۶۰-۱۱۱ و علی قراعه، الاصول القضائیه، ص ۵۶.

۲- الابیانی، مباحث المرافعات الشرعیه، ص ۴۸.

۳- علی قراعه، الاصول القضائیه، ص ۵۸ و تکمله حاشیه ابن عابدین علی الدر شرح التنویر، ج ۲۹/۷.

خلاصه اینکه اگر شخص بالای دیگری ادعاء کند مال را وبعد از اقامه بینه محکوم له شناخته شود سپس بگوید که من در ادعاء خود کاذب بودم درین حالت حکم باطل میگردد، و اگر مدعی بعد از قضاء بگوید: که مدعی به ملک وی نیست حکم باطل نمی گردد بخلاف اینکه بگوید ملک من نبوده زیرا سخن وی که ملک من نیست در برگیرنده حال میباشد و از ضرورت نفی حال، انتفاء اصل بعمل نمی آید... الخ. (۱)

فقهاء مالکی (۲) نیز پیرامون موضوع بحث داشته اند که خلاصه قول ایشان چنین میباشد: به نظر فقهاء مالکی طرح دفع موضوعی در هر مرحله از مراحل دعوی قبل از صدور حکم جواز دارد برابر است که قبل از بینه باشد یا بعد از آن. ولی در قسمت طرح این دفع بعد از صدور حکم اختلاف دارند بعضی شان به جواز آن بعد از صدور حکم قایل هستند و بعضی شان بعد از صدور حکم به جواز قایل نمی باشند و میگویند بعد از فصل دعوی هر نوع بینات قابل قبول نیست ولو که خفیه هم باشد خصوصاً زمانی که حکم توسط قاضی عالم و عادل صادر شده باشد. (۳)

اما محکوم علیه میتواند که بالای حکم صادره به دیگر مستمسکات که بدفع دعوی مرتبط نباشد اعتراض کند، مانند اینکه بین وی وقاضی ذوالحکم عداوت وجود داشته و اگر این اعتراض وی ثابت گردد حکم صادره فسخ و اعاده محاکمه لازم میگردد. (۴)

فقهاء شافعی نیز به موضوع پرداخته که خلاصه آن چنین میباشد:

۱- تکمله حاشیه ابن عابدین من علی الدرر الممتاز، شرح تنویر الابصار، م ۲۹/۷ و جاء بهذا المعنى حاشیه رد المختار م ۵۶۶/۵ و ما بعدها.
۲- پیروان امام مالک ابو عبدالله مالک بن انس بن ابی عامر الاصبجی الحمیری المدنی متولد سنه ۹۳ هـ ق متوفی ۱۷۹ هـ ق فقیه و محدث مسلم امام دوم امامان اربعه اهل السنه و الجماعه صاحب مذهب مالکی در فقه اسلامی که به علم و حفظ حدیث نبوی شهرت داشته به صبر و ذکاء و هیبت و وقار و اخلاق حسنه شهرت داشته امام شافعی در مورد وی گفته (اذا ذکر العلماء فمالک النجم، و مالک حجه الله علی خلقه بعد التابعین) الموطاء از اوائل کتاب های حدیث نبوی واضح آن محسوب میشود امام شافعی در مورد کتاب وی گفته (ما بعد کتاب الله تعالی کتاب اکثر صواباً من موطأ مالک) سیر اعلام النبلاء، ۸/۲۳۶.
۳- ابن فرحون، تبصره الحکام، ۸۰/۱ و محمود ابوالنور، نظریه الدفع ص ۱۰۲.
۴- محمد نعیم یاسین، نظریه الدعوی، ص ۶۱۱.

نظر فقهاء شافعی این است که قبل از شروع اقامه بینه چنین دفع جواز دارد و میگویند: وقتیکه شخص بالای دیگری ادعای دین کند و مدعی علیه بگوید که من پول را ایفا نمودیم یا مدعی برایم ابراء کرده است درین صورت مدعی علیه باید ادعای خویش را مبنی بر ایفا و ابراء ثابت سازد اگر مدت مهلت منقضی شود و باز مطالبه مهلت دیگر نماید باید بار دیگر برایش موقع داده نشود.^(۱) و این دلالت میکند بر اینکه ایفا و ابراء قبل از شروع بینه بوده لذا بعد از طلب مهلت و عجز از اثبات بینه دفع وی قابل قبول نمی باشد.

وقت دفع موضوعی در قانون اصول محاکمات مدنی:

قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان در مورد وقت دفع موضوعی از رای اول پیروی نموده. زیرا ماده (۲۱۸) قانون مذکور چنین تصریح میدارد: طرفین دعوی میتوانند دعوی و دفاعیه های را که به داخل نسخه های جداگانه به محکمه تقدیم نموده اند قبل از دوران دعوی برای یک مرتبه به اصلاح، تعدیل، تنقیص یا تزئید در آن مبادرت ورزند مشروط بر اینکه اصلاح مذکور از حیث زیادت و یا نقصان به ماهیت دعوی و دفاع تغییر و وارد ننماید.

مطلب دوم: وقت دفع موضوعی به نزد اهل قانون

به نزد اهل قانون^(۲) دفع موضوعی در هر زمان دعوی مطرح شده میتواند حتی در مرحله پایانی محاکمه قریب است که قوانین مرافعات و شروح آن متفق شوند بر اینکه طرح دفع موضوعی در هر زمان دعوی مطرح شده میتواند از رسیدگی دعوی گرفته الی افعال باب مرافعه، حتی جواز دارد طرح آن بعد از حکم در محکمه استیناف زمانی که معترض در میعاد قانونی با توافر شروط اقدام کند.^(۳)

۱- النوی، الروضه، ص ۱۲-۱۳.

۲- گرچه بعضی دفعات منحصر به وقت معین میباشد ولی اغلب کتب قانونی وقت آنرا معین نکرده است.

۳- شرح قانون الاجراءات المدنیه، ص ۴۱۴.

کدام ترتیب خاص وجود ندارد تا در طرح این دفع از آن پیروی بعمل آید، و تنازل از دفع باتقدیم دفع دیگر در نظر گرفته نمی شود مادام که هر دو دفع در تعارض و تناقض واقع نگردد، همچنان سکوت از طرح دفع موضوعی در محکمه ابتدائیه این حق را در محکمه استیناف ساقط نمی سازد.

طوری که درین مسئله مشاهده می گردد این است چون این مسئله به ذات حق تعلق دارد لذا جواز خواهد داشت طرح آن در هر مرحله از دعوی حتی بعد از صدور حکم زیرا مقید کردن آن به قبل از صدور حکم منجر به سپردن حق به غیر ذیحق می گردد.

خلاصه کلام اهل قانون:

طرح دفع موضوعی در هر وقت جواز دارد حتی در قسمت پایانی محاکمه، زیرا این دفع متعلق به حق می باشد که موارد ذیل به آن مرتب می شود:

(۱) مدعی بالدفع میتواند به دفع موضوعی در تمام مراحل دعوی به آن تمسک نماید. (مرحله ابتدائیه و استیناف و تمیز)

(۲) محکمه نمی تواند که دفع موضوعی را طرح کند مگر اینکه به نظام عام تعلق داشته باشد.

(۳) دفع موضوعی دائما بدون قید و شرط قابل طرح می باشد.

(۴) مدعی بالدفع میتواند به دفع موضوعی متعدد تمسک نماید طوری که در یک جلسه یک نوع دفع موضوعی را مطرح کند و در جلسه بعدی نوع دیگری آنرا البته این تعدد بمعنای تنازل از دفع اول پنداشته نمی شود. (۱)

مطلب سوم: وقت دفع خصومت (دفع بعدم قبول دعوی) به نزد فقهاء و اهل قانون

جزء اول: دفع خصومت به نزد فقهاء

۱ - هندی بدندی، قانون المرافعات، ص ۶۴۲-۶۴۴ و تمیز قانون المرافعات، ص ۲۶۲ و انطاکی، ص ۲۰۸-۲۰۹ و عبدالعزیز خلیل، بحوث فی قواعد المرافعات والقضاء فی الاسلام، ص ۸۲-۸۵، دار الفکر العربی، طبعه ۱۹۷۸، صاوی، الوسیط، ص ۲۱۰-۲۱۲.

تحریر محل نزاع:

اولاً: فقهاء به جواز دفع خصومت قبل از شروع اقامه بینه اتفاق نظر دارند.
ثانیاً: فقهاء به عدم جواز دفع خصومت بعد از شروع اقامه بینه اختلاف نظر دارند
همچنان بعد از حکم که این موارد قرار ذیل میباشد:

به نزد فقهاء حنفی^(۱) و مالکی این دفع در هر مرحله ای از مراحل دعوی قبل از حکم جواز دارد.^(۲) خواه قبل از بینه باشد یا بعد از سماع بینه مدعی باشد.^(۳) مانند اینکه شخص بالای دیگر دعوی و مطالبه عین نماید پس بالای مدعی علیه لازم است تا دفع خویش را قبل از از اینکه مدعی شاهدان خویش را منحیث دلیل معرفی نماید و یا هم بعد از سماع بینه وی تقدیم کند. ولی زمانیکه این دفع بعد از صدور حکم مطرح می گردد فقهاء حنفی و مالکی جانب عدم قبول این دفع را ترجیح میدهند. در تعلیل این اختلاف اظهار میدارند: اگر مدعی علیه در دفع کردن خصومت از خویش الی بعد از حکم تاخیر کند این حکم در تمام مراحل صحیح میباشد زیرا حسب ظاهر حکم بالای خصم اقامه گردیده است لذا بعد از این نمی تواند که بگوید وی در مدعی به، ید امانت است.

دکتور محمد نعیم یاسین گفته که این تعلیل کافی نیست زیرا به ثبوت دفع معلوم میگردد که دعوی بالای غیر خصم شرعی اقامه گردیده و در برگیرنده تمام شروط شرعی دعوی نبوده از این جهت این حکم صحیح نمی باشد باید دفع مدعی علیه بعد از حکم نیز قبول گردد.^(۴)

۱ - پیروان مذهب امام ابوحنیفه، نعمان بن ثابت در سنه ۸۰ قمری تولد و در سنه ۱۵۰ قمری شهید گردیده است فقیه و متکلم نامدار کوفه و پایه گذار مذهب حنفی از مذاهب چهارگانه اهل سنت. حنفیان او را امام اعظم و سراج الأئمه لقب داده اند. اتفاق منابع بر آن است که ابوحنیفه خود در خانواده ای مسلمان شهر کوفه نشأت یافته است. دائره المعارف جلد: ۵ ص ۲۱۳۰.
۲ - حاشیه منحه الخالق علی البحر الرائق، ۲۳۰/۷، ابن فرحون، تبصره الحکام، ۱/۱۲۹.
۳ - الکاسانی، بدائع الصنائع، ۶/۲۲۴.
۴ - محمد نعیم یاسین، نظریه الدعوی، ص ۶۱۲.

و اما به نزد شافعی ها^(۱) دفع خصومت تنها قبل از شروع اقامه بینه از جانب مدعی جواز دارد، حتی گفته اند: و قتی که مدعی یک شاهد را بالای ملکیت عین اقامه نماید، و قبل از اكمال شهادت مدعی علیه به دفع خصومت پردازد و بگوید که این عین ملک وی نمی باشد بلکه از زوجه اش میباشد این دفع مدعی علیه قبول نمی شود بلکه از مدعی طلب اكمال شهود بعمل می آید تا اینکه با شروط آن را تمام کند و در خصوص مدعی به، به نفع اش حکم صادر شود. بعداً زوجه اش میتواند که علیه وی اقامه دعوی عین کند چون مدعی علیه به سکوت اش الی شروع اقامه بینه مقصر بوده از تقدیم دفع منع کرده می شود.^(۲) خلاصه اینکه به نزد شافعی ها دفع بعد از شروع بینه و بعد از صدور حکم جواز ندارد.^(۳)

جزء دوم: وقت دفع خصومت در قانون اصول محاکمات مدنی:

قانون اصول محاکمات افغانستان در زمینه از رای جمهور فقهاء پیروی نموده باین معنی که دفع را قبل از دوران دعوی قابل قبول دانسته و این حکم را در ماده (۲۱) تحت اعتراضات ابتدائی گنجانیده است بند (۳) ماده متذکره چنین تصریح میدارد: ۳- متوجه نبودن ادعای مندرج عریضه بر مدعی علیه که بعضی موارد این ماده بیانگر دفع خصومت قبل از دوران دعوی میباشد.

۳- وقت دفع بعدم خصومت به نزد اهل قانون:

فقهاء در این نوع دفع اختلاف نظر دارند بعضی شان این دفع را داخل دفع موضوعی میدانند و بعضی شان آنرا داخل دفع شکلی، یک رای دیگر نیز وجود دارد که دو نوع از دفع عدم قبول را بیان میدارد که این آراء قرار ذیل میباشد.

رای اول: قانون جدید مصری و قانون مراعات عراقی و قانون فرانسه به جواز طرح این دفع در هر مرحله دعوی خواه مرحله ابتدائیه باشد یا مرحله استیناف

۱- پیروان امام شافعی ابو عبدالله بن ادریس الشافعی متولد سنه ۱۵۰ و متوفی سنه ۲۰۴ هـ ق میباشد سوم امام اربعه اهل السنه والجماعه صاحب مذهب شافعی در فقه اسلامی میباشد مؤسس علم اصول فقه همچنان امام در علم تفسیر و علم حدیث میباشد به صفت قاضی ایفای وظیفه نموده به عدل و ذکاء شناخته می شد امام مالک در مورد وی فرموده (کان الشافعی کالشمس للدنیا) سیر اعلام النبلاء ۷/۱۴۰.

۲- تحفه المحتاج، مرجع سابق ج ۱، ص ۳۰۸..

۳- تحفه المحتاج ۱/۳۰۹.

قایل هستند، و این دفع را از جمله دفع موضوعی میدانند که (۱) مقنن اردنی نیز از ایشان پیروی نموده است. (۲)

رای دوم: مقنن فرانسوی دریکی از مصوبات قدیم این دفع را به دفع شکلی پیوست نموده چنین تصریح میدارد: لازم است تا طرح این دفع قبل از تکلم در موضوع دعوی تعیین گردد، به اساس اینکه این نوع دفع از جمله دفع لاحق به دفع شکلی میباشد زیرا در این دفع به موضوع دعوی اصلاً تماس گرفته نمی شود. (۳)

رای سوم: دو نوع از دفع بعدم قبول را بیان میدارد:
نوع اول: دفع که بموضوع دعوی تعلق دارد مانند انتفاء مصلحت، و دفع به حجیت شی محکوم به.

نوع دوم: دفع که بموضوع دعوی تعلق نداشته باشد بلکه به امور خارج از آن متعلق باشد مانند استناد به دفع سقوط حق دعوی نسبت انقضاء مدت یا میعاد قانونی. (۴)

رای چهارم: به نزد بعضی شراح اقتضاء میکند که تعیین وقت دفع بعدم قبول قبل از هر چیز باید باشد و هر دفع که به صورت عام در آن به عدم شرط از شروط دعوی استناد شده باشد دفع بعدم قبول دعوی پنداشته نمی شود بلکه لازم است تا تفریق بین هر دو نوع شروط قرار ذیل بعمل آید:

نوع اول: آنکه مرتبط باشد به حق مدعی به، مانند شرط مصلحت که این دفع در واقع امر دفع بعدم استناد دعوی به حق مستحق الاداء میباشد، که در حقیقت دفع موضوعی میباشد گرچه مرتبط است به شرط از شروط دعوی. (۵)

۱- ضیاء الدین شیت، قانون المرافعات العراقی، ص ۶۳، ابوالوفا، نظریه الدعوی، ص ۸۱۳، محمد نعیم یاسین، نظریه الدعوی، ص ۶۱۵.
۲- مفلح القضاء، اصول المحاکمات المدنیه، ص ۲۶۵.
۳- ابوالوفا، نظریه الدعوی، ص ۸۱۵.
۴- احمد مسلم، اصول المرافعات، ص ۵۶۹.
۵- ابوالوفا، نظریه الدعوی، ص ۷۹۳.

نوع دوم: عبارت از شروط میباشد که دفع بعدم توافریکی از آن شروط بعمل می آید که این دفع بعدم قبول دعوی نامیده میشود.^(۱)

خلاصه قول اهل قانون: طرح دفع بعدم قبول در هر حال دعوی جواز دارد بنابراین حق دفع به تماس موضوع ساقط نمی گردد چنانچه شرط گذاشته نشده که دفع بعد از قبول شدن آن طرح گردد.^(۲)

همچنان از خلال این مطلب به این نتیجه میرسیم که دفع خصومت همان دفع بعدم قبول دعوی میباشد که در مؤلفات قانونی به آن گاه بنام دفع بعدم خصومت و گاهی هم بنام دفع بعدم قبول دعوی اشاره می شود.

مبحث چهارم: وقت دفع شکلی به نزد فقهاء و اهل قانون

از آنجائیکه وقت دفع شکلی به نزد فقهاء کرام و اهل قانون باهم متفاوت میباشد بنابراین موضوع را ذیلا مورد بحث قرار می دهیم:

مطلب اول: وقت دفع شکلی به نزد فقهاء

فقهاء نسبت ضیقی محل تطبیق دفع شکلی در نظام مراجعات اسلامی احکام آنرا ذکر نکرده اند مگر دیده میشود که وقت آن قبل از جواب دعوی مبنی بر اقرار یا انکار و یا هم دفع میباشد و اگر در دفع الی ما بعد جواب تاخیر بعمل آید دلالت به رضاء وی به امر واقع میکند، پس دفع وی رد میشود. اگر مدعی علیه بگوید من جواب دعوی را نمی دهم به دلیل اینکه اراده تحاکم را به نزد قاضی حنفی دارم موضوع به حاکم که نزد وی اراده مخاصمه گردیده راجع میگردد.

از مفهوم این نص معلوم میشود که دفع بعدم اختصاص قاضی قبل از جواب دادن به دعوی مدعی میباشد.^(۳)

۱- محمدنعیم، نظریه الدعوی، ص ۶۱۶.

۲- صاوی، الوسیط، ص ۲۳۳ و مابعدها، هنری، قانون المرافعات، ص ۶۵۳ و مابعدها و العشماوی، قواعد المرافعات، ۲/۲۰۳ و مابعدها.

۳- محمد نعیم، نظریه الدعوی، ص ۶۱۳.

موضوع وقت دفع شکلی را به نزد فقهاء بخاطر ذکر نمودیم که فقهاء دفع شکلی مستعمل و معاصر را نفی مینمایند زیرا ایشان از دفع شکلی تعریف خاص خود را دارند و مطابق تعریف که به اختصاص قضاء ارائه میکنند لازم میدانند التزام را به آن.

مطلب دوم: وقت دفع شکلی به نزد اهل قانون

اهل قانون اتفاق نظر دارند بر اینکه لازم است تا طرح دفع شکلی قبل از آغاز خصومت یعنی قبل از پرداختن به دفع موضوعی بعمل آید که این یک اصل است، زیرا این دفوع به اجراءات شکلی تعلق دارد که این وسائل بغرض تضمین مناقشه و بحث دعوی مشروع گردیده است.^(۱)

البته موارد آتی از این مستثنی میباشد:

الف: دفوع شکلی ای که به نظام عام متعلق باشد طرح آن در هر مرحله ای دعوی جواز دارد و وقت آن مقید به وقت معین نمی باشد،^(۲) باین معنی که دفوع ای که متعلق به نظام عام نباشد لازم است تا قبل از جواب دادن موضوع دعوی مطرح گردد و اگر قبل از جواب دادن موضوع دعوی مطرح نگردد این حق ساقط میگردد.

ب: حالت اطلاع مبنی بر مطالبه تاجیل دعوی بمنظور تقدیم مستندات از جانب خصوم، زیرا درین صورت این حق بعد از تقدیم مستندات بمیان می آید. و اگر یکی از خصوم به رد این مستندات بپردازد حق وی در این دفع ساقط میگردد.^(۳)

محمد عبدالله الظاهر بیان داشته که دفوع شکلی لازم است تا یک مرتبه قبل از پرداختن به موضوع دعوی بعمل آید در غیر آن این حق ساقط میگردد، مانند دفوع متعلقه به بطلان که به نظام عام مرتبط نباشد، و سائر دفوع متعلقه به اجراءات غیر مرتبط به نظام عام، همچنان دفع بعدم اختصاص مکانی، (فقدان صلاحیت حوزوی) اما دفوع که متعلق به نظام عام باشد جواز دارد طرح آن در هر مرحله

۱- محمد نعیم، مرجع سابق، ص ۶۲۱ و ابوالوفا، نظریه الدفوع، ص ۱۴۷.

۲- ابوهیف، المرافعات المدنیه، ص ۲۸۶.

۳- ابوهیف، المرافعات المدنیه، ص ۲۸۶.

دعوی بلکه محکمه خود این صلاحیت را دارد که بدون طرح خصمین به آن پردازند.^(۱) نظام حقوق افغانستان در رابطه به دفع شکلی عیناً از اهل قانون پیروی نموده است. طور مثال: ماده (۸۱) قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان تصریح میدارد: دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل میگردد. هرگاه مدعی در محکمه ای که مدعی علیه در آن سکونت ندارد عارض گردد مدعی علیه حق دارد تا به دفع شکلی مبنی بر عدم صلاحیت حوزوی محکمه متوسل گردد، اما در صورتیکه در شروع خصومت به دفع شکلی نمی پردازد و به دعوی مدعی جواب ارائه میکند حق اعتراض وی ساقط میگردد. چون صلاحیت حوزوی محکمه متعلق به نظام عام نیست توافق بر خلاف آن جواز دارد. ولی اگر موضوع صلاحیت موضوعی مطرح باشد مانند اینکه دو نفر توافق کنند تا دعوی مدنی خودها را در دیوان جزاء حل و فصل نمایند. چون درین مورد توافق برخلاف نظام عام میباشد جواز ندارد. و در هر مرحله خصمین و یا در صورت اغفال خصمین محکمه نیز میتواند چنین دفع را مطرح و حکم را باطل سازند.^(۲)

۱- محمدالظاهر، شرح قانون اصول المحاکمات المدنیه، ص ۳۹۴.
۲- قانون اصول محاکمات مدنی، ماده: ۸۱.

مطلب سوم: مثال تطبیقی



امارت اسلامی افغانستان
ریاست محکمه مرافعه ولایت کابل
محکمه ابتدائیه
دیوان مدنی

مورخ / /

قرار قضایی شماره :

مدعی : ولد ولد شغل و محل آن اقامتگاه

مدعی علیه : ولد ولد شغل و محل آن اقامتگاه

موضوع دعوی :

نمیرسند نیابت تاریخ و محل صدور آن:

دلوی خدای په نامه

در جلسه قضایی مورخ بریاست و عضویت و در رابطه به دعوی اقامه

شده ذیلاً رسیدگی بعمل آمد :

اجراءات اداری : اوراق قضیه ذریعہ صادرہ مورخ ریاست واصل و قید شماره

.....

مورخ کتاب ثبت اجراءات قضایی دوسیه های حقوقی میباشد .

ارزیابی ، دلایل و تصمیم قضایی :

با توجه به اوراق دوسیه مدعی ضمن استدعائیه رسمی مطبوع شماره ادعای مبلغ افغانی وجه قرض حسنه را بر معروض علیه نموده و معروض علیه مذکور، طی اعتراض ابتدائی اش اقامتگاه قانونی خود را باغبان کوچه مربوط ناحیه اول شهر کابل متذکر شده و افزوده که دیوان مدنی محکمه ابتدائیه حوزه سوم شهر کابل در رسیدگی قضیه ذیصلاح نمی باشد و مستدعی نیز در استدعائیه متذکره اش اقامتگاه قانونی معروض علیه را باغبان کوچه تحریر نموده و وکیل گذر مربوط هم اقامتگاه مذکوره معروض علیه را تصدیق نموده است .
بناء نظر باینکه :

-بموجب تصدیق مستدعی و وکیل گذر مربوط اقامتگاه معروض علیه در منطقه باغبان کوچه ناحیه اول شهر کابل تثبیت گردیده .

-بموجب ماده (۸۱) قانون اصول محاکمات مدنی محکمه ذیصلاح در رسیدگی قضیه ، محکمه محل سکونت مدعی علیه دانسته شده .

هیئت قضایی اعتراض ابتدائی معروض علیه را وارد دانسته و تصمیم ذیل را در زمینه اتخاذ نمود .

نص قرار: ماهیئت قضایی دیوان مدنی محکمه ابتدائیه حوزه سوم شهر کابل در جلسه منعقدہ تاریخی به حضور طرفین دعوی ، باتفاق آراء ، بنابر دلایل فوق ، طبق ماده (۸۱) قانون اصول محاکمات مدنی به عدم صلاحیت این دیوان در رسیدگی و انفصال دعوی مورد بحث تصمیم اتخاذ نمودیم . دوسیه به دیوان مدنی محکمه ابتدائیه حوزه اول شهر کابل که معروض علیه در حوزه قضایی آن اقامت دارد ارسال شود . قرار صادره قطعی نبوده و طبق فقره (۱) ماده (۲۳) قانون اصول محاکمات مدنی قابل اعتراض در پیشگاه محکمه فوقانی میباشد. (۱)

۱- اسناد و مصوبات کنفرانس ملی قضایی - ۱۳۹۰، ط، ستره محکمه . ص : ۳۱۵-۳۱۶ .

.....
قاضی دیوان

.....
قاضی دیوان

.....
رئیس دیوان مدنی محکمه ابتدائیه حوزه سوم شهر کابل

مطلب چهارم: اجزای دفع مدنی و نمونه آن

الف: اجزای دفع دعوی مدنی

تحریر دفاعیه در مقابل صورت دعوی مدعی بالاصاله یا مدعی بالوکاله از حقوق مدعی علیه بوده که میتواند خودش یا هم توسط وکیل منتخب اش به شکل تحریری به محکمه ایکه دعوی تحت رسیدگی آن قرار دارد تقدیم نماید.

اجزای دفاعیه مدنی: ۱- جزء مقدمه ۲- ذکر مدعی بها ۳- جریان دعوی ۴- وسایل اثبات و رد دلایل مدعی ۵- تقاضا از محکمه.

۱- جزء مقدمه دربرگیرنده معرفی مکمله مدعی علیه، مدعی و وکیل منتخب اش بوده که دارای اهلیت شرعی و قانونی خویش بوده و همچنان به وکالت از موکل اش صورت دعوی مدعی بالاصاله و یا مدعی بالوکاله را درپیشگاه محکمه دفع مینماید. ۲- ذکر مدعی بها در صورتیکه عقار باشد ذکر حدود اربعه و در صورتیکه منقول باشد ذکر نوع و جنس آن.

۳- وسایل اثبات و رد دلایل دعوی - در این جزء دفع دعوی وکیل دفع دعوی وسایل دفع دعوی و همچنان رد دلایل مدعی را از نظر شرعی و قانونی دفع تحریر و تحلیل مینماید.

۴- جریان دعوی - در این جزء وکیل دفع دعوی خواسته های موکل اش را ارائه و تحریر مینماید ۵- تقاضا از محکمه - در آخر دفع دعوی وکیل دفع دعوی از محکمه در حصه موکل اش تقاضا میکند.^(۱)

ب: نمونه دفاعیه مدنی

دفاعیه

حضور محترم رئیس صاحب و اعضای محترم محکمه ابتدائیه و لسوالی بگرامی!

السلام علیکم...

اینجانب علی جان و محمد جان وکیل دفع دعوی منتخب اسامی جمال خان ولد گلاجان ولدیت سیداجان باشنده اصلی و فعلی قریه کمری و لسوالی بگرامی ولایت کابل که به اساس وکالت خط (۳۷) صادره محکمه ابتدائیه بگرامی تعیین و مقرر شده ام، در حالیکه از اهلیت کامل شرعی و قانونی خویش برخوردار بوده و میباشم وکالتاً از طرف موکل خویش که شهرت وی در فوق ذکر گردیده و دارای اهلیت کامل حقوقی بوده و میباشد دفاعیه خویش را در مقابل صورت دعوی مدعی

۱- شرح وکلای مدافع و اساسنامه، ط مرکز مستقل ملی آموزش حقوقی، ص ۵۶.

بالوکاله اسامی کمال ولد عنایت الله ولد کفایت الله دعوی اسامی نوید ولد جاوید ولد سیداجان که او نیز متصف به عین صفات بوده و میباید به حضور شما هیئت قضایی محترم این محکمه به شرح ذیل به دفع صحیح مطابق حکم ماده (۳۴۷) قانون اصول محاکمات مدنی میپردازم:

صورت دعوی مدعی بالوکاله یک ادعای ناحق بوده که از واقعیت امر چشم پوشی مینماید. بخاطریکه زمین که اکنون تحت تصرفات مالکانه و حقیقی موکل من میباید همین زمین محدوده شده صورت دعوی را از پدر مدعی در سال (۱۳۶۸) به اساس سند عرفی در حالیکه پدر موصوف باهوش و عقل و دارنده جمیع تصرفات شرعی اش بوده در حضور داشت جمعی از مسلمین به بیع بات قطعی در بدل مبلغ (۱۳۰۰۰) افغانی پول رایج الوقت به نفع موکل من اقرار نمود زمین متذکره را در حالیکه خالی از حق الغیر بوده تسلیم موکل من نموده که در آن زمان همین موکل مدعی بالوکاله حاضر بوده و چندین سال تصرفات مالکانه من را مشاهده می نمود که اینک سند خرید زمین متذکره را در دست دارم که مطابق ماده (۳۸۹) قانون اصول محاکمات مدنی دلیل اثبات می باشد.

و همچنان مطابق حکم بند سوم ماده (۳۴۷) این قانون صورت دعوی مدعی بالوکاله را باطل دانسته توجه هیئت محترم قضایی را خواهانم.

الف: - مدعی بالوکاله مذکور در صورت دعوی اش از سند مالیه دهی به نام پدرکلان موکل اش یاد نموده البته این یک واقعیت است که زمین متذکره به نام پدرکلان موکل مدعی بالوکاله میباید به خاطریکه زمین فوق را موکل من از پدر موکل مدعی بالوکاله به اساس سند عرفی خریداری نموده و این موضوع به هیئت محترم قضایی بیشتر معلوم است که در اجرای سند عرفی مدیریت املاک مبیعه عقاری از نام بایع به نام مشتری وضع نمی گردد. مگر اینکه سند شرعی محکمه به اساس مکتوب رسمی محکمه صادر گردد. بناء این سند مالیه دهی یک سند باطل بوده که به اساس حکم ماده (۶) قانون امور زمین داری اسناد مالیه دهی زمانی سند مدار اعتبار قرار می گیرد که مبطل آن موجود نباشد در این جا سند

مذکور سند تاریخی ۱۳۶۸/۸/۱۳ این جانب میباشد که پدر موکل مدعی بالوکاله به رضایت عام و تام خود صادر نموده.

ب:- مدعی بالوکاله در صورت دعوی اش از تصرفات مالکانه موکل اش نام برده این در حالی است که الی زمانیکه زمین متذکره را موکل من به بیع بات قطعی از پدر کلان موکل مدعی بالوکاله خریداری نموده موصوف تصرفات داشته اما بعد از آن طوریکه شاهدان و پلوان شریکان زمین متذکره در جریان هستند کدام تصرف دیگری نداشته بلکه خودش به چشم سر تصرفات مالکانه موکل ام را مشاهده نموده است و زمین را به من واگذار شده بوده و به آن رضایت نشان داده که خود این موضوع نیز مطابق حکم ماده (۳۱۳) قانون اصول محاکمات مدنی دلالت به حق من می نماید.

ج:- همچنان مدعی بالوکاله از اهالی و پلوان شریکان نام برده که به مورثی بودن زمین متذکره ادای شهادت نموده اند، شهادت شان به مورثی بودن زمین بوده نه به این که حالا زمین حق کی می باشد هرگاه هیئت محترم قضایی در مورد از شاهدان محل و پلوان شریکان سوال نماید آنها می گویند که زمین اصلا مورثی بوده و در سال (۱۳۶۸) همین زمین به اساس یک عقد صحیح و قطعی برای موکل من مدعی بالدفع بوده و میباشد که مطابق حکم ماده (۳۴۷) قانون اصول محاکمات مدنی دلایل اثبات بوده و سند عرفی تاریخی - / - / - ۱۳۶۸ موکل ام مطابق حکم ماده (۲۸۹) قانون مذکور و حکم ماده (۶) قانون امور زمین داری دلیل اثبات بوده و می باشد. بنا از شما هیئت قضایی محترم محکمه ابتدائیه و لسوالی بگرامی تقاضا دارم تا برویت دلایل فوق حکم خویشرا به رد دعوی مدعی بالوکاله کمال و موکل اش نوید نام اصدار خواهند نمود. (۱)

بالاحترام

۱- همان، ص ۵۷ و ۵۸.

فصل سوم: وکالت

درین فصل تعریف وکالت، مصادر مشروعیت وکالت، ارکان وکالت، شرایط وکالت، آثار و انواع آنرا ذیلاً مورد تحلیل قرار میدهیم:

مبحث اول: تعاریف و کلیات

مطلب اول: تعاریف

الف- تعریف لغوی وکالت: وکالت به فتح و کسر واو مصدر بوده که در لغت معنای حفظ، نگهدارندگی، کارسازی، تفویض و اعتماد است.^(۱) (الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ)^(۲) {همان کسانی که [برخی از] مردم به ایشان گفتند مردمان برای [جنگ با] شماگرد آمده اند پس از آن بترسید ولی این سخن بر ایمانشان افزود و گفتند خدا ما را بس و نیکو حمایتگری است}. (رَبُّ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ لَا

^۱-بدائع الصنائع، ج ۱، ص ۱۹ - درالمختار، ج ۴، ص ۴۱۷ و تبیین الحقائق، ج ۴، ص ۲۵۴.
^۲-سوره آل عمران الآية: ۱۷۳

إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلاً^(۱))) [اوست] پروردگار خاور و باختر خدایی جز او نیست پس او را کارساز خویش اختیار کن.))

ب-تعریف اصطلاحی وکالت: عبارت از تفویض تصرف از جانب شخصی در حال حیاتش به دیگری در امور نیابت پذیری که شخص، خود حق انجام آنرا داشته باشد. به عبارت دیگر وکالت عبارت از آنست که کسی در تصرف جایز و معلوم، دیگری را به جای خود بگمارد ماده (۱۲۲۹) مجله الاحکام العدلیة در تعریف وکالت تصریح میدارد: (وکالت عبارت از اینست که شخصی صلاحیت اجرای کار خود را به دیگری بسپارد و او را در این مورد قائم مقام خود گرداند که تفویض کننده صلاحیت را (موکل) شخصی که به او صلاحیت تفویض گردیده (وکیل) و موضوع تفویض شده را (موکل به) می گویند.

ج-تعریف قانونی وکالت: به موجب قانون مدنی افغانستان وکالت عقدیست که به موجب آن موکل، شخص دیگری را در تصرفات قانونی و معلومی قائم مقام خود می سازد که این تعریف قانون مدنی منطبق با تعریفی است که مرحوم دکتر وهبة الزحیلی آنرا در صفحه ۴۰۵۵، جلد پنجم کتاب مشهورش (الفقه الاسلامی وادلته) آورده است.^(۲)

د- برخی از مصطلحات متعلق به وکالت:

۱- **موکل:** تفویض کننده صلاحیت را گویند.

۲- **وکیل:** شخصی که به او تفویض صلاحیت شده است.

۳- **موکل به:** موضوع تفویض شده را گویند.

مطلب دوم: کلیات

الف- مصادر مشروعیت:

چون عمل وکالت مورد نیاز مردم است، شرع آن را جایز دانسته است. زیرا هر انسانی قادر نیست تا کارهای خویشرا مستقیماً خودش انجام دهد. بنابراین، نیازمند است تا دیگری را

۱- سوره المزمّل الآیه: ۹
۲- ماده ۱۵۵۴ قانون مدنی.

به جای خود بگمارد تا او آن کار را به نیابت از او انجام دهد. مشروعیت وکالت بر مبنای قرآن کریم، سنت پیامبر صلی الله علیه وسلم و اجماع امت ثابت است.

۱- قرآن کریم: (وَكَذَلِكَ بَعَثْنَاهُمْ لِنِسَاءَهُمْ رَبِّنَّهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ كَمْ لَبِئْتُمْ قَالُوا لَبِئْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِئْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا)^(۱) ((واین چنین بیدار شان کردیم تا میان خود از یکدیگر پرسش گوینده ای از آنان گفت چقدر مانده اید گفتند روزی یا پاره ای از روز را مانده ایم سرانجام گفتند پروردگارتان به آنچه مانده اید دانایتر است اینک یکی از خودتان را با این پول خود به شهر بفرستید تا ببیند کدام یک از غذاهای آن پاکیزه تر است و از آن غذایی برایتان بیاورد و باید زیرکی به خرج دهد و هیچ کسی را از حال شما آگاه نگرداند)) که این وکالت به شراء است. همچنین، خداوند جل جلاله فرموده است که حضرت یوسف علیه السلام به سلطان گفت: (قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمِ)^(۲) ((یوسف علیه السلام گفت: مرا بر خزانه های این سرزمین بگمار که من نگهبانی دانا هستم)) همچنین خداوند متعال فرموده است (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)^(۳) ((اگر نگران جدایی میان آنان بودید، حکمی از خانواده مرد و حکمی از خانواده زن برای تصمیم گیری در مورد آشتی و یاجدایی به نزد آنها بفرستید.)) طبق این آیه حکمان وکلای زوجین تلقی می گردند.

۲- سنت نبوی (صلی الله علیه وسلم): مشروعیت وکالت بر مبنای سنت پیامبر گرامی اسلام نیز ثابت است. زیرا، درین مورد احادیث متعددی وارد شده است از جمله آمده است که: (وعن عروة البارقی رضی الله عنه: ان رسول الله صلی الله علیه وسلم بعث معه بدینار یشتری له اضحیه)^(۴) (عروه بارقی رضی الله عنه می گوید: پیامبر صلی الله علیه وسلم مرا با یک دینار فرستاد؛ تا برایش قربانی بخرم) (وعن ابی هریره رضی الله عنه قال: بعث رسول الله صلی الله علیه

۱- سوره الکهف الایه: ۱۹

۲- سوره یوسف الایه: ۵۵

۳- سوره النساء الایه: ۳۵

۴- اخرجہ البخاری (فتح الباری ۶/۶۳۲ ط السلفیه)

وسلم عمر علی الصدقه^(۱) ابوهریره رضی الله عنه می گوید: رسول خدا صلی الله علیه وسلم عمر را برای جمع آوری صدقه فرستاد و عن جابر رضی الله عنه: ان النبی صلی الله علیه وسلم نحر ثلاثا وستین و امر علیا ان یذبح الباقی^(۲) (جابر رضی الله عنه می گوید: پیامبر صلی الله علیه وسلم در حجت الوداع^(۳) شتر را به دست خود ذبح کرد، و به علی رضی الله عنه دستور داد تا باقیمانده را قربانی کند).

3- اجماع: امت بر جواز وکالت اجماع نموده اند؛ زیرا گاهی یک شخص نمی تواند همه امورات خویش را انجام دهد و لذا به وکیل نیاز پیدا میکند که بهمین دلیل و به دلیل آنکه آموزش مختل و معطل قرار نگیرند وکالت مشروعیت یافته و نیز از روی حاجتی که بدان از طرف مردم محسوس است.^(۴)

مبحث دوم: ارکان، شرایط و موانع وکالت

مطلب اول- ارکان وکالت: در مورد ارکان وکالت نیز همانند سایر عقود، علماء بر دو نظر اند:

1- فقهای حنفیه بر این باور اند که ارکان عقد وکالت ایجاب و قبول است.^(۵) مضاف بر آن اجازه و امر، حکم وکیل را داشته و فرستادن در حکم وکیل نیست.^(۶) ۲- جمهور فقهاء میگویند که وکالت دارای چهار رکن است: ۱- موکل. ۲- وکیل. ۳- موکل فیه یا موکل به. ۴- صیغه وکالت.^(۷) که هر یک را ذیلا تعریف می نماییم:

۱- موکل

موکل شخصی است که دیگری را جهت تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود می سازد.

۲- وکیل

به شخصی گویند که تصرفی جایز و معلوم از سوی دیگری برای انجام به او سپرده شده است.

۳- موکل به

۱- السنن الکبری للبیهقی، ۴/۱۱۱.
۲- رواه مسلم، ص ۱۲۱۸.
۳- فتح القدیر، ج ۶، ص ۳.
۴- ماده ۱۲۵۱ مجله الاحکام.
۵- ماده ۱۵۵۸ قانون مدنی و ماده ۱۲۵۲ مجله الاحکام.
۶- الفقه الإسلامی و ادلته، ج ۵، صص ۴۰۵۶ و ۴۰۵۷.

موکل به عبارت از چیزی است که موضوع وکالت قرار گیرد.

۴- صیغه

صیغه عبارت از ایجاب و قبول است.

مطلب دوم- شرایط ارکان وکالت: ارکان وکالت دارای یک سلسله شرایطی است که برخی به موکل، برخی به وکیل، بعضی به موضوع وکالت، برخی به صیغه وکالت و عده ای به اجرت وکالت تخصیص یافته اند:

الف- شرایط متعلق به موکل: شرایط مربوط به موکل را میتوان از دو بُعد در نظر گرفت:
- شرایط فقهی موکل مطابق فقه احناف:

۱- موکل باید عاقل باشد، پس توکیل مجنون صحت ندارد.

۲- موکل باید در آنچه وکیل می گیرد، مالک همان مال بوده باشد.^(۱)

۳- موکل باید به ایفای موکل به قادر باشد.^(۲)

- شرط قانونی موکل: ماده (۱۵۵۵) قانون مدنی افغانستان با اقتباس از فقه حنفی می گوید:
(شرط است که موکل شخصاً در مورد آنچه وکیل می گیرد، صلاحیت تصرفات قانونی را دارا بوده و....).

ب- شرایط مربوط به وکیل:

شرایط مربوط به وکیل را نیز میتوان از ابعاد ذیل بررسی نمود:

- شرایط فقهی وکیل: احناف برای وکیل شروط ذیل را حتمی دانسته اند:

۱- وکیل باید عاقل باشد یعنی معنای عقد را بتواند درک کند، مثلاً مفهوم خرید و فروش را بداند.

۲- وکیل باید در ارتباط به وکالت تصمیم و قصد جدی داشته و عقد را به شوخی نگیرد.

^۱- تکملة فتح القدیر، ج ۶، ص ۹۷ و المبسوط، ج ۱۹، ص ۱۹.
^۲- ماده ۱۲۵۷ مجلة الاحکام.

۳- وکیل باید شخص معلوم و معین باشد نه اینکه دوشخص را بگوید یکی از شما وکیل من باشد.

۴- وکیل باید موکل خود را بشناسد یعنی وصف و یا شهرتش به او معلوم باشد.^(۱)

-**شرایط قانونی وکیل:** بعد قانونی را میتوان به دو بخش تقسیم نمود:

-**شرایط وکیل در قانون مدنی:** قانون مدنی افغانستان شروط ذیل را برای وکیل حتمی دانسته است:

۱- قانون مدنی افغانستان در مورد شرایط مربوط به وکیل، نظر احناف را اختیار نموده اند چنانچه جزء اخیر ماده (۱۵۵۵) آن می گوید: (وکیل هم کسی باشد که معنی عقد را بداند).

۲- ضمناً در ماده (۱۵۵۶) قانون مدنی آمده است: (علم وکیل به وکالت شرط می باشد، در صورتیکه وکیل بعد از آگاهی به وکالت، آنرا رد نماید، وکالت رد گردیده پس از آن تصرف وکیل صحت ندارد).

-**شرایط وکیل در قانون وکلاء مدافع:** ماده ششم قانون وکلای مدافع افغانستان برای وکیل علاوه از دو شرط مندرج مواد (۱۵۵۵ و ۱۵۵۶) قانون مدنی، شروط ذیل را نیز در مورد وکیل شرط دانسته است:^(۲)

۱- باید تابعیت افغانستان را داشته باشد.

۲- به جرم جنایت محکوم نشده باشد.

۳- سند فراغت از پوهنهی شرعیات یا حقوق و یا بالاتر از آن از داخل یا خارج کشور را بعد از ارزیابی و تائید وزارت تحصیلات عالی داشته باشد.

^۱- تکملة فتح القدیر، ج ۶، ص ۹۷.
^۲- قانون وکلای مدافع، ماده: ۶.

۴- دوره معینه ستاژ وکالت را سپری و تصدیق آنرا مطابق احکام اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع بدست داشته باشد.

۵- شخصی که حد اقل مدت سه سال در رشته های مسلکی قضاء، حارنوالی و عدلیه طور بالفعل خدمت نموده باشد، مکلف به سپری نمودن دوره معینه ستاژ نمی باشد.

۶- حایز سند فراغت از مدارس دینی رسمی کشور یا معادل آن در صورتی می تواند به وکالت دفاع اشتغال ورزد که علاوه بر شرایط مندرج اجزای (۱ - ۲ و ۳) فقره اول این ماده حد اقل سه سال کار عملی را تحت نظر یکی از وکلای مدافع دارنده جواز انجام داده باشد.

۷- اشخاص واجد شرایط ماده پنجم قانون وکلای مدافع جواز فعالیت خویش را از انجمن مستقل وکلای مدافع اخذ نموده باشند.

- فرق بین وکیل، مساعد حقوقی و وکیل مسخر:

در اصطلاح حقوقی به مفهوم خاص در حقوق افغانستان وکیل کسی است که جواز فعالیت وکالت را از انجمن مستقل وکلای مدافع کسب نموده باشد. ماده (۵) فقره اول قانون وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید: «وکیل مدافع شخصی است که شامل فهرست وکلای مدافع بوده، مطابق احکام قانون در پیشگاه محاکم و سایر مراجع از حق موکل خویش دفاع یا دعوی نماید» اما طبق فقره دوم ماده متذکره «مساعد حقوقی وکیل مدافع است که در موضوعات جنایی از طرف وزارت عدلیه برای اشخاص بی بضاعت تعیین می گردد» وکیل مسخر در کتب فقه چنین تعریف گردیده است «المسخر: هو ان ینصب القاضی وکیلا عن الغائب لیسمع الخصومه علیه» (۱)

طبق ماده (۱۵۸) قانون اصول محاکمات مدنی «هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلا حاضر نگردد و یا قبل از دوران دعوی یا بعد از آن غایب گردد و مدعی بحل

۱- حاشیه ابن عابدین ۳۳۹/۴.

وفصل موضوع اصرار ورزد محکمه بارعایت احکام فصل هشتم این باب اجراءت وبعد از منقضی شدن میعاد معینه یکی از اقارب درجه اول زوج یا زوجه غایب را وکیل تعیین ودعوی را رسیدگی مینماید» در صورتیکه اقارب درجه اول غایب زوج 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 ودعوی را رسیدگی مینماید.^(۱)

از تعاریف فوق به خوبی برمی آید که میان وکیل، مساعد حقوقی، و وکیل مسخر فرق های ذیل وجود دارد:

۱- وکیل اعم از مسخر میباشد زیرا وکیل هم توسط قاضی و هم از طرف شخص حقیقی تعیین میگردد. در حالیکه مسخر تنها از جانب قاضی بمنظور حفاظت از حقوق غایب تعیین میگردد

۲- مساعد حقوقی صرف برای اشخاص بی بضاعت از طرف ریاست مساعد تهای حقوقی وزارت عدلیه تعیین می شود. اما وکیل بر مبنای عقد وکالت با موکل دعوی او را به پیش میبرد.

۳- مساعد حقوقی صرف در دعاوی جزایی برای اشخاص بی بضاعت توسط ریاست مساعد تهای حقوقی تعیین میشود. اما وکیل می تواند دعوی جزایی، مدنی، تجارتي و... را به نیابت از موکل در پیشگاه محاکم اقامه نماید.

ج- شرایط متعلق به موکل به (موضوع وکالت):

در موکل به، تحقق شرایط آتی ضروری است:

۱) اینکه موکل فیه از امور اباحه نباشد. پس، صحیح نیست که انسان دیگری را جهت احتطاب (هیزم جمع کردن) استخراج معادن، مانند طلا، جواهر و غیره وکیل بگیرد. در چنین حالت، وکیل هر آن چیزی را که به دست آورد از خود او خواهد بود. این نظر فقهای حنفیه است. اما، جمهور فقهاء و به طور مشخص فقهای شافعیه بر این نظر اند که وکالت در چنین

۱- قانون وکلای مدافع، ماده: ۱۵۸.

امور صحیح است و آنچه حاصل شده است میان ایشان بدون ترجیح تقسیم می شود. زیرا، تملک مباحات یکی از اسباب کسب ملکیت است و شبیه بیع می باشد و وکالت در آن صحیح است؛

۲) اینکه موکل به مملوک باشد. زیرا آنچه که موکل مالک نباشد نمی توان تفویض آن را به دیگری تصور نمود که این شرط متفق علیه میان فقهاء است؛

۳) اینکه موکل به، طوری معلوم باشد که موجب غرر نشود که این شرط در موکل به، به نظر فقهای شافعیه ضروری است؛

۴) اینکه موکل به، طلب قرض (استقراض) از دیگری نباشد. پس، اگر شخصی دیگری را جهت طلب قرض از شخص دیگری وکیل بگیرد و وکیل بگوید: این مقدار پول برایم قرض بده، و او را قرض بدهد، این قرض برای وکیل است نه موکل. اما استقراض از طریق رسالت صحیح است، مانند اینکه: مرسل بگوید: مرا فلان کس فرستاد تا این مقدار قرض بگیرم؛

۵) اینکه عمل شرعاً قابل نیابت باشد: فقهاء در این باره ضابطه ای وضع کرده اند که: هر عملی را که انسان خودش شخصاً بتواند انجام دهد، می تواند جهت انجام آن وکیل بگیرد. اما، چیزهای را نمی توان برای انجام آن وکیل گرفت اعمال اند که نمی توان به نیابت آنها را انجام داد، مانند: عبادات بدنی محض مانند: نماز روزه و طهارت زیرا هدف از این اعمال امتحان شخصی است و این هدف تحقق نمی پذیرد مگر اینکه خود شخص این اعمال را انجام دهد.

د- شروط صیغه: در مورد شروط صیغه در عقد وکالت در فقه دونظریه وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: عقد وکالت به صورت منجز و بدون قید و شرط، مانند اینکه موکل به وکیل بگوید: تو را برای خرید و یا فروختن فلان چیز وکیل گردانیدم، و نیز به صورت تعلیقی که منوط بر تحقق چیزی دیگری باشد مانند اینکه موکل به، وکیل بگوید: اگر فلان چیز پدید آید یا تحقق پیدا کند، تو وکیل من هستی یا موکول به آینده گردد و یا به وقت معینی موکول گردد مانند اینکه: موکل به وکیل بگوید: هرگاه ماه رمضان آمد، تو وکیل من هستی یا مشروط به عملی شود، در همه این احوال صحیح است و جایز است. اما فقهای

شافعیه بر این نظر اند که: وکالت به صورت تعلیقی جواز ندارد^(۱) در مورد تعلیق، مشروط و منجز بودن قانون مدنی نظر جمهور فقهاء را اختیار نموده است. ماده (۱۵۵۷) در این مورد تصریح مینماید که: (وکیل گرفتن بصورت مطلق، مقید، معلق به شرط یا موکول به آینده صحیح است).

مطلب سوم – موانع وکالت:

طبق قانون وکلای مدافع قضات، حارنوالان، صاحب منصبان اردو، پولیس و امنیت ملی، مامورین خدمات ملکی و کارکنان شاروالی ها و اعضای شورای ملی، شوراهای ولایتی و ولسوالان حین تصدی وظیفه حق ندارند تا به شغل وکالت دفاع بپردازند. اما استادان دانشکده حقوق، شرعیات (باموافقه پوهنتون) و مساعدين حقوقی از این امر مستثنی اند. ماده (۷) قانون وکلای مدافع در مورد این موانع تصریح مینماید که: ((اشخاص آتی نمی توانند به وکالت دفاع اشتغال ورزند: ۱- قضات حارنوالان، صاحب منصبان اردو، پولیس، امنیت ملی، ماموران خدمات ملکی و کارکنان شاروالی ها و اعضای شورای ملی، شورای ولایتی و ولسوالی حین تصدی وظیفه. استادان دانشکده های حقوق و شرعیات (به موافقه پوهنتون) و مساعدين حقوقی از این امر مستثنی اند ۲- اشخاصیکه به ارتکاب جرایم جنایت محکوم یا به حکم محکمه از وظایف خویش طرد گردیده باشند ۳- اشخاصی که طبق حکم محکمه از اشتغال به وکالت دفاع محروم گردیده باشند.))

مبحث سوم: اقسام وکالت

الف – اقسام وکالت به اعتبار دامنهء شمول یا به اعتبار تعمیم و تخصیص:

۱- **وکالت عام:** آنست که موکل، شخصی را به هر نوع تصرف از جانب خود بدون معین کردن عمل خاصی وکیل تعیین نماید. در کتاب رد المحتار آمده است: هرگاه شخصی به

۱- فقه السنه ۴/۳۳۳.

دیگری بگوید: تودر مورد هر چیزی چه زیادت وچه نقصان باشد از جانب من وکیل هستی، این وکالت به حفاظت اموال موکل حمل میگردد که همین قول معتبر هم است.^(۱)

۲-وکالت خاص: آنست که موکل، شخصی را به اجرای عمل معینی مانند فروش یا اجاره وکیل بگیرد.^(۲) همین طور مانند اینکه موکل به وکیل خود بگوید: برای من لباس، خانه، جواهر، گوسفند و امثال آن خریداری کن. جواز این امر بر مبنای قیاس و استحسان متفاوت می شود؛ زیرا بر اساس قیاس خرید شئی با وجود جهالت اعم از اینکه فاحش باشد و یا غیر فاحش، صحیح نیست و چاره ای جز بیان جنس، نوع، صفت و مقدار ثمن نیست؛ به دلیل آنکه بیع و شراء با وجود جهالت غیر فاحش (یسیر) صحیح نیست، پس وکالت در اینها نیز صحیح نیست؛ اما بر مبنای استحسان، جهالت یسیر بر عقد وکالت تأثیری وارد نمی کند و آنچه تأثیر مینماید جهالت فاحش است؛ چونکه روایت شده که جناب حضرت محمد مصطفی صلی الله علیه و سلم دیناری را به حکیم بن حزام رضی الله عنه دادند تا برای شان اضحیه (قربانی) خریداری نماید. اگر جهت غیر فاحش مانع صحت توکیل به شراء میبود، پیامبر صلی الله علیه و سلم هرگز این کار را انجام نمی دادند. همچنین جهالت غیر فاحش در وکالت موجب بروز منازعه نمی گردد؛ زیرا مبنای فقهی و قانونی وکالت بر مسامحه استوار است.^(۳)

ب- اقسام وکالت به اعتبار اطلاق و تقييد:

مطابق به هدایت پراگراف اول ماده (۱۵۵۷) قانون مدنی افغانستان اقسام وکالت به اعتبار اطلاق و تقييد به مطلق و مقيد تقسيم گرديده است:

۱- وکالت مطلق: در این مورد فقره (۱) ماده (۱۵۶۰) قانون مدنی چنین حکم مینماید: (وکالتی که به الفاظ عام طور مطلق ذکر گردیده و در آن هیچ گونه تخصیص به نوعیت عمل قانونی نیامده باشد، وکیل صفت وکالت را صرف در اعمال اداره کسب میکند). به عنوان مثال: هرگاه شخصی به دیگری گفت: ترا در جمیع امور خود وکیل گرفتم و قایم مقام خود ساختم

۱- توضیح المرام شرح پشتوی مجله الاحکام، صص ۳۴۲ و ۳۴۳.

۲- مرجع قبلی، ص ۳۴۲.

۳- عبدالله، نظام الدین، عقود معین، صص ۲۹۱ و ۲۹۲.

این الفاظ عام و بصورت مطلق ذکر گردیده و هیچ گونه تخصیصی به نوعیت عمل قانونی از قبیل وکیل به دعوی، خرید و یا فروش تذکر نیافته است، در این صورت وکیل، صفت وکالت را صرف در اعمال اداره کسب می کند چنانچه از آن در بند (۲) ماده مذکوره فوق تذکر بعمل آمده است.^(۱)

۲- وکالت مقید: عبارت از وکالتی است که صلاحیت وکیل در آن به چیزی مقید شده باشد یعنی موکل به، وکیل بگوید: فلان زمین را برای من در بدل فلان قیمت و یا در فلان وقت معامله کن که در این نوع وکالت عمل وکیل مقید به قیمت یا زمان معین و مشخص شده است. در این صورت وکیل باید با رعایت شرایط مندرج وکالت خط، اجرای وظیفه نماید. ماده (۱۵۶۱) قانون مدنی در مورد وکالت مقید تصریح مینماید: (در وکالت مقیده، وکیل به اجرای امور معین در وکالت و توابع ضروری ای که طبیعت امر و عرف جاری اقتضاء نماید، مقید می باشد). همچنین فقرات اول و دوم ماده (۱۵۶۲) قانون مذکور احکام ذیل را در برگرفته است: (۱) مقید ساختن وکالت در نوع عمل قانونی در سایر تصرفات حقوقی که غیر مربوط به اداره باشد، صلح، اقرار، حکمیت، توجیه قسم و اقامه دعوی لازم می باشد. (۲) در تصرفات تبرع مانند: عقد، هبه و عاریت، تقیید وکالت در نوعیت و موضوع عمل قانونی شرط است.

ج - اقسام وکالت به اعتبار تعلیق به امر دیگری:

طبق پراگراف دوم ماده (۱۵۵۷) قانون مدنی افغانستان اقسام وکالت به اعتبار تعلیق آن به امر دیگری به وکالت معلق به شرط و وکالت موکل به آینده تقسیم گردیده است:

۱- وکالت معلق به شرط: وکیل گرفتن معلق به شرط چنین است: شخصی به دیگری گفت ترا وکیل گردانیدم تا وقتی که فلان تاجر بیاید این اسپ مرا برایش بفروش برسانی، در صورتیکه تاجر بیاید، وکیل اسپ را بالایش فروخته می تواند و در غیر آن حق فروش را ندارد. طبق ماده (۱۵۵۷) قانون مدنی، وکالت معلق به شرط، صحیح است.

^۱- راجی سمنگانی، توضیح مفاهیم قانون مدنی، ج ۴، ص ۴۱.

۲-وکالت موکول به آینده: طور مثال: موکل در ماه حوت سال ۱۳۸۵ هجری شمسی به وکیل گفت: ترا وکیل گردانیدم تا ده رأس گوسفندان مرا در ماه میزان سال ۱۳۸۶ شمسی به فروش برسانی و وکیل نیز قبول نمود، در این صورت وکالت وکیل با حلول ماه میزان سال ۱۳۸۶ تحقق پیدا می کند و قبل از آن حق فروش گوسفندان مذکور را ندارد. (۱) این نوع وکالت نیز بر مبنای ماده (۱۵۵۷) قانون مدنی جواز دارد.

د- اقسام وکالت به اعتبار تعیین اجرت:

وکالت به اعتبار تعیین اجرت به وکالت مجانی و وکالت بالمأجور تقسیم میشود که ذیلا توضیح میگردد:

۱-وکالت مجانی (بلا بدل-بلاعوض): وکالت بدون اجرت و مزد جایز است، ولی برای طرفین عقد، الزامی نمی باشد، بنابراین هر یکی از ایشان هر وقتی که خواسته باشند، عقد را فسخ نمایند. فقهای کرام یکی از انواع وکالت مجانی یا بدون مزد و بلاعوض را (وکالت به ملازمت) بر شمرده اند، مانند شخصی که جهت محافظت شخص دیگری بدون کدام مزدی به تعقیبش می افتد. (۲)

۲-وکالت در بدل اجرت (وکالت مأجور):

این نوع وکالت دو صورت دارد:

الف- بطور انعام و همکاری انجام بگیرد؛ یعنی زمان و یا کار در عقد تعیین نشده باشد که در این صورت عقد اجباری نیست.

ب- اگر بصورت اجاره باشد به این ترتیب که وقت و کار را در عقد تعیین نموده باشد، در این صورت، عقد الزامی می باشد. (۳)

ه- اقسام وکالت به اعتبار موضوع:

۱- راجی سمنگانی، توضیح مفاهیم قانون مدنی، ج ۴، ص ۴۰.
۲- مختصر الطحاوی، ص ۱۰۹.
۳- بدائع الصنائع، ج ۶، ص ۳۷ و الدر المختار، ج ۷، ص ۳۵۱.

تا جاییکه متون کتب فقهی وقوانین وضعی به ملاحظه میرسد تقسیم بندی موضوع وکالت بصورت عموم شامل سه طبقه بندی گردیده که عبارتند از:

۱-وکالت بالثراء(به خرید)۲-وکالت بالبيع(به فروش)۳-وکالت بالخصومت(وکالت بالدعوی).^(۱)اما در فقه نوع دیگر وکالت را نیز از حیث موضوع افزوده اند که عبارت از وکالت به اخذ دین است که هرچهار نوع مذکور بصورت جداگانه قرار شرح ذیل به توضیح گرفته میشوند:

۱-وکالت بالثراء(به خرید): وکالت به خرید آنست که موکل وکیل را برای خریداری مال منقول یا غیر منقول وکالت بدهد. برای اینکه وکالت بالثراء دقیقاً مورد مطالعه ما قرار گرفته باشد مباحث آتی را جهت تنویر هرچه بیشتر آن لازمی میدانیم:

مبحث چهارم: شروط صحت وکالت برای خرید

برای اینکه وکالت به خرید صحت یابد فقه شروط ذیل را برای آن لازمی دانسته است:
الف-معلوم بودن جنس، نوع و مقدار شیء موضوع وکالت: در این مورد ماده(۱۵۷۵) قانون مدنی مقرر میدارد: (برای صحت وکالت به خرید شرط است که شیء ای که خریده میشود عین یا جنس و مقدار آن معلوم باشد. در تعیین مقدار شیء، تعیین ثمن کفایت میکند).
ب-تعیین جنس و اثر مخالفت وکیل با این شرط: ماده(۱۲۷۰)مجله الاحکام در این زمینه چنین حکم می نماید:(هرگاه وکیل در جنس مخالفت ورزید یعنی اگر موکل گفت: از فلان جنس خرید کن و وکیل عوض آن دیگری را خرید، بیع در حق موکل نافذ نمی گردد گرچه

^۱-محمد عثمان ژوبل، تعریف و انواع وکالت از نظر شریعت و حقوق موضوعه، مجله عدالت، شماره ۸۱، سال ۱۳۸۸.

مفاد مالی را که وکیل خریداری نموده است، بیشتر باشد. جنسی را که وکیل خریداری نموده است به خود وکیل تعلق می گیرد و وکیل برای موکل مشتری محسوب میشود.

ج- تعیین نوع و اثر مخالفت وکیل با این شرط: ماده (۱۵۷۸) قانون مدنی تصریح میدارد (هرگاه موکل نوع شیء را که توسط وکیل خریداری میشود تعیین نماید و وکیل نوع دیگری را خریداری نماید، این خریداری در حق موکل نافذ شمرده نمی شود).

د- تعیین مقدار شیء: از آنجا که مقدار شیء ای که خریداری میشود باید معلوم باشد. بنابراین این در تعیین مقدار شیء، تعیین ثمن کافی تلقی میگردد؛ زیرا وکیل معمولاً مقدار شیء را بر حسب ثمنی که موکل برایش میدهد، خریداری می نماید.

ه- عدم موجودیت جهالت فاحش در شیء موضوع وکالت در وکالت خاصه: توکیل در بیع و شراء به اتفاق فقهاء کرام جایز است؛ زیرا موکل مالک بیع و شراء است، پس می تواند جهت اجرای آن وکیل بگیرد. با وجود این در وکالت به شراء یک شرط وجود دارد و آن عبارت از خالی بودن شیء موضوع وکالت از جهالت فاحش در وکالت خاصه است.

ب- انواع وکالت به خرید:

فقهای حنفیه وکالت به شراء را بر دو نوع تقسیم مینمایند: ۱- وکالت عامه. ۲- وکالت خاصه. تعریف و امثال وکالت عامه و خاصه در مبحث متعلقه آن گذشت که لازم به تذکر نیست.

ج- احکام و آثار وکالت به خرید:

۱- خرید شیء به صورت مطلق و مقید و اثر هر یک: وکیل به خرید یا مطلق تصرف است و یا مقید تصرف. اگر وکیل مقید به تصرف باشد، باید قیود و شروط موکل را به اتفاق نظر فقهاء رعایت کند. پس اگر وکیل باقیبود و شروط موکل مخالفت کند، تصرف او نسبت به موکل نافذ پنداشته نشده و موقوف به اجازه موکل دانسته میشود؛ مگر اینکه مخالفت در جهت نفع موکل باشد، به عنوان مثال: اگر موکل به وکیل خود بگوید: باغ را برای من در بدل مبلغ هزار افغانی بخر، و وکیل آنرا به بیشتر از یک هزار افغانی خرید، چنین عقدی نافذ نیست؛ اما اگر آنرا به کمتر از مبلغ یک هزار خرید، چنین عقدی نافذ است؛ زیرا این نوع خرید به مصلحت

موکل است. ماده (۱۵۷۹) قانون مدنی حکم می کند: (هرگاه وکالت، مقید گردد، وکیل نمی تواند در خرید شیء از آن مخالفت نماید؛ مگر اینکه به نفع موکل باشد) همچنان اگر موکل به وکیل خود بگوید: فلان باغ را برای من به نسیئه بخر و وکیل آنرا بصورت مؤجل خرید، چنین بیع نافذ است. ماده (۱۵۸۰) قانون مدنی می گوید: (هرگاه موکل اندازه ثمن را برای خریداری شیء معین به صورت نقد تعیین نمود و وکیل آنرا بصورت نسیئه مأمور شده ولی آنرا به صورت نقده خریداری کند، وکیل به آن ملزم شناخته میشود). اما اگر وکالت به خرید، مطلق باشد به نظر امام ابوحنیفه رحمه الله وکیل می تواند بر حسب اراده خویش آنچه را به صورت نسیئه یا نقد هر چند به غبن فاحش باشد خریداری نماید؛ زیرا اصل در لفظ، مطلق باقی ماندن آن بر اطلاق است و تقیید آن جواز ندارد؛ مگر بنا بر دلیلی مانند وجود تهمت؛ اما صاحبان بر این باورند که اگر وکالت، مطلق باشد، وکیل نمی تواند شیء را خریداری نماید مگر به ثمن رایج و به قیمت مثل. (۱) ماده (۱۵۸۲) قانون مدنی افغانستان که عین ترجمه ماده (۱۲۹۰) مجلة الاحکام العدلیة میباشد در این مورد تصریح میدارد: (هرگاه وکیل برای خرید شیء طور مؤجل مأمور گردد، خریداری وی به هر نحوی که باشد در حق موکل مؤجل می باشد و وکیل نمی تواند ثمن را فی الحال از موکل مطالبه نماید؛ مگر در صورتی که وکیل به خرید شیء طور نقد مأمور شده باشد و موکل ثمن را موجل نماید، وکیل می تواند ثمن را فی الحال از موکل مطالبه نماید).

۲- دریافت ثمن از موکل در صورت پرداخت ثمن توسط وکیل: اگر وکیل ثمن شیء ای را که برای موکل خریداری نموده است پرداخته باشد، می تواند پرداخت آنرا از موکل مطالبه نماید. در صورتی که موکل از پرداخت ثمن امتناع ورزد، وکیل می تواند الی پرداخت ثمن از حق حبس مبیع استفاده کرده و چیزی را که برای موکل خریداری نموده است، حبس نماید. ماده (۱۵۸۱) قانون مدنی در این زمینه اشعار می دارد: (هرگاه وکیل برای خرید ثمن، مبیعه را از مال شخصی خود بپردازد، حق رجوع را بر موکل داشته و میتواند مبیعه را، الی زمان حصول

۱- الفقه الإسلامی و ادلته، ج ۵، صص ۴۰۹۱ - ۴۰۹۳.

ثمن آن از موکل نزد خود نگهدارد گرچه ثمن آنرا به بايع نپرداخته باشد). این حق زمانی منتهی میشود که موکل، ثمن را به وکیل پرداخت نماید.

۳- خریدن وکیل به خرید شیء ای را که برای خریدن آن به حیث وکیل تعیین گردیده است:
ماده (۱۵۸۳) قانون مدنی در این مورد چنین مشعر است: (وکیل به خرید شیء معین نمی تواند شیء مورد نظر را در غیاب موکل برای خود خریداری نماید؛ مگر اینکه آنرا به ثمن بیشتر از ثمن معینه یا به جنس دیگری خریداری نموده باشد). ماده (۱۲۸۵) جلة الاحکام نیز در همین مورد چنین تصریح می نماید: (وکیل صلاحیت ندارد مال و متاعی را که به خریداری آن وکیل گردیده است، برای خود خریداری کند و اگر حین خریدن گفت که این مال را برای خود خریدم، مبیعه مالکیت وکیل محسوب نمی شود و خاص از موکل است؛ مگر اینکه به ثمن زیادتر از ثمنی که موکل تعیین نموده است یا به غبن فاحش در صورتی که موکل ثمن را تعیین نکرده باشد، خریداری کند که در این صورت، مال به وکیل تعلق می گیرد و اگر وکیل بگوید: این مال را برای خود خریدم در حالی که موکل حاضر باشد، همچو مال نیز متعلق به وکیل است).

۴- فروش وکیل مال خویش را به موکل: مطابق احکام فقهی و قانون مدنی: اگر وکیل مال خویش را برای موکل بفروشد، چنین بیع صحت ندارد. ماده (۱۵۸۲) قانون مدنی که ترجمه ماده (۱۲۸۸) جلة الاحکام است، تصریح مینماید: (وکیل به خرید نمی تواند مال خود را به موکل خود بفروشد).

۵- ظهور عیب در شیء ای که توسط وکیل برای موکل خریداری می شود: ماده (۱۵۸۵) قانون مدنی که ترجمه ماده (۱۲۸۹) جلة الاحکام است، چنین مشعر است: (هرگاه وکیل برای خرید، در شیء خریداری شده عیب قدیمی را بیاید در حالی که شیء هنوز در نزدش باشد، می تواند آنرا رد نماید. در صورتیکه آنرا به موکل خود تسلیم نموده باشد، بدون اجازه موکل آنرا به سبب عیب رد نموده نمی تواند).

۶- تلف شدن مبیع در نزد وکیل: ماده (۱۵۸۶) قانون مدنی حکم می نماید: (۱) مبیعه نزد وکیل برای خرید، حیثیت امانت را داشته، اگر بدون تجاوز وکیل از بین رفته یا ناقص گردد،

خساره بر موکل تحمیل شده، از ثمن آن چیزی کاسته نمی شود. (۲) اگر وکیل نسبت حصول ثمن شیء را نزد خود نگهداشته و در عین زمان از بین رفته یا ناقص گردد، ثمن آن بر وکیل لازم می گردد.

۷- **عدم صلاحیت وکیل جهت اقالهء بیع:** ماده (۱۵۸۷) قانون مدنی بیان میدارد: وکیل به خرید نمی تواند بیع را بدون اجازهء موکل، اقاله نماید.

۱- **وکالت بالبیع (به فروش):** وکالت به بیع آنست که موکل وکیل را برای فروش جایداد خویش و یا فروش سایر اموال منقول وکالت بدهد.

آثار وکالت بالبیع: بروکالت بالبیع آثار ذیل مرتب می گردد:

۱- **وکیل نمی تواند مال موکل را برای خود خریداری نماید:** در این رابطه نخست نظریات فقهای کرام و سپس حکم قانونی را بررسی می کنیم:

- امام مالک رحمه الله گفته است: وکیل می تواند مال را به قیمت بیشتری برای خود خریداری نماید.

- امام ابوحنیفه، امام شافعی و امام احمد رحمهم الله بنا بر ظاهر دو روایت گفته اند که وکیل حق ندارد چیزی را که وکیل به فروش آن است، برای خود بخرد؛ زیرا انسان بر حسب عادت حریص است که برای خودش اشیاء را ارزان بخرد و هدف موکل اینست که وکیل تلاش کند که کالای او را گرانتر بفروشد در حالیکه این دو غرض باهم متضاد اند. (۱)

- قانون مدنی در این مورد نظر جمهور فقهاء یعنی نظریه دوم را در ماده (۱۵۹۰) خویش اختیار نموده و گفته است: (وکیل نمی تواند شیء ای را که به فروش آن مأمور است برای خود خریداری کند گرچه موکل به آن تصریح نموده باشد).

۲- **وکیل نمی تواند مال موکل را برای کسانی که شهادت آنها به نفع وکیل قابل قبول نیست، به فروش برساند:** همان گونه که وکیل نمی تواند مال موکلش را برای خود خریداری

۱- سید سابق، فقه السنة، ج ۴، صص ۳۳۹ و ۳۴۰.

نماید، به نظر امام ابوحنیفه رحمه الله نمی تواند مال موکل را به ثمن مثل و یا کمتر از آن به پدر- پدرکلان- فرزند و سایر کسانی که شهادت آنها به نفع اوقابل پذیرش نیست، مانند ولد و لد(نواسه) و زوجه خود، به فروش برساند؛ زیرا فروش مال برای این اشخاص، درحقیقت فروش مال به خود وکیل به سبب اتصال منافع ملک هر یک از اینهاست، اما صاحبین رحمهما الله بر این نظر اند که وکیل می تواند برای اینها، نه برای خود، مال موکل را به قیمت مثل به فروش برساند؛ زیرا توکیل مطلق بوده و فروش مال به این گروه و اشخاص اجنبی مساوی تلقی می گردد و تهمتی در اینجا مطرح نیست؛ چون املاک اینها از هم دیگر جدا است و بنابراین یکی از اینها مالک ملک دیگری دانسته نمی شود. فقهای مالکیه میگویند: جایز نیست وکیل آنچه را وکیل فروش آن تعیین گردیده برای خود و یا کسانی که تحت حجر او قرار دارند اعم از صغیر، سفیه و مجنون خریداری نماید، اما وکیل می تواند برای زوجه و ولد رشید خود مال موکل را به فروش برساند. فقهای شافعیه و حنابله در یک روایت از امام احمد رحمه الله گفته اند: وکیل نمی تواند مال موکلش را برای ولد صغیر خود به فروش برساند، اما میتواند مال موکل خود را برای پدر- پدرکلان- پسر بالغ و سایر فروع مستقل خود خریداری نماید.^(۱)

قانون مدنی افغانستان در ماده (۱۵۸۸) خود از نظر فقهای حنفیه تبعیت نموده و حکم میکند: (وکیل به فروش نمی تواند شئی ای را که به بیع آن وکیل است بالای اشخاصی بفروشد که شهادت آنها به نفع او جواز ندارد؛ مگر در صورتیکه ثمن از قیمت آن بیشتر باشد)؛ اما مجلة الاحکام علاوه بر بیشتر بودن ثمن، در صورت وکالت عام چنین بیع را جایز دانسته و در ماده (۱۲۹۷) خویش اشعار می دارد: (وکیل بالبیع نمی تواند مال موکل خود را برای کسی که شهادتش بر او جایز نیست بفروشد؛ مگر اینکه به بیشتر از پول معین فروخته باشد، پس در این صورت عقد صحیح میشود. همچنین اگر موکل وکیل را به وکالت عام به این گفتارش که بفروش به شخصی که خواسته باشی، در این حال بیع وکیل به ثمن مثل جواز دارد.

^۱- همان، ج ۵، صص ۴۰۹۶ و ۴۰۹۷.

۳-وکالت به فروش مطلق و مقید و اثر هر یک: وکیل به فروش یا مطلق تصرف است و یا مقید به تصرف. اگر وکیل مقید به تصرف باشد، باید قیود و شرایط موکل خود را به اتفاق آراء فقهاء رعایت کند. پس اگر وکیل با قیود و شرایط موکل خود مخالفت کند، تصرفش نسبت به موکل نافذ نبوده و متوقف به اجازه موکل است؛ مگر اینکه مخالفت در جهت نفع موکل باشد. به عنوان مثال: اگر موکل به وکیل بگوید: باغ مرا در برابر یکصد هزار افغانی بفروش و وکیل آنرا کمتر از مبلغ مذکور به فروش رسانید، چنین عقدی نافذ نیست؛ اما اگر آنرا به بیشتر از مبلغ یکصد هزار افغانی یعنی به بیشتر از قیمت معینه موکل فروخت، چنین عقدی نافذ است؛ زیرا این امر به مصلحت و منفعت موکل است؛ اما اگر وکالت به خرید مطلق باشد به نظر امام ابوحنیفه رحمه الله وکیل میتواند بر حسب اراده خویش آنرا به صورت نسیئه یا نقد هر چند به غبن فاحش باشد، بفروشد؛ زیرا اصل در لفظ همانا مطلق باقی بودن آن بر اطلاق است و تقیید آن جواز ندارد؛ مگر بنا بر دلیلی مانند وجود تهمت.

اما صاحبان رحمهم الله بر این اعتقاد اند که اگر وکالت مطلق باشد، وکیل نمی تواند شیئی را خریداری نماید؛ مگر به ثمن رایج و به قیمت مثل. در مورد وکالت به فروش مطلق و مقید و اثر هر یک، قانون مدنی نیز از فقه حنفیه با اندکی تفاوت پیروی نموده است چنانچه ماده (۱۵۸۹) آن تصریح میدارد: (۱) هرگاه ثمن شیئی از طرف موکل تعیین شده باشد، وکیل به فروش نمی تواند شیئی را به ثمن کمتر از آن بفروشد، در صورت تخلف، بیع منعقد و به اجازه موکل موقوف می باشد. (۲) اگر وکیل، مالی را به مقدار کمتر از ثمن آن بدون اجازه موکل فروخته و مبیعه را به مشتری تسلیم نماید، ضامن نقصان ثمن دانسته میشود.

اثری که بر فروش مال توسط وکیل مرتب میشود، عبارت از انتقال ملکیت مبیع از موکل به مشتری است. از همین رو قانون مدنی وکیل را در انتقال ملکیت مبیع به مشتری مکلف نموده است. ماده (۱۵۹۳) قانون مدنی در این زمینه توضیح میدارد: (وکیل مکلف است مبیعه را بعد از قبض ثمن در حالی که عقد به صورت معجل باشد، به مشتری تسلیم نماید). همچنین وکیل مکلف است ثمن مبیع را به موکل تسلیم نماید؛ زیرا غرض از وکالت به فروش انتقال ملکیت مبیع از موکل به مشتری و از ثمن به موکل است. بنا بر این وکیل مکلف است ثمن را

بعد از قبض به موکل بدهد. ماده (۱۵۹۲) قانون مدنی در این مورد تصریح میدارد: (قبض ثمن حق وکیل فروش می باشد نه حق موکل و مشتری می تواند از تأدیه ثمن به موکل امتناع ورزد. در صورت تأدیه آن به موکل، مشتری بری الذمه شده و موکل نمی تواند ثمن را از وکیل مطالبه کند). از نص این ماده به خوبی برمی آید که دریافت ثمن حق وکیل است و وکیل مکلف است آنرا از مشتری اخذ و به موکل بدهد. بنابراین موکل نمی تواند دریافت ثمن را از مشتری مطالبه بدارد؛ اما اگر بنا بر هر دلیلی مشتری ثمن را به موکل پرداخت نماید، ذمه او بری می گردد و وکیل نمی تواند پرداخت آنرا از مشتری مطالبه نماید. در صورتی وکیل مال موکل را به قرض (نسیئه) به فروش رسانید، جهت اطمینان حصول دین، می تواند از مشتری ضامن بگیرد. ماده (۱۵۹۱) قانون مدنی در این زمینه بیان میدارد: (هرگاه شیء از طرف وکیل فروش به صورت نسیئه فروخته شود، وکیل می تواند از مشتری ضامن بگیرد گرچه موکل به وی امر نکرده باشد). در چنین حالت، وکیل مکلف نیست پول موکل خود را از مال خود بپردازد. ماده (۱۵۹۲) می گوید: (وکیل فروش تا زمانی که ثمن آنچه را که فروخته است قبض نکند، به تأدیه ثمن از مال خود مکلف نمی گردد).

۴- به استحقاق برده شدن مبیع: در صورتیکه بعد از فروش، مبیع توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، قانون مدنی برای آن دو حالت زیرین را پیشبینی نموده است:

الف- اگر مشتری ثمن را به وکیل پرداخته باشد، صرف می تواند بروکیل مراجعه و مطالبه ضمان دفع دعوی و در صورت محکوم علیه قرار گرفتن وکیل، مطالبه پرداخت ضمان را نماید. در این حالت فرقی نمی کند که ثمن نزد وکیل باشد و یا آنرا به موکل خویش پرداخته باشد. همچنان در این حالت، وکیل می تواند به موکل خود رجوع نماید. و در صورت محکوم له شناخته شدن، مطالبه پرداخت مصارف دعوی را و در صورت محکوم علیه شناخته شدن، ضمان ناشی از استحقاق را که به مشتری پرداخته است، از موکل مطالبه نماید.

ب- اگر مشتری به هر دلیلی ثمن را به موکل پرداخته باشد، نمی تواند به وکیل مراجعه و مطالبه دفع دعوی و یا پرداخت ضمان را نماید. ماده (۱۵۹۶) قانون مدنی حکم مینماید: (هرگاه مبیعه به استحقاق برده شود، مشتری در صورتی که ثمن را پرداخته باشد، اعاده آنرا از وکیل

مطالبه می کند اعم از اینکه ثمن، نزد وکیل بوده و یا آنرا به موکل تسلیم نموده باشد و وکیل در صورتی که ثمن را تأدیه نموده باشد، به موکل رجوع می کند و درحالیکه مشتری ثمن را به موکل تسلیم نموده باشد، حین استحقاق بر موکل رجوع می نماید).

۵- ظهور عیب در مبیع: در صورت فروش مبیع توسط وکیل برای مشتری و ظهور عیب در مبیع و واجد خیار عیب بودن مشتری، قانون مدنی مانند به استحقاق برده شدن مبیع دو حالت ذیل را پیشبینی نموده است:

الف- اگر ثمن مبیع نزد وکیل باشد و وکیل آنرا به موکل پرداخته باشد و یا نزد خودش باشد، در این حالت مشتری می تواند بر وکیل مراجعه، عقد را فسخ و پرداخت دوباره ثمن را از وکیل مطالبه نماید.

ب- اگر وکیل به هر دلیلی ثمن را به مشتری مستقیماً پرداخته باشد، می تواند عقد را به سبب خیار عیب فسخ و پرداخت ثمن را از موکل مطالبه نماید. ماده (۱۵۹۸) قانون مدنی حکم می نماید: (هرگاه مشتری عیب دایم را در مبیعه مشاهده کند اعاده ثمن را از وکیل و در صورتیکه ثمن به موکل تسلیم داده شده باشد، مطالبه اعاده از موکل صورت میگیرد).

۶- اقاله بیع توسط وکیل: ماده (۱۵۹۷) قانون مدنی تصریح میدارد: (وکیل فروش میتواند قبل از قبض ثمن، بیع را بدون اجازه موکل خود اقاله نماید؛ مگر عقد در حق موکل نافذ تلقی نشده، وکیل به تأدیه ثمن به موکل ملزم می باشد. وکیل نمی تواند بعد از قبض ثمن، بیع را اقاله نماید).

۱- وکالت بالخصومت (وکالت به دعوی): وکیلی است که نزد قاضی در محاکم از موکل خود نیابت می کند، وکیل بالخصومت به غیر از قصاص و حدود در موارد دیگر بر موکل خود مالک اقرار شده می تواند البته در صورتیکه این صلاحیت برایش در وکالت خط درج گردیده باشد، چرا که او به خاطر جواب دادن به دعوی مدعی، آشکار ساختن حقیقت و اثبات آن تعیین شده است نه به خاطر جنگ وجدال.^(۱) ماده (۱۵۱۶) مجله الاحکام تصریح میدارد: هر یک از مدعی و مدعی علیه هر شخصی را که خواسته باشند می توانند وکیل تعیین نمایند، رضای

^۱ تکملة فتح القدير، ج ۶، ص ۹۷.

جانب مقابل در این زمینه شرط نیست. همچنان ماده (۱۵۹۹) قانون مدنی از فقه حنفی تبعیت نموده و تصریح میدارد: (وکالت به دعوی برای اثبات دین، عین و سائر حقوقی که تصریح آن در وکیل لازم است، صحیح میباشد. وکالت به دعوی در وثیقه رسمی درج می گردد).

آثار وکالت بالخصومت یا وکالت بالدعوی:

بروکالت بالخصومت یا وکالت به دعوی یک سلسله آثاری مرتب میگردند که قرار ذیل اند:

۱- اقرار وکیل به نیابت از موکل: اقرار وکیل به نیابت از موکل در حدود و قصاص به هیچ وجه قابل قبول نیست، خواه وکیل در مجلس قضاء اقرار نماید و یا خارج از آن.

همچنین اقرار وکیل به نیابت از موکل در غیر حدود و قصاص به اتفاق قول همه پیشوایان فقه در غیر مجلس قضاء صحیح نیست؛ اما اگر وکیل به نیابت از موکل خود در مجلس قضاء اقرار نماید، در این مورد نظریات مختلفی توسط فقهای کرام ارائه گردیده است:

الف- امام ابوحنیفه و امام محمد رحمهما الله بر این نظر اند که وکیل به دعوی وکیل به جواب دعوی مدعی به بیان و اثبات حق و جواب میتواند اقرار و یا انکار کند. با وجود این، امام ابوحنیفه و امام محمد رحمهما الله قید کرده اند که اقرار باید در مجلس قضاء باشد؛ اما امام ابویوسف رحمه الله اقرار وکیل را در مجلس قضاء و در غیر مجلس قضاء اجازه داده است.

ب- نظر امام زفر از احناف، امام مالک، امام شافعی و احمد بن حنبل رحمه الله اینست که اگر کسی شخصی را وکیل در خصومت تعیین نماید، اقرار او نسبت به موکل قابل قبول نیست؛ زیرا معنای وکالت به خصومت توکیل به منازعه است که با اقرار منافات دارد؛ چرا که اقرار، مسالمت است. در مورد اقرار وکیل به نیابت از موکل، ماده (۱۶۰۱) قانون مدنی از نظر امام ابوحنیفه رحمه الله متابعت نموده و بیان میدارد: (اقرار وکیل به دعوی در حالیکه صلاحیت اقرار به وی 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). همچنین ماده (۱۶۰۲) همین قانون تصریح میدارد: (هرگاه موکل وکیل را از اقرار علیه خود منع نموده باشد، وکیل به اقرار علیه موکل عزل می گردد).

۲- صلاحیت قبض: وکیل دعوی برای قبض مالی که در مورد آن قاضی قضاوت نموده است، وکیل پنداشته نمی شود؛ زیرا ممکن است شخصی برای اقامه دعوی دارای کفایت و صلاحیت باشد، اما برای دریافت و قبض مال، امین نباشد. این نظر فقهای مذاهب سه گانه (مالک، شافعی و احمد بن حنبل رحمهم الله) است؛ اما جمهور علمای احناف معتقد اند که وکیل بالخصومت یا بالدعوی میتواند مالی را که قاضی در مورد آن به نفع موکلش قضاوت نموده است، قبض نماید؛ زیرا دریافت مال، جزو دعوی بوده و تازمانیکه آنرا نگیرد، خصومت منتهی نمیشود. پس وکالت در خصومت شامل وکالت در قبض نیز است. در مورد قبض، مجله الاحکام نظر امام زفر رحمه الله و فقهای مذاهب سه گانه فوق الذکر اهل سنت را اختیار نموده است چنانچه در ماده (۱۵۱۹) خود تصریح میدارد: (وکالت به خصومت مستلزم وکالت به قبض نیست، بنابراین وکیل به دعوی تا وقتی که وکیل به قبض نباشد، صلاحیت قبض مال محکوم به را ندارد). همچنین ماده (۱۵۲۰) آن اشعار میدارد: (وکالت به قبض مستلزم وکالت به خصومت شده نمی تواند). قانون مدنی نیز مانند مجله الاحکام از نظر امام زفر و امامان سه گانه اهل سنت در ماده (۱۶۰۲) خود تبعیت نموده و بیان میدارد: (وکالت به دعوی مستلزم وکالت به قبض نمی باشد؛ مگر اینکه در عقد وکالت تصریح شده باشد. وکالت به قبض مستلزم وکالت به دعوی نیست).

۳- صلاحیت انتقال عین مستأجره به مؤجر و قبض اجرت:

ماده (۱۶۰۳) قانون مدنی می گوید: (وکیل به اجاره حق مخاصمت در اثبات اجاره و قبض اجرت را به اجازه موکل خود داشته و مکلف است عین چیزی را که به اجاره داده می شود، به اجاره گیرنده تسلیم نماید).

۴- صلح و ابراء: وکیل به خصومت از نظر فقهای حنفیه و شافعیه نمی تواند در مورد موکل با طرف دیگر صلح نماید و یا از آن ابراء بدهد. در مورد صلح و ابراء از موکل به، قانون مدنی نیز نظر حنفیه و شافعیه را اختیار نموده و در ماده (۱۶۰۵) بدان چنین پرداخته است: (وکیل به دعوی نمی تواند مدعی به را به مدعی علیه بخشش و یا از آن ابراء نماید). همچنین وکیل به دعوی صلاحیت صلح را که وکیل به صلح خصومت دارد، ندارد. ماده (۱۶۰۰) قانون

مدنی نیز در این باره چنین حکم می نماید: (وکیل به دعوی صلاحیت صلح وکیل به صلح خصومت را بدون اجازه خاص موکل، ندارد).^(۱)

مبحث پنجم: احکام وکالت

مطلب اول- آثار وکالت نسبت به وکیل: عقد وکالت موجب ایجاد یک سلسله حقوق ووجایب برای وکیل می گردد که قرار ذیل اند:

الف- حقوق وکیل: عقد وکالت موجب ایجاد حقوق ذیل درمورد وکیل میگردد:

۱- حق دفاع، اشتراک در مراحل کشف، تحقیق و محاکمه.^(۲)

۲- اخذ اجرت در صورتی که وکالت در برابر اجرت باشد.^(۳)

۳- حق مصونیت وکیل و دارالوکاله اش.^(۴)

۴- ایجاد دفتر وکالت دفاع.^(۵)

۵- تبلیغ خدمات حقوقی.^(۶)

۶- مطالبه تعیین وصی ویا قیم برای موکل ناقص ویا فاقد اهلیت.^(۷)

ب- وجایب و مکلفیت های وکیل: عقد وکالت موجب ایجاد یک سلسله مکلفیت های قانونی برای وکیل مدافع میشود که این مکلفیت ها یا وجایب قرار ذیل می باشند:

۱- **تکالیف مربوط به پیشبرد وظیفه وکالت:** مانند ادای سوگند، داشتن لوحه و مهر مخصوص، پوشیدن لباس مخصوص وکالت دفاع، عدم ادای شهادت در قضیه ای که از آن دفاع می نماید و سایر تکالیف قانونی متعلق به شغل وکالت دفاع.

۱- عبدالله، نظام الدین، عقود معین، صص ۲۹۰ الی ۲۹۹.

۲- جهت وضاحت بیشتر رک. ماده ۱۰ قانون وکلای مدافع.

۳- جهت توضیح بیشتر موضوع رک. ماده ۱۲۶۷ مجله الاحکام.

۴- رجوع شود به ماده ۱۱ قانون وکلای مدافع.

۵- فقره ۸ ماده ۱۰ و ماده ۱۲ قانون وکلای مدافع.

۶- رجوع شود به فقره اول ماده ۳۸ اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع.

۷- رجوع شود به ماده ۲۰ شماره ۱ اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع.

۲- تکالیف وکیل در برابر موکل: طبق قانون مدنی افغانستان وکیل در برابر موکل دارای تکالیف ذیل است:

-تنفیذ عمل موضوع وکالت: ماده (۱۵۶۳) قانون مدنی تصریح میدارد: (وکیل نمی تواند از حدود تعیین شده وکالت تجاوز نماید؛ مگر اینکه رجوع وی به موکل ناممکن بوده و احوال و ظروف طوری باشد که به گمان اغلب موافقه موکل را در صورت ابلاغ وانمود بسازد. در این صورت وکیل مکلف است تجاوز خود را از حدود وکالت بدون تأخیر به موکل ابلاغ نماید). از نص این ماده چنین استنباط بعمل می آید که در وکالت مطلق بر وکیل لازم است تا در تنفیذ عمل موضوع وکالت از حدود صلاحیت خود تجاوز ننماید. به عنوان مثال: اگر موضوع وکالت خرید خانه، زمین، باغ، موتر و امثال اینها باشد، وکیل مکلف است به نحوی که موکل در عقد وکالت تصریح نموده است، آنرا به فروش برساند. پس اگر موکل به وکیل گفته باشد که آنرا به بیع نقد به قیمت معین به شخص یا اشخاص معین بفروشد، در این صورت وکیل نمی تواند آنرا به نسیئه، به غیر از شخص یا اشخاصی که موکل آنرا تعیین نموده است، به فروش برساند. با وجود این در صورتیکه ظروف و حالات طوری باشد که وکیل گمان غالب داشته باشد که در صورت ابلاغ میتواند موافقه موکل خویش را اخذ نماید، میتواند از حدود صلاحیت خود تجاوز نماید. به عنوان مثال: اگر شخصی شخص دیگری را جهت فروش زمین زراعتی خویش وکیل تعیین نماید و خریدار بگوید: مواشی و آلات زراعتی ای که نیز با زمین است را می خواهد خریداری نماید و زمین زراعتی را به تنهایی خریداری نمی کند، در چنین حالتی برای وکیل ثابت است که موکل (صاحب زمین) در صورت فروش زمین زراعتی دیگر به آلات زراعتی و مواشی ضرورتی ندارد، در صورت تجاوز از صلاحیت، تحقق دوش شرط ضروری پنداشته میشود: اول- اینکه رجوع وکیل بر موکل ناممکن باشد. مثلاً وکیل خارج از مملکت باشد و نیز وکیل نتواند با وی تماس برقرار نماید. دوم- اینکه وکیل بدون تأخیر موضوع را به موکل خود اطلاع بدهد.

-اهتمام و بذل توجه در تنفیذ موضوع وکالت مانند امور شخصی خویش در صورتیکه وکالت بدون اجرت باشد: (۱) ماده (۱۵۶۲) قانون مدنی مقرر میدارد: (هرگاه وکالت بدون اجرت باشد، وکیل مکلف است در تنفیذ وکالت چنان توجهی نماید که در امور شخصی خود مینماید و به هیچ وجه به توجه بیشتر از توجه شخص عادی، مکلف نمی باشد).

-تعدد وکلاء: گاه اوقات طوری اتفاق می افتد که وکلای متعددی از جانب یک نفر در تصرفات و خصومت ها وکالت می کنند که در اینصورت یک شخص می تواند دو وکیل یا بیشتر از آن داشته باشد طوری که:

الف- هرگاه شخصی وکلای متعددی را مقرر و برای هر یک از آنها کار و عقد جداگانه ای را سپرده باشد، در اینصورت هر یکی از وکلاء باید به تنهایی و بدون مشوره با وکیل دیگر در مورد موضوع وکالت خود عمل نماید.

ب- هرگاه کسی بخاطر اجرای یک عمل وکلای متعددی مقرر نموده باشد، در اینصورت هیچ کدام حق ندارد بدون اجازه موکلش به شکل انفرادی عمل نماید؛ مگر اینکه تصرف وی طوری باشد که به تبادل آراء ضرورت نداشته باشد، مانند مسترد نمودن امانت ها و سپردن قروض. (۲) در این مورد حکم ماده (۱۵۶۸) قانون مدنی چنین است: (هرگاه به عقد واحد، وکلای متعدد تعیین و به اجراءات انفرادی اجازه داده نشده باشد، مکلفند بصورت دسته جمعی به اجرای عمل بپردازند؛ مگر اینکه اجرای عمل مانند تأدیه دین و امثال آن به تبادل رأی احتیاج نداشته یا اجتماع در آن مانند دعوی، ممکن نباشد).

مطلب دوم- آثار وکالت نسبت به موکل: عقد وکالت نسبت به موکل نیز موجب ایجاد حق و تکلیف میشود، طوری که حق موکل در برابر وکیل اینست که وکیل عمل موضوع وکالت را برای موکل انجام دهد اما تکلیف موکل اینست که اجرت وکالت را در صورتی که در برابر اجرت باشد، به وکیل خود پرداخت نماید. ماده (۱۵۷۲) قانون مدنی تصریح می نماید: (موکل مکلف است مصارف عادی وکیل را در تنفیذ وکالت به وکیل بپردازد). همچنین در اثر

۱- عبدالله، نظام الدین، مرجع سابق، ص ۳۰۴.
۲- بدائع الصنائع، ج ۶، ص ۳۷ و الدرالمختار، ج ۷، ص ۳۵۱.

اجرای عمل موضوع وکالت ضرری به وکیل برسد، موکل مکلف است آنرا جبران نماید. چنانچه ماده (۱۵۷۳) قانون مدنی در این زمینه حکم مینماید: (موکل مسئول ضرری می باشد که به وکیل بدون ارتکاب خطاء به سبب اجرای عادی وکالت میرسد).^(۱)

مبحث ششم- انتهاء یا ختم وکالت:

وکالت با تحقق یکی از حالات ذیل خاتمه می یابد:

۱- در صورت عزل وکیل از طرف موکل: موکل می تواند هر وقتی که خواسته باشد وکیل خود را از وکالت عزل نماید به شرط اینکه موضوع را به وکیل ابلاغ نماید؛ مگر اینکه به وکالت حق غیر تعلق گرفته باشد که در آن صورت موکل بدون قبولی شخصی که وکالت به نفع او عقد شده، نمی تواند وکالت را مقید یا منتهی سازد.^(۲)

بدین توضیح که در صورتیکه موکل بخواهد وکیل خود را عزل کند، برای صحت برطرف کردن وکیل از جانب موکل، تحقق دو شرط لازمی دانسته میشود:

- وکیل باید از برطرف شدن خود آگاه شود و این شرط از آن جهت است تا که وکیل، متضرر نگردد.

- حق دیگری به این وکالت تعلق نداشته باشد؛ زیرا در آن صورت موکل یک شخص نبوده و نیز چون این عقد وکالت به نفع آن دیگری منعقد گردیده، لذا موکل نمی تواند آنرا مقید یا منتهی سازد.

۲- در حالت انتهای مدت معینه وکالت: به عنوان مثال: اگر مالکی برای فروش ملک خود به مدت سه ماه به دیگری وکالت بدهد، تعیین مدت، حق عزل را ساقط نمی کند؛ ولی باعث میشود که پس از سه ماه وکالت وکیل، بدون اینکه نیازی به عمل حقوقی دیگری از جانب موکل (عزل) باشد، خود بخود از بین برود.^(۳)

۱- عبدالله، نظام الدین، همان مرجع، ص ۳۰۷.

۲- فقره ۱ ماده ۱۶۰۷ قانون مدنی.

۳- ماده ۳۵ قانون الإلتزام سویس.

۳-درحالت وفات وکیل یا موکل: از آنجا که وکالت عقدی است که بر مبنای اعتماد متقابل وکیل و موکل به یکدیگر نهاده شده است، شخصیت هر کدام انگیزه دیگری در انعقاد عقد بوده و با فوت هر کدام یکی از ارکان عقد برهم میخورد.^(۱)

۴-درحالت زوال اهلیت وکیل یا موکل: در فقه علاوه بر موارد فوق، موارد ذیل را نیز بر حالات ختم وکالت افزوده اند: ۱- هرگاه خود موکل، کار وکیل خود را انجام بدهد؛ زیرا در این صورت وکالت هیچ فایده ای برای موکل ندارد. ۲- عین و یا جنسی که در آن توکیل صورت گرفته است، از بین برود. ۳- خارج شدن مال و یا جنس توکیل شده از ملکیت موکل. (۲) مطابق هدایت ماده (۱۶۰۸) قانون مدنی: در تمام حالات انتهای وکالت، وکیل مکلف است اعمالی را که شروع نموده به مرحله ای برساند که از خطر اِتلاف برکنار بماند.

نتایج بحث

۱- فقهاء کرام برای دعوی تعریف های متعدد و مختلف بیان نموده اند، ولی تعریف جامع: (دعوی عبارت است از گفته و قولی که قاضی آنرا بپذیرد و هدف از آن درخواست حق معلوم که در نزد مدعی علیه باشد، و یا اینکه شخص از حق خود دفاع کند) میباشد.

۲- مدعی، مدعی علیه، مدعی به، وصیغه دعوی، ارکان و عناصر اساسی دعوی را تشکیل میدهد که هر کدام آن شروط جداگانه خود را دارد.

۳- دعوی مدنی شروط عمومی و خصوصی خود را دارد که در صورت عدم رعایت آن منجر به رد یا ابطال دعوی میگردد.

۴- دعوی بر حسب حقوق ایکه قانون آنرا حمایت مینماید بر چندین نوع تقسیم میگردد:

الف- دعوی شخصیه و دعوی عینیه و دعوی مختلطه.

ب- دعوی منقوله و دعوی عقاریه.

باز دعوی عینیه تقسیم میگردد به:

الف- دعوی ملکیت.

^۱-مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۴۲۴.
^۲-تکملة فتح القدير مع العناية، ج ۶، ص ۱۲۶ - الدر المختار، ج ۷، ص ۳۹۳ و الفتاوى الهندية، ج ۳، ص ۴۹۳.

ب-دعوی حیازت.

چون دعوی ملکیت تحت حصر نمی آید؛ دعوی حیازت تقسیم میگردد به:

الف-دعوی استرداد حیازت.

ب-دعوی دعوی منع تعرض.

ج-دعوی وقف اعمال جدیده.

۵-اقامه دعوی آثاری قانونی ذیل را در پی دارد:

الف-:اشتغال محکمه به رسیدگی و تعیین محدوده رسیدگی آن، ممنوعیت سایر محاکم از رسیدگی به دعوی مشابه.

ب-:تکلیف مدعی علیه به پاسخگویی و برقراری رابطه حقوقی بین او و مدعی دعوا و عدم تاثیر این آثار نسبت به اشخاص ثالث است.

ج-:انقطاع مرور زمان: اقامه دعوی قانوناً مرور زمان را که مانع استماع دعوی میگردد قطع میکند.

۶-فقهاء دفع را به دو بخش تقسیم نموده اند:

الف-دفع موضوعی که هدف از آن ابطال نفس دعوی مدعی بوده.

ب-دفع بعدم قبول، اما شراح قوانین قسم سوم را اضافه نموده اند که عبارت از دفع شکلی و به اجراءات شکلی مرتبط میباشد.

۷-فقهاء کرام مانند شراح قانون به دفع شکلی اهتمام نورزیده زیرا مقصد ایشان وصول به حق بود و این دفع بالای تحصیل حق مؤثر نمی باشد اگرچه به بعضی انواع دفع شکلی پرداخته اند مانند دفع بعدم خصومت.

۸-فقهاء دفع بعدم قبول را به چندین نام مسمی کرده اند که عبارت است از: عدم قبول و عدم سماع و دفع خصومت.

۹-دفع بعدم قبول را فقه اسلامی بوجود آورده نه قانون فرانسه چنانچه گفته میشود.

۱۰- بعضی اوقات دفع بعدم قبول در ذات خود دعوی میباشد، که مستلزم رعایت شرایط دعوی میگردد.

- ۱۱- فقهاء بر جواز طرح دفع موضوعی در هر مرحله دعوی اتفاق نظر دارند.
- ۱۲- حنفی ها مطرح ساختن دفع موضوعی را بعد از صدور حکم مشروط به دو شرط ساخته اند که عبارت است از: الف- در صورت ثبوت این دفع متضمن ابطال حکم اول باشد.
- ب- بین دفع مدعی علیه و دعوی اصلی توفیق ممکن نباشد.
- ۱۳- فقهاء مالکی بر قبول مطرح شدن دفع موضوعی بعد از حکم بنابر دوقول اختلاف نظر دارند.
- ۱۴- فقهاء قانون مبنی بر مطرح شدن دفع موضوعی در هر مرحله دعوی اتفاق نظر دارند.
- ۱۵- به نزد فقهاء حنفی و مالکی مطرح شدن دفع خصومت قبل از حکم جواز دارد اما به نزد فقهاء شافعی: لازم است تا دفع قبل از آغاز شدن اقامه بینه مدعی بعمل آید.
- ۱۶- فقهاء قانون در رابطه به دفع خصومت اختلاف نظر دارند بعضی شان آنرا داخل در دفع موضوعی و بعضی شان آنرا داخل در دفع شکلی ساخته اند و بعضی دیگری شان به فرق بین هر دو نوع قایل میباشند.
- ۱۷- به نزد فقهاء برای طرح دفع شکلی ساحه وسیع در نظر گرفته نشده است، و مطابق رای دکتور محمد نعیم یاسین وقت دفع شکلی قبل از جواب دادن به دعوی مدعی میباشند.
- ۱۸- فقهاء قانون بر وجوب مطرح ساختن دفع شکلی قبل از آغاز خصومت اتفاق نظر دارند اما دو حالت از آن مستثنی میباشند:
- الف- دفع شکلی ایکه به نظام عام اختصاص داشته باشد مانند اختصاص وظیفی.
- ب- حالت تأجیل طلب دعوی مبنی بر اطلاع از مستندات ایکه خصوم آنرا تقدیم میکند.

پیشنهادهات

پیشنهاد مینمایم تا مقامات عالیہ سترہ محکمہ بمنظور تطبیق مؤثر احکام قانون اصول محاکمات مدنی و فراہم آوری تسهیلات بہ قضات، وکلای مدافع و خصوم، ہرچہ عاجلتر بہ وضع قواعد و لوایح دعوی و دفع اقدام بعمل آورند.

۱- قانون گزار افغانستان صراحتاً بہ دفع موضوعی، دفع شکلی، و دفع بعدم قبول دعوی اشارہ نکرده بلکہ با ذکر یک یا چند صورت از صورتہای آن اکتفا نموده است.

کہ این موقف با توجہ بہ اہمیت دفع متذکرہ مطلقاً متناسب نیست از این رو بہ قانون گزار افغانستان پیشنهاد مینمایم تا در موقف خویش تجدید نظر نموده با توجہ بہ اہمیت موضوع بہ شکل واضح بہ بیان مفہوم، احکام، و آثار ہر دفع طور علی حدہ پرداختہ آنرا در قانون تسجیل نماید تا مورد استفادہ عام و خاص قرار گیرد.

۲- قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان دفع موضوعی؛ شکلی و عدم قبول را بہ شکل مختلط ذکر کردہ است، پیشنهاد میگردد تا مقنن افغانستان در موقف خویش تجدید نظر نموده

هر دفع را طور علی حده شامل مواد جداگانه قانون نماید تا از اختلاط مصادیق هریک جلوگیری بعمل آید.

در اخیر از الله متعال شکرگذار هستم که برایم توفیق عنایت فرمود تا در این موضوع مهم مطابق توانمندی خویش معلومات ضروریه را جمع آوری نموده وبه خوانندگان محترم تقدیم نمایم، از تمام خوانندگان محترم احترامانه خواهش بعمل می آید تا اگر سهو وخطاء در این بحث وجود داشته برایم اطلاع دهند تا در اصلاح آن اقدام نمایم از دربار خداوند متعال رجاءمند ام تا این بحث من مورد استفادۀ خوانندگان قرار گیرد و برای من توفیق اعمال صالحه عطاء نماید.

فهرست آیات قرآنی

شماره	آیت	سورت	شماره آیت	صفحه
۱	لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ .	یاسین	۵۷	۵
۲	دَعَوْاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ .	یونس	۱۰	۵
۳	وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ .	النور	۴۸	۹
۴	وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ .	النور	۴۹	۹
۵	وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ .	البقره	۲۵۱	۴۵
۶	لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ .	الحديد	۲۵	۴۶
۷	وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ .	المائده	۴۲	۴۷
۸	وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ .	ص	۲۱	۴۸
۹	حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ .	آل عمران	۱۷۳	۷۴
۱۰	رَبُّ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا .	المزمل	۹	۷۴

٧٥	١٩	الكهف	فَاتَّبِعُوا أَحَدَكُمْ بَوْرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ .	١١
٧٦	٥٥	يوسف	قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمَّ.	١٢
٧٦	٣٥	النساء	وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَاتَّبِعُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا.	١٣

فهرست احاديث

شماره	متن حديث	صفحه
١	لو يعطى الناس بدعواهم لادعى اناس دماء رجال واموالهم.	٩
٢	البينه على المدعى واليمين على من انكر.	٩
٣	فقلت يا رسول الله ترسلنى وانا حديث السن ولاعلم لى بالقضاء.	٤٧
٤	بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة	٧٧
٥	ان النبى صلى الله عليه وسلم نحر ثلاثا و ستين و امر عليا ان يذبح الباقي.	٧٧

فهرست اعلام

صفحه	اسم	شماره
۶۳	امام ابو حنيفه	۱
۶۳	امام شافعي	۲
۶۰	امام مالک	۳
7	امام ابن قدامه حنبلي	۴
6	امام محمد بن فراموز	۵

۱۲	امام القرافی	۶
----	--------------	---

فهرست منابع و مأخذ

- قرآن کریم .

۱- ابراهیم حسن، حسن. تاریخ سیاسی اسلام. ترجمه ابوالقاسم پاینده. تهران: انتشارات جاویدان، ۱۳۷۳.

۲- ابن قدامه المقدسی، ابو محمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه. المغنی لابن قدامه انتشارات: مکتبه القاهره ط بی تا، ۱۳۸۸ ق .

۳- ابن فرحون، ابراهیم بن علی بن محمد، برهان الدین الیعمری. تبصره الحکام. بیروت: دارالکتب العلمیه .

- ٤- ابن قاضي، محمود بن اسرائيل . جامع الفصولين . باكستان: امير حمزه كتاب خانه كانسى رود .
- ٥- ابن خلدون، عبدالرحمن بن محمد . مقدمه . ترجمه محمد پروين گنابادى . تهران : شركت انتشارات عملى فرهنگى . ١٣٦٩ .
- ٦- ابن خليل، علاو الدين على الطبر ابليسى . معين الحكام . دار الفكر للطباعه والنشر والتوزيع
- ٧- ابن هشام . سيره النبويه . ترجمه سيد هاشم محلاتى . قم: انتشارات دار الكتب العلميه ، ١٤٠٧ق .
- ٨- ابن سعد ، محمد بن سعد . الطبقات الكبرى . بيروت: دار صار ، ١٤١٨ق .
- ٩- ابن منظور، محمد بن مكرم بن على . لسان العرب . بيروت: دار صادر ط ٣ ، ١٤١٤ق .
- ١٠- ابن عابدين : محمد امين ، حاشيه منحه الخالق على البحر الرائق ، مطبوع بحاشيه تكملة البحر الرائق .
- ١١- ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم ، الاشباه والنظائر ، مؤسسه الحلبي ، مصر ، طبعه سنه ١٩٦٨م .
- ١٢- ابو النور : محمود ، نظريه الدفع للدعوى القضائيه فى الفقه الاسلامى ، الدار السودانيه ، ١٩٩٩م .
- ١٣- ابو هيف : عبدالحميد ، المرافعات المدنيه والتجاريه ، مطبعه المعارف ، ١٩١٥م .
- ١٤- ابو الوفا: احمد ، نظريه الدفع فى قانون المرافعات ، الطبعه الرابعه ، دار المعارف ، ١٩٦٧ .
- ١٥- ابو الفضل ، مجد الدين ، موصلى ، عبدالله بن محمود بن مودود . الاختيار لتعليل المختار . قاهره : مطبعه الحلبي ، ١٣٥٦ق .
- ١٦- الأمدى، على بن محمد الأمدى . الإحكام فى اصول الأحكام . بيروت: دار الكتب العلميه .
- ١٧- البهوتى ، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١هـ) ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، بيروت: دار الكتب العميه ١٤٠٢ق .

- ١٨- الجرجاني: على محمد بن على، التعريفات: القاهرة ١٩٣٨ م.
- ١٩- امين، شهيد عبدالباقي، قانون كذاري. كابل انتشارات: مركز تحقيقاتي قاصد ١٣٩٧.
- ٢٠- جرجاوي، على احمد حکمت التشريع و فلسفته، ترجمه عبدالواحد احراري، انتشارات شيخ الاسلام احمد جان سال ١٣٨٠ هـ ش.
- ٢١- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس شرح القاموس. القاهرة ١٣٠٦.
- ٢٢- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشافعي، البحر المحيط. القاهرة: مكتبه السنه، ط ١٤٣٥، ٢.
- ٢٣- السبكي: محمود محمد خطاب، فصل القضييه في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعيه، القاهرة ١٩١٢ م.
- ٢٤- الشوكاني، محمد بن على بن محمد. ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول. مصر: مطبعه صبيح، ١٣٤٩.
- ٢٥- شيخي زاده، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان مجمع الانهر في شرح ملتي الابهر.
- ٢٦- الصاوي: احمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنيه و التجاريه. انتشارات دار النهضه العربيه، مطبعه جامعه القاهره، الكتاب الجامعي - مصر.
- ٢٧- الظاهر: محمد عبدالله، شرح قانون اصول المحاكمات المدنيه رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨. طبعه ١٩٩٧ م.
- ٢٨- العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري، مكتبه الآداب، مصر، ١٩٥٨ م.
- ٢٩- القرافي، شهاب الدين، الفروق، الطبعه الاولى، القاهرة ١٣٤٤ هجريه.
- ٣٠- الكلبي، ابوالمنذر هشام بن محمد. الاصنام. تحقيق احمد زكي باشا. القاهرة، افست تهران (همراه با ترجمه): نشر نو، ١٣٦٤.
- ٣١- الكاساني: علاء الدين ابوبكر مسعود بن احمد (ت: ٥٨٧ هـ)، في ترتيب الشرائع، مطبعه الجماليه، القاهرة، سنه ١٩١٠ م.
- ٣٢- الهيثي: احمد بن حجر (ت: ٩٧٢ هـ)، تحفه المحتاج بشرح المنهاج، دار الكتب العلميه.
- ٣٣- بخاري، محمد بن اسماعيل. صحيح البخاري. تربت جام: ١٣٨٧.

- ۳۴- برهان الدين. ابوالحسن، مرغنانی، علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل. الهدایه فی شرح بدایه المبتدی. بیروت: احیاء التراث العربی.
- ۳۵- برزگر، ابراهیم. تاریخ تحول دولت در اسلام و ایران. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- ۳۶- بلاذری، احمد بن یحیی. فتوح البلدان: ترجمه محمد توکل. تهران: انتشارات نقره، ۱۳۳۷.
- ۳۷- بدیوی، عبدالعزیز خلیل ابراهیم. بحوث فی قواعد المرافعات والقضاء فی الاسلام، دار الفکر العربی طبعه ۱۹۷۸ م.
- ۳۸- حیدر علی، در الحکام شرح مجله الاحکام. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۳۹- خطاب: ضیاء الدین شیت، قانون المرافعات المدنیه والتجاریه العراقی، مطبعه العالی بغداد، ۱۹۶۹ م.
- ۴۰- دورانت، ویل. تاریخ تمدن. ترجمه امیر حسین آریان پور و احمد آرام. تهران: علمی فرهنگی، ۱۳۹۲.
- ۴۱- دمشق، ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز. ردالمحتار علی الدر المختار. بیروت: دار الفکر ط ۲، ۱۴۱۲ ق.
- ۴۲- دمشق، حنبلی، مصطفی بن سعد بن عبده. مطالب اولی النهی فی شرح غایه المنتهی: المکتب الاسلامی ط ۲، ۱۴۱۵ ق.
- ۴۳- ذهبی، ابو عبدالله شمس الدین. تذکره الحفاظ. بیروت: دار التراث العربی، بی تا.
- ۴۴- زحیلی، وهبه. فقه الاسلامی وادلتہ. بیروت: دار الفکر.
- ۴۵- زیدان، عبدالکریم. نظام القضاء فی الشریعه الاسلامیه.
- ۴۶- زرگری نژاد، غلام حسین. تاریخ صدر اسلام (عصر نبوت). تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۸.
- ۴۷- زیدان، جرجی. تاریخ تمدن اسلام. ترجمه علی جواهر کلام. تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۳.

- ٤٨- ساكت، محمد حسين. نهاد داد رسي در اسلام. مشهد: انتشارات آستان قدس رضوى ١٣٦٥.
- ٤٩- سيوطى، جلال الدين. تاريخ الخلفاء. بيروت: دار القلم، ١٤٠٦-١٩٨٦.
- ٥٠- سرخسى. محمد بن احمد، المبسوط للسرخسى. بيروت: انتشارات دار المعرفه، ١٤١٤هـ ق.
- ٥١- طبرى، محمد بن جرير. تاريخ طبرى. ترجمه ابو القاسم پاينده. تهران: اساطير، ١٣٧٥ش.
- ٥٢- عمرو: نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول و نظامه القانوني، الاسكندريه منشاه المعارف
- ٥٣- عابدين: محمد علاء الدين، قره، عيون الاخير، مطبعه العثمانيه، ١٣٢٧ق.
- ٥٤- عبدالرازق، على. الاسلام و اصول الحكم. بيروت: للدراسات الاسلاميه، ٢٠٠٠م.
- ٥٥- عبدالله نظام الدين، شرح قانون مدنى حقوق عينى. كابل: انتشارات سعيد طبع هفتم ١٣٩٦.
- ٥٦- فاكهى، محمد بن اسحاق. اخبار مكه فى قديم الدهر وحديثه. مكه مكرمه: مكتبه الاسدى، بى تا
- ٥٧- قراعه: على، الاصول القضائيه فى المرافعات الشرعيه، ط الثانى، ١٩٢٥م الناشر مكتبه مصر.
- ٥٨- قرطبي مشهور به ابن رشد، ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد . بدايه المجتهد ونهايه المقتصد. قاهره: دار الحديث ١٤٢٥ق .
- ٥٩- قليوبى، احمد سلامه و عميره، برلسى، احمد. حاشيتا قليوبى وعميره. بيروت: دار الفكر، ١٤٢٢.
- ٦٠- قانون اصول محاكمات مدنى مصوب سال ١٣٦٩هـ ش.
- ٦١- قانون مدنى مصوب سال ١٣٥٥هـ ش.
- ٦٢- محمد بن فراموز بن على الشهير بملا خسرو، درر الحكام فى شرح غرر الاحكام، القاهره: ١٩١٢.

- ۶۳- ماوردی، ابی الحسن علی بن محمد. احکام السلطانیة بیروت: دار الکتب العلمیة، بی تا.
- ۶۴- متز آدم. تمدن اسلامی در قرن چهارم هجری، ترجمه علیرضا ذکاوتی قرا گز لو. تهران امیرکبیر.
- ۶۵- مقدسی، ابو عبدالله محمد بن احمد. احسن التقاسیم فی المعرفة الاقالیم. ترجمه علی نقی منزوی. تهران: انتشارات مولفان و مترجمان، ۱۳۶۱.
- ۶۶- مجله الاحکام العدلیه
- ۶۷- نووی، ابوزکریا، محی الدین یحیی بن شرف. روضه الطالبین و عمدہ المفتین. بیروت المکتب الاسلامی ط ۳، ۱۴۱۲ق.
- ۶۸- نیازی، مصطفی، فقه المرافعات پشاور: انتشارات مکتبه الفرقان ۲۰۰۶م.
- ۶۹- نذیر داد محمد علم اصول فقه. کابل: انتشارات رسالت طبع پنجم ۱۳۹۲ هـ ش.
- ۷۰- واقدی، محمد بن عمر. مغازی. ترجمه محمود مهدوی دامغانی. تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۸.
- ۷۱- وکیلی، محمد بن خلف بن حیان. اخبار قضاہ. به تصحیح عبدالعزیز مصطفی المغربي بیروت: قاهره، مطبعه الاستقامه ۱۳۵۹.
- ۷۲- یعقوبی، احمد بن ابی یعقوب. تاریخ یعقوبی. ترجمه محمد ابراهیم آیتی. تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۲.
- ۷۳- یاسین: محمد نعیم، نظریه الدعوی بین الشریعه الاسلامیه و قانون المرافعات المدنیہ والتجاریہ، الطبعة الثالثة، دار النفائس، عمان، ۱۹۹۹م.
- ۷۴- هندی: احمد، قانون المرافعات المدنیہ و التجاریہ و النظام القضائی و لاختصاصی فی الدعوی، دار الجامعه الجدیده القاهره، طبعه عام ۱۹۹۵م.

Summary

This Thesis titled under the name of [**Civil Cases and its Defense in Jurisprudence and Law**], has been published to achieve the master's degree in the department of Jurisprudence and Law.

This thesis consisted of an Introduction and Preface, three chapters, suggestions and recommendations, a list of Quranic verses, a list of hadiths, and a list of revelations, sources, and references.

In the introduction, after the praise upon the Almighty Allah (SWT) and the Prophet (peace and blessings of Allah be upon him), covers the importance of the subject, reasons for authority, main research questions, research background and necessity, research materials and methods, research objectives, research plan, and research goals.

Chapter one provides information about two topics, the first topic includes the concepts and knowledge of keywords and the second topic includes the generalities of the research. While the second chapter gives information and describes six topics, the first topic is the definition of the lawsuit, the second topic is the cause and elements of the lawsuit, the third topic is the legitimacy of the lawsuit, the fourth topic is the types of lawsuits and its ruling, the fifth topic is a division of lawsuits and the sixth topic provides the information about general and specific conditions.

Chapter three represents the three topics; the first topic is the definition of Civil Litigation and its types. The second topic gives information about the types of Civil Litigation in the Law. Furthermore, the third topic of this chapter introduces the time to defend Civil Litigation.

Moreover, this chapter also provides the List of Quranic verses, a list of hadiths and revelations, sources, and references with a summary of the thesis which has been written in English.



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

Civil Cases and its Defense in Jurisprudence and Law

A Master's thesis

Student: Qari Mahsel Khan (Niazi)
Supervisor: Najibullah (Salih)

Year: 2021



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

Civil Cases and its Defense in Jurisprudence and Law

A Master's thesis

Student: Qari Mahsel Khan (Niazi)
Supervisor: Najibullah (Salih)

Year: 2021