


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ب  فهرست مطالب

# شرح کوتاه و ترتیبی قانون اصول محاکمات مدنی

(با ارایه مثال های عملی و فرضی و نقل متحدالمآل ها و  
سیمینار های ستره محکمه ج. ۱. ۱)



مؤلف:

نظام الدین عبدالله

(دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق (Assistnat Professor of Law

کابل ۱۴۰۳

### مشخصات کتاب

• عنوان: شرح کوتاه و ترتیبی قانون اصول محاکمات مدنی

(با ارایه مثال های عملی و فرضی و نقل متحد المآل ها و سیمینارهای ستره محکمه ج. ا. ا.)

• مؤلف: نظام الدین عبدالله (دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق Assistant Professor of Law)

• برگ آرا: مؤلف

• چاپ اول، سنبله ۱۴۰۳

## فهرست مطالب

ج	اختصارات	.....
۱	مقدمه:	.....
۵	باب اول: احکام عمومی و دعوی	.....
۵	فصل اول: احکام عمومی	.....
۵	ماده ۱: مبنا	.....
۶	ماده ۲: اهداف	.....
۱۲	ماده ۳: صلاحیت محاکم	.....
۱۴	ماده ۴: اصطلاحات	.....
۱۹	فصل دوم: دعوی	.....
۱۹	ماده ۵: تعریف دعوی	.....
۱۹	ماده ۶: تعریف مدعی و مدعی علیه	.....
۲۰	ماده ۷: شرایط طرفین دعوی و احکام نیابت	.....
۲۴	ماده ۸: تعریف و شرایط مدعی بها	.....
۲۴	ماده ۹: نماینده قانونی دولت در قضایای حقوق عامه	.....
۳۱	ماده ۱۰: نماینده اهالی قریه	.....
۳۱	ماده ۱۱: مدعی علیه و نماینده آنها در دعوی متروکه	.....
۳۵	باب دوم: استدعا و مبادی دعوی	.....
۳۵	فصل اول: استدعا	.....
۳۵	ماده ۱۲: طرز استدعا	.....
۳۶	ماده ۱۳: محتویات عریضه	.....
۳۸	ماده ۱۴: تعدد مدعی و مشترک بودن مدعی بها	.....
۳۸	ماده ۱۵: تعدد مدعی علیه و وحدت سبب دعوی	.....
۳۸	ماده ۱۶: قناعت و انکار معروض علیه	.....
۴۰	ماده ۱۷: احواله عریضه از سوی ریاست حقوق به محکمه در صورت عدم قناعت مدعی علیه	.....
۴۱	فصل دوم: مبادی دعوی	.....
۴۱	ماده ۱۸: تسلیمی عریضت توسط تحریرات محکمه	.....
۴۱	ماده ۱۹: صدور قرار رد دعوی در صورت فاقد صلاحیت بودن محکمه مدنی	.....
۴۲	ماده ۲۰: اتخاذ تصمیم در مورد اعتراض ابتدائی	.....
۴۲	ماده ۲۱: مصادیق اعتراضات ابتدائی	.....
۴۷	ماده ۲۲: رسیدگی اعتراض ابتدائی در حضور طرفین توسط هیأت قضایی	.....
۴۸	ماده ۲۳: اعتراض به قرار مربوط به اعتراضات ابتدائی	.....
۴۸	ماده ۲۴: ميعاد تقديم صورت دعوی و جواب دعوی	.....
۴۹	ماده ۲۵: دادن رسید به مدعی و مدعی علیه توسط تحریرات محکمه	.....
۵۰	ماده ۲۶: اجراءات مربوط به پرداخت محصول و تسلیمی صورت دعوی به مدعی علیه	.....
۵۱	ماده ۲۷: تعیین تاریخ جلسه قضایی	.....
۵۱	ماده ۲۸: رسیدگی عاجل دعاوی بسیط براساس اظهارات شفوی متدعیان	.....
۵۲	ماده ۲۹: صدور قرار ترک خصومت در صورت عدم تقدیم عریضه در مدت پانزده روز	.....

ماده ۳۰:	اکتفا به سمع جواب شفاهی مدعی علیه در صورت عدم تقدیم صورت دفاع در میعاد قانونی	۵۳
ماده ۳۱:	مراجعه مدعی به محکمه بعد از صدور قرار ترک خصومت	۵۳
ماده ۳۲:	عدم تعقیب دعوی توسط مدعی و صدور قرار ترک خصومت برای بار دوم	۵۴
ماده ۳۳:	استیناف خواهی به دلیل صدور قرار ترک خصومت برای بار دوم	۵۴
ماده ۳۴:	نقص قرار محکمه ابتدائیه توسط محکمه استیناف و رسیدگی مجدد قضیه توسط محکمه ابتدائیه	۵۴
ماده ۳۵:	اقامه دعوی در مدت یک ماه توسط مدعی	۵۵
ماده ۳۶:	موعد تقدیم صورت دعوی در دعوی نکاح	۵۷
ماده ۳۷:	دفاتر و کُتب مورد نیاز محاکم	۵۸
ماده ۳۸:	صلاحیت تخییری محاکم در استفاده از دفاتر و کتب مندرج ماده ۳۷ ق. ا. م. م	۵۸
ماده ۳۹:	تنظیم صلاحیت ها و مکلفیت های کارمندان اداری توسط لوایح	۵۹
<b>فصل سوم: جریان رسیدگی قضایای مدنی در محاکم</b>		
ماده ۴۰:	علنی بودن محاکمه	۶۱
ماده ۴۱:	تدویر جلسات علنی در روزهای رسمی و اجازه حضور به علاقمندان	۶۲
ماده ۴۲:	ابلاغ حکم به صورت علنی	۶۳
ماده ۴۳:	تدویر جلسات سری و اشخاص مشمول	۶۳
ماده ۴۴:	تکمیل سن پانزده سالگی برای اشتراک در جلسه قضایی	۶۴
ماده ۴۵:	جابجایی شاملین قضیه در محل های مربوط	۶۴
ماده ۴۶:	وارد شدن هیأت قضایی در اطاق جلسه	۶۴
ماده ۴۷:	به پا ایستادن حاضرین جلسه	۶۵
ماده ۴۸:	اعلان رسمیت جلسه و معرفی شاملین قضیه	۶۵
ماده ۴۹:	توضیح حق ها و مکلفیت های شاملین قضیه	۶۵
ماده ۵۰:	موقع دادن به مدعی و مدعی علیه جهت قرائت دعوی و دفاع	۶۶
ماده ۵۱:	ارایه توضیحات توسط طرفین	۶۶
ماده ۵۲:	استیضاح مدعی، مدعی علیه و سایر اشخاص ذیربط در قضیه	۶۷
ماده ۵۳:	ثبت و ضبط جریان محاکمه توسط منشی	۶۷
ماده ۵۴:	رهبری جلسه توسط رئیس جلسه	۶۸
ماده ۵۵:	اطاعت از اوامر رئیس جلسه و رعایت نظم توسط شاملین قضیه	۶۸
ماده ۵۶:	به پا ایستادن شاملین قضیه در وقت اظهارات و توضیحات	۶۸
ماده ۵۷:	تأدیب شخص مخل نظم جلسه	۶۹
ماده ۵۸:	تکرار تخلف مدعی، مدعی علیه و وکیل آنها و جزای نقدی و حبس الی یک هفته	۷۰
ماده ۵۹:	اخلال نظم جلسه توسط خائرنوال مدنی	۷۰
ماده ۶۰:	اخلال نظم جلسه توسط وکیل مدافع	۷۱
ماده ۶۱:	ارتکاب قیاحت و جنحه در محکمه	۷۱
ماده ۶۲:	صدور حکم در خصوص مجازات های مواد (۵۸) الی (۶۰)	۷۲
ماده ۶۳:	لغو حکم مجازات مندرج مواد ۵۸ الی ۶۰	۷۲
ماده ۶۴:	محاکمه مرتکب جنحه و جنایت در محکمه مجاور قریب	۷۳
<b>فصل چهارم: اجتناب و رد قاضی</b>		
ماده ۶۵:	اجتناب رئیس و اعضای محکمه از اشتراک در محاکمه	۷۵
ماده ۶۶:	اجتناب قضات از اشتراک در ترکیب هیأت قضات در صورت اقارب بودن	۷۷

## فهرست مطالب ز

- ماده ۶۷: اجتناب قاضی از اشتراک در ترکیب قضایی در سایر حالات..... ۷۷
- ماده ۶۸: اجتناب از رسیدگی بعدی قضیه..... ۷۸
- ماده ۶۹: تقدیم موضوع اجتناب به محکمه..... ۷۹
- ماده ۷۰: مطالبه رد قاضی توسط طرفین دعوی..... ۷۹
- ماده ۷۱: میعاد و نحوه مطالبه رد قاضی..... ۸۰
- ماده ۷۲: بررسی اسباب رد توسط هیأت قضایی..... ۸۰
- ماده ۷۳: مرجع تقدیم درخواست رد، در صورتی که در محکمه ابتدائیه قاضی یک تن باشد..... ۸۱
- ماده ۷۴: مرجع مطالبه رد هیأت قضایی محکمه ابتدائیه..... ۸۱
- ماده ۷۵: قبول و عدم قبول رد قضات محکمه استیناف..... ۸۲
- ماده ۷۶: تعطیل رسیدگی اصل دعوی در صورت مطالبه رد قاضی..... ۸۲
- ماده ۷۷: مجازات درخواست کننده دارای سوء نیت رد قاضی..... ۸۳
- ماده ۷۸: نهایی بودن قرار های رد قاضی..... ۸۴
- فصل پنجم: صلاحیت رسیدگی در قضایای مدنی..... ۸۴**
- ماده ۷۹: فیصله دعاوی مدنی در مرحله ابتدایی..... ۸۴
- ماده ۸۰: رسیدگی به دعوی که توسط اشخاص حقیقی و حکمی در محکمه اقامه می گردد..... ۸۵
- ماده ۸۱: رسیدگی دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه (قاعده عمومی)..... ۸۶
- ماده ۸۲: مدعی علیه بودن زن شوهردار..... ۸۸
- ماده ۸۳: مدعی علیه بودن دختر..... ۸۸
- ماده ۸۴: مدعی علیه بودن شخص ناقص اهلیت..... ۸۹
- ماده ۸۵: اقامه دعوی علیه محجور، مفقود و غایب..... ۹۰
- ماده ۸۶: مدعی علیه بودن کارکنان دولت و منسوبین قوای مسلح..... ۹۱
- ماده ۸۷: مدعی و مدعی علیه بودن مسافر و کوچی..... ۹۱
- ماده ۸۸: عدم اعتراض به صلاحیت محکمه و ذیصلاح تلقی گردیدن محکمه..... ۹۱
- ماده ۸۹: سکونت مدعی علیه در محل سکونت مدعی برای مدت یک سال..... ۹۲
- ماده ۹۰: اقامه دعوی مدنی علیه تاجر یا پیشه ور..... ۹۲
- ماده ۹۱: محکمه محل اقامتگاه اختیاری..... ۹۳
- ماده ۹۲: رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه..... ۹۴
- ماده ۹۳: عدم جواز انتقال دعوی بعد از دایر شدن در محکمه..... ۹۶
- ماده ۹۴: تغییر صلاحیت حوزه ای یا موضوعی محکمه..... ۹۶
- ماده ۹۵: رسیدگی به دعوی قضایای مدنی اتباع خارجی..... ۹۷
- ماده ۹۶: اقامه دعوی تبعه افغانستانی علیه تبعه خارجی..... ۹۸
- ماده ۹۷: محکمه ذیصلاح در دعاوی تفریق براساس غیابت و مفقودیت..... ۱۰۰
- ماده ۹۸: محکمه ذیصلاح در دعوی تفریق به سبب حبس..... ۱۰۰
- ماده ۹۹: محکمه ذیصلاح در دعوی تفریق براساس ضرر..... ۱۰۱
- ماده ۱۰۰: محکمه ذیصلاح در دعوی علیه شخصی که افغانستان را بدون مجوز قانونی ترک نموده است..... ۱۰۲
- فصل ششم: اجراءات مربوط به قضایای خانواده..... ۱۰۷**
- ماده ۱۰۱: قضایای مربوط به خانواده..... ۱۰۷
- ماده ۱۰۲: صدور قرار در خصوص انصراف از دعوی نامزدی..... ۱۰۹
- ماده ۱۰۳: استرداد هدایا..... ۱۱۰

ماده ۱۰۴:	تکمیل معلومات در خصوص عقد نکاح قبل از دروان دعوی نکاح.....	۱۱۰
ماده ۱۰۵:	صدور قرار در خصوص رد یا دوران دعوی نکاح.....	۱۱۱
ماده ۱۰۶:	ایجاد اختلاف در خصوص اقامتگاه مدعی علیها و صلاحیت حوزه ای محکمه.....	۱۱۱
ماده ۱۰۷:	حل و فصل دعوی طبق اجندای عاجل.....	۱۱۲
ماده ۱۰۸:	فسخ عقد نکاح.....	۱۱۲
ماده ۱۰۹:	استفاده از اهل خبره و مطلع در تثبیت اهلیت ازدواج.....	۱۱۳
ماده ۱۱۰:	تعیین حکمان عادل در دعوی تفریق به سبب ضرر.....	۱۱۳
ماده ۱۱۱:	عدم جواز تعیین حکمان بیشتر از دو بار در دعوی تفریق به سبب ضرر.....	۱۱۴
ماده ۱۱۲:	صدور حکم توسط محکمه به استناد به دلایل حکمین.....	۱۱۵
ماده ۱۱۳:	عدم جواز توجیه سوگند در دعوی تفریق به سبب ضرر.....	۱۱۵
ماده ۱۱۴:	صدور حکم تفریق به سبب عیب.....	۱۱۶
ماده ۱۱۵:	اعلام موضوع به شوهر در دعوی تفریق به سبب غیابت.....	۱۱۶
ماده ۱۱۶:	تعیین وکیل برای غایب.....	۱۱۷
ماده ۱۱۷:	اعلان از طریق رادیو برای زوج غایب.....	۱۱۷
ماده ۱۱۸:	تعیین وکیل مسخر برای غایب.....	۱۱۷
ماده ۱۱۹:	تفریق به سبب مفقودیت شوهر.....	۱۱۸
ماده ۱۲۰:	رعایت احکام ق. م در تفریق به سبب عیب، ضرر، عدم اتفاق و غیابت زوج.....	۱۱۸
<b>فصل هفتم: رسیدگی به قضایای حقوق عامه</b>		<b>۱۲۱</b>
ماده ۱۲۱:	تقدیم عریضه مربوط به دعاوی حقوق عامه به محکمه.....	۱۲۱
ماده ۱۲۲:	صدور قرار دوران دعوی در صورت ایجاب رسیدگی.....	۱۲۳
ماده ۱۲۳:	صدور قرار عدم دوران دعوی در صورت ایجاب رسیدگی.....	۱۲۳
ماده ۱۲۴:	عدم قطعی بودن قرار مندرج ماده ۱۲۲ ق. ا. م. م.....	۱۲۳
ماده ۱۲۵:	مواصلت قضیه به ریاست عمومی قضایای دولت و ارجاع آن به محکمه.....	۱۲۴
ماده ۱۲۶:	رعایت احکام مواد ۱۲۲ و ۱۲۳ در دعاوی حقوق عامه.....	۱۲۵
ماده ۱۲۷:	صدور حکم براساس مدارک اثباتیه.....	۱۲۵
<b>فصل هشتم: اطلاع، جلب، احضار</b>		<b>۱۲۶</b>
ماده ۱۲۸:	اطلاع و جلب طرف دعوی.....	۱۲۷
ماده ۱۲۹:	احضار شخص ثالث و اهل خبره.....	۱۲۷
ماده ۱۳۰:	جلب طرفین توسط محکمه.....	۱۲۷
ماده ۱۳۱:	محتویات و عناصر اساسی فورمه جلب.....	۱۲۸
ماده ۱۳۲:	تقاضای حضور طرفین، شهود و اهل خبره با وسایل ممکن.....	۱۲۸
ماده ۱۳۳:	فورمه جلب و احضار به شعبه جلب و احضار.....	۱۲۹
ماده ۱۳۴:	فرستادن فورمه جلب به مجلوب.....	۱۲۹
ماده ۱۳۵:	گذاشته شدن نشان انگشت مجلوب در فورمه جلب در صورت نداشتن سواد.....	۱۲۹
ماده ۱۳۶:	استنکاف مجلوب از امضای فورمه جلب.....	۱۳۰
ماده ۱۳۷:	فرستادن فورمه جلب و احضار توسط مرجع رسمی به محکمه.....	۱۳۰
ماده ۱۳۸:	فرستادن فورمه جلب به اداره دولتی، مؤسسه و تصدی.....	۱۳۱
ماده ۱۳۹:	گزارش به تعویق افتادن جلب مجلوب به محکمه.....	۱۳۱
ماده ۱۴۰:	فرار کردن، غیابت و مفقودیت مجلوب.....	۱۳۱



۱۴۱:	ابلاغ فورمه جلب به مجلوب از طریق قطعه قوای مسلح .....	۱۳۱
۱۴۲:	اعاده فورمه ناتکمیل به اداره جلب توسط محکمه .....	۱۳۲
۱۴۳:	جلب مجلوب در محکمه و ابلاغ تأریخ جلسات بعدی .....	۱۳۲
۱۴۴:	گرفتن ضمانت از مدعی علیه جهت حضور در محکمه .....	۱۳۲
۱۴۵:	جلب مجلوب ممتنع برای بار دوم و سوم توسط محکمه .....	۱۳۳
۱۴۶:	تقاضای حضور مجلوب توسط محکمه از طریق رادیو و روزنامه .....	۱۳۳
۱۴۷:	صدور حکم غیابی در خصوص مجلوبی که بدون عذر از آمدن در محکمه پرهیز نماید .....	۱۳۵
۱۴۸:	جلب و احضار طرفین دعوی براساس تأریخ اجندا .....	۱۳۶
۱۴۹:	تعیین مدت حضور مجلوب توسط محکمه .....	۱۳۶
۱۵۰:	ابلاغ تخلف متخلف به اداره جلب توسط محکمه .....	۱۳۷
۱۵۱:	نظارت تطبیق ماده ۱۵۰ ق. ا. م. م. ....	۱۳۷
۱۵۲:	مسئولیت تحریرات محکمه از تطبیق احکام مربوط به جلب .....	۱۳۷
۱۳۸	<b>فصل نهم: احکام غیابی .....</b>	
۱۳۸:	صدور قرار ترک خصومت در صورت غیاب عارض .....	۱۳۸
۱۵۴:	غیاب شدن مدعی بعد از تقدیم صورت دعوی .....	۱۴۰
۱۵۵:	غیاب شدن مدعی علیه، پس از اقرار و شهادت شهود .....	۱۴۱
۱۵۶:	غیاب مدعی بعد از عجز از احضار شهود و متوجه نمودن سوگند به مدعی علیه .....	۱۴۱
۱۵۷:	غیابت مدعی بعد از رد سوگند به او توسط مدعی علیه .....	۱۴۲
۱۵۸:	غیابت مدعی و تعیین وکیل .....	۱۴۲
۱۵۹:	وکیل غایب .....	۱۴۴
۱۶۰:	تعیین وکیل برای غایب .....	۱۴۶
۱۶۱:	غیابت غایب در اثر عذر و معطل شدن رسیدگی قضیه الی مدت دو ماه .....	۱۴۷
۱۶۲:	صدور حکم در صورتی که غیابت از دو ماه تجاوز نماید .....	۱۴۷
۱۶۳:	حضور غایب بعد از تعیین وکیل توسط محکمه .....	۱۴۷
۱۶۴:	غیابت مدعی بعد از توجیه سوگند توسط مدعی علیه .....	۱۴۸
۱۶۵:	شاهد نداشتن مدعی .....	۱۴۹
۱۶۶:	نکول حقیقی و حکمی مدعی علیه غایب .....	۱۴۹
۱۶۷:	حضور و عدم حضور مدعی علیه غایب در مدت دو ماه .....	۱۵۰
۱۶۸:	غیابت ولی، وصی، قیم و وکیل غایب .....	۱۵۱
۱۶۹:	عدم تعقیب دعوی توسط وکیل .....	۱۵۲
۱۷۰:	حدود صلاحیت های وکیل غایب .....	۱۵۳
۱۷۱:	حدود صلاحیت ممثل حقوق عامه .....	۱۵۴
۱۷۲:	ابلاغ حکم به وکیل غایب و اطلاع حکم به غایب .....	۱۵۵
۱۷۳:	فاقد صلاحیت بودن وکیل غایب و ممثل حقوق عامه نسبت به حکم محاکم .....	۱۵۵
۱۷۴:	تطبیق احکام تعیین وکیل در دعاوی تفریق به سبب غیابت .....	۱۵۶
۱۵۸	<b>فصل دهم: استفاده از اهل خبره و مطلع در قضایای مدنی .....</b>	
۱۷۵:	استفاده از اهل خبره و اوصاف اهل خبره در قضایای مدنی .....	۱۵۸
۱۷۶:	استفاده از اهل خبره در دعاوی عقال و منقول .....	۱۵۹
۱۷۷:	اهل خبره در دعاوی عقال و منقول .....	۱۶۱

ماده ۱۷۸: استیضاح محکمه از مطلعین.....	۱۶۲
ماده ۱۷۹: استفاده از نظر داکتر طب عدلی و داکتر طب در تعیین سن.....	۱۶۲
ماده ۱۸۰: کسب معلومات از متخصص نسایی و ولادی در مورد عقیم بودن زوجه.....	۱۶۳
ماده ۱۸۱: کسب معلومات از داکتر متخصص در خصوص عیوب جنسی زوج.....	۱۶۴
ماده ۱۸۲: تطبیق احکام اجتناب و رد قاضی بر اهل خیره.....	۱۶۵
ماده ۱۸۳: رد اهل خیره توسط طرفین دعوی.....	۱۶۵
ماده ۱۸۴: توظیف عضو محکمه یا اهل خیره در دعاوی مغلقت.....	۱۶۶
ماده ۱۸۵: ارایه نظریات اهل خیره به صورت تحریری.....	۱۶۶
ماده ۱۸۶: استیضاح اهل خیره توسط محکمه و اشخاص ذیدخل در قضیه.....	۱۶۶
ماده ۱۸۷: مطالبه توضیحات بیشتر و معاینات تکمیلی توسط محکمه.....	۱۶۷
ماده ۱۸۸: تناقض در نظریات اهل خیره و سپردن موضوع به اهل خیره دیگر.....	۱۶۷
ماده ۱۸۹: درج اظهارات اهل خیره در محضر.....	۱۶۸
ماده ۱۹۰: عدم تقیید محکمه به نظر اهل خیره و ارزیابی نظریات اهل خیره.....	۱۶۸
<b>فصل یازدهم: تنظیم اجراءات مقدماتی در قضایای مدنی.....</b>	<b>۱۷۰</b>
ماده ۱۹۱: رسیدگی قضیه مدنی توسط قضات.....	۱۷۰
ماده ۱۹۲: استفاده از اهل خیره و مطلع.....	۱۷۰
ماده ۱۹۳: استفاده از اهل خیره و قبول اجتناب و رد اهل خیره.....	۱۷۱
ماده ۱۹۴: طلب معلومات از مراجع مربوط.....	۱۷۲
ماده ۱۹۵: ارایه معلومات به هیأت قضایی توسط تحریرات.....	۱۷۲
ماده ۱۹۶: عدم رد اوراق قضایی بدون دلیل موجه.....	۱۷۳
ماده ۱۹۷: عدم تعطیل سیر جریان رسیدگی قضیه مدنی بدون دلایل موجه.....	۱۷۳
ماده ۱۹۸: عدم جواز صدور قرار در ماهیت دعوی مگر در حالات استثنایی.....	۱۷۳
ماده ۱۹۹: ترتیب فهرست قضایای مدنی و اجراءات مطابق آن.....	۱۷۴
ماده ۲۰۰: تکمیل مراحل محاکمات قضایای مدنی در مدت چهار ماه.....	۱۷۴
ماده ۲۰۱: تمدید مدت چهار ماه.....	۱۷۴
ماده ۲۰۲: آغاز مدت رسیدگی دعوی.....	۱۷۵
ماده ۲۰۳: تشخیص مدعی از مدعی علیه و خارج از ذوالبید.....	۱۷۵
<b>فصل دوازدهم: جریان محاکمه و حضور اشخاص شامل قضیه.....</b>	<b>۱۷۹</b>
ماده ۲۰۴: حضور اشخاص شامل قضیه به محکمه.....	۱۷۹
ماده ۲۰۵: اشتراک شارنوال مدنی، نماینده ارگان های دولت و امثال اینها در جلسات قضایی.....	۱۷۹
ماده ۲۰۶: اعتبار وکالت خط.....	۱۸۰
ماده ۲۰۷: عدم جواز ایفای وظیفه قضات و کارمندان اداری محکمه به عنوان وکیل مدافع.....	۱۸۰
ماده ۲۰۸: حالاتی که قضات و کارمندان اداری می توانند اصالتاً و نیابتاً به دفع دعوی بپردازند.....	۱۸۱
ماده ۲۰۹: تشخیص اصیل از نایب.....	۱۸۱
ماده ۲۱۰: تقدیم صورت دعوی در دو نسخه توسط مدعی.....	۱۸۲
ماده ۲۱۱: تقدیم جواب دعوی توسط مدعی علیه به محکمه.....	۱۸۳
ماده ۲۱۲: تعیین تأریخ جلسه.....	۱۸۳
ماده ۲۱۳: تنظیم جلسه قضایی.....	۱۸۳
ماده ۲۱۴: نصاب جلسه هیأت قضایی.....	۱۸۵

## فهرست مطالب ك

- ماده ۲۱۵: اقامه شهود ذوی الیدی بعد از احراز شرایط صحت دعوی ..... ۱۸۵
- ماده ۲۱۶: رایاه اسناد با تأخیر ..... ۱۸۶
- ماده ۲۱۷: تدویر جلسه قضایی برای بررسی سند ..... ۱۸۷
- ماده ۲۱۸: اصلاح صورت دعوی و دفاعیه قبل از دوران دعوی ..... ۱۸۷
- ماده ۲۱۹: عدم جواز فیصله های جداگانه در برابر مدافعات و مدعیات جداگانه ..... ۱۸۸
- ماده ۲۲۰: عدم اختتام دعوی در یک جلسه ..... ۱۸۹
- ماده ۲۲۱: وفات یکی از طرفین دعوی در وقت محاکمه ..... ۱۸۹
- ماده ۲۲۲: تقاضای وقت اضافی توسط مدعی برای اثبات دعوی ..... ۱۹۰
- ماده ۲۲۳: مهلت دادن به طرفین دعوی ..... ۱۹۰
- ماده ۲۲۴: مطالبه اوراق از مراجع مربوط توسط محکمه ..... ۱۹۱
- ماده ۲۲۵: انکار یا ادعای جعلی بودن اسناد ..... ۱۹۱
- ماده ۲۲۶: دعوی حادث و دعوی اصلی ..... ۱۹۲
- ماده ۲۲۷: صدور قرار در خصوص دعوی حادث ..... ۱۹۳
- ماده ۲۲۸: احاله دعوی حادث به محکمه ابتدائیه توسط محکمه استیناف ..... ۱۹۳
- ماده ۲۲۹: عدم سپری کردن مراتب مقدماتی دعوی حادث ..... ۱۹۳
- ماده ۲۳۰: حکمیت میان طرفین دعوی ..... ۱۹۴
- ماده ۲۳۱: صلح طرفین ..... ۱۹۴
- ماده ۲۳۲: عدم صلح طرفین دعوی و صدور فیصله ..... ۱۹۵
- ماده ۲۳۴: تکالیف تحریرات محکمه در جریان محاکمه ..... ۱۹۶
- ماده ۲۳۴: عدم ختم محاکمه و موکول شدن آن به جلسه بعدی ..... ۱۹۷
- ماده ۲۳۵: حفظ محضر، اوراق و سوابق قضیه در محکمه ..... ۱۹۷
- ماده ۲۳۶: مطالبه توضیحات اضافی از طرفین و ختم اعلان جلسه ..... ۱۹۸
- ماده ۲۳۷: مباحث قضایی ..... ۱۹۸
- ماده ۲۳۸: عدم استناد شاملین قضیه به دلایلی که توسط محکمه تحقیق نشده است ..... ۱۹۹
- ماده ۲۳۹: فوت و جنون طرفین دعوی مانع اصدار حکم در مرحله نهایی نمی گردد ..... ۲۰۰
- ماده ۲۴۰: درخواست شخص ثالث مبنی بر مطالبه حق در جریان دعوی ..... ۲۰۱
- ماده ۲۴۱: ختم اعلام محاکمه به طرفین ..... ۲۰۲
- ماده ۲۴۲: خاتمه یافتن حق اظهارات طرفین بعد از اعلام اختتام محاکمه ..... ۲۰۲
- ماده ۲۴۳: داخل شدن هیأت قضایی به اتاق مشاوره قضایی ..... ۲۰۳
- ماده ۲۴۴: اعلام حکم به طرفین ..... ۲۰۳
- ماده ۲۴۵: عدم موجودیت اتاق مشاوره قضایی ..... ۲۰۳
- فصل سیزدهم: فیصله و حکم محکمه ..... ۲۰۴**
- ماده ۲۴۶: تعریف فیصله ..... ۲۰۴
- ماده ۲۴۷: قانونی و مستدل بودن فیصله ..... ۲۰۴
- ماده ۲۴۸: صدور فیصله براساس دلایل ..... ۲۰۵
- ماده ۲۴۹: حضور هیأت قضایی در اتاق مشوره ..... ۲۰۵
- ماده ۲۵۰: حکم محکمه ..... ۲۰۵
- ماده ۲۵۱: مخالفت یکی از اعضای هیأت قضایی با فیصله ..... ۲۰۶
- ماده ۲۵۲: عدم افشای نظریات اتاق مشاوره ..... ۲۰۶

۲۰۷	ماده ۲۵۳: تحریر و مهر و امضای فیصله
۲۰۷	ماده ۲۵۴: عناصر اصلی فیصله
۲۰۷	ماده ۲۵۵: بخش مقدمه
۲۰۸	ماده ۲۵۶: بخش تشریح
۲۰۸	ماده ۲۵۷: بخش استدلال فیصله
۲۰۸	ماده ۲۵۸: بخش نتیجه
۲۰۹	ماده ۲۵۹: نص حکم
۲۱۰	ماده ۲۶۰: شرایط نص حکم
۲۱۰	ماده ۲۶۱: ترتیب و ابلاغ حکم در ظرف ده روز
۲۱۰	ماده ۲۶۲: عدم تغییر فیصله بعد از ابلاغ
۲۱۱	ماده ۲۶۳: تصحیح اغلاط املائی و عددی
۲۱۲	ماده ۲۶۴: وجود ابهام در فیصله
۲۱۲	ماده ۲۶۵: پرداخت وجه مالی به اقساط
۲۱۳	ماده ۲۶۶: قطعی شدن حکم محکمه ابتدائیه مدنی
۲۱۷	<b>فصل چهاردهم: قرار محکمه</b>
۲۱۷	ماده ۲۶۷: تعریف قرار
۲۱۷	ماده ۲۶۸: تنظیم و صدور قرار
۲۱۷	ماده ۲۶۹: صدور قرار در موضوعات عادی
۲۱۸	ماده ۲۷۰: ابلاغ قرار به طرفین دعوی
۲۱۸	ماده ۲۷۱: عناصر قرار
۲۱۹	<b>فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت)</b>
۲۱۹	ماده ۲۷۲: تعریف وسایل اثبات
۲۱۹	ماده ۲۷۳: تعریف اقرار
۲۲۰	ماده ۲۷۴: شروط اقرار
۲۲۱	ماده ۲۷۵: شرایط اقرار
۲۲۱	ماده ۲۷۶: اقرار به نفع شخص غایب
۲۲۲	ماده ۲۷۷: عدم جواز رجوع از اقرار
۲۲۲	ماده ۲۷۸: جواز اقرار به مشاع (ملکیت مشترک)
۲۲۳	ماده ۲۷۹: اقرار مدعی مدعی علیه
۲۲۳	ماده ۲۸۰: انکار مدعی علیه
۲۲۳	ماده ۲۸۱: تعریف و مصادیق مدارک اثباتیه
۲۲۴	ماده ۲۸۲: انواع اسناد
۲۲۴	ماده ۲۸۳: تعریف سند رسمی و عرفی
۲۲۴	ماده ۲۸۴: دلیل الزام بودن سند رسمی قبل از دوران دعوی
۲۲۶	ماده ۲۸۵: سند رسمی به عنوان دلیل الزام علیه شهود معرفت
۲۲۶	ماده ۲۸۶: اقرار مدعی علیه
۲۲۷	ماده ۲۸۷: اسناد مُثَبِّتَه
۲۲۹	ماده ۲۷۶: تعریف سند عرفی
۲۳۰	ماده ۲۸۹: امضاء، مهر و شصت اسناد عرفی

## فهرست مطالب م

- ماده ۲۹۰: تثبیت خط و امضای طرفین در سند عرفی توسط اهل خبره و کار شناس..... ۲۳۰
- ماده ۲۹۱: تکلیف اشخاص مبنی بر تأیید یا انکار امضاء و شصت ..... ۲۳۱
- ماده ۲۹۲: اقرار، انکار و اظهار بی طرفی توسط ورثه ..... ۲۳۲
- ماده ۲۹۳: برخی مصادیق اسناد عرفی..... ۲۳۲
- ماده ۲۹۴: شهادت دو شاهد در وثایق..... ۲۳۳
- ماده ۲۹۵: ترتیب وثیقه توسط یکی از شرکا ..... ۲۳۴
- ماده ۲۹۶: ترتیب وثایق برای قاضی و کارکنان محکمه ..... ۲۳۴
- ماده ۲۹۷: ترتیب وثایق قضات و کارمندان محکمه در محکمه همجوار..... ۲۳۵
- ماده ۲۹۸: واری عرایض مربوط به مشبوهیت و جعل اسناد رسمی ..... ۲۳۵
- ماده ۲۹۹: ارجاع دعوی جعل و تزویر اسناد به محکمه ولسوالی و شهری ..... ۲۳۶
- ماده ۳۰۰: تعلیق فیصله توسط محکمه جزایی الی اثبات و عدم اثبات جعل و تزویر اسناد در محکمه مدنی..... ۲۳۷
- ماده ۳۰۱: عدم وارد بودن ادعای جعل و مشبوهیت و قرار صدور عدم دوران دعوی ..... ۲۳۸
- ماده ۳۰۲: وارد بودن ادعای جعل و مشبوهیت و قرار صدور دعوی..... ۲۳۸
- ماده ۳۰۳: مشبوه بودن سند و مطالبه مثنای سند توسط محکمه..... ۲۳۸
- ماده ۳۰۴: اضافات میان سطر ها و حواشی سند رسمی..... ۲۳۹
- ماده ۳۰۵: نوشتن عبارات توسط داین در روی و پشت سند ..... ۲۴۰
- ماده ۳۰۶: مطالبه سند توسط محکمه از مراجع رسمی در صورت عجز شهروند..... ۲۴۰
- ماده ۳۰۷: ترتیب اسناد در خارج از کشور ..... ۲۴۱
- ماده ۳۰۸: ترتیب سند به لسان خارجی ..... ۲۴۲
- ماده ۳۰۹: ادعای مشبوهیت و جعل سند در جریان محاکمه ..... ۲۴۳
- ماده ۳۱۰: موثر و عدم موثر بودن ادعای مشبوهیت و جعل اسناد..... ۲۴۴
- ماده ۳۱۱: تعقیب ادعای مشبوهیت و جعل در مدت یک ماه..... ۲۴۴
- ماده ۳۱۲: عدم حضور مدعی مشبوهیت و جعل در محکمه در مدت یک ماه..... ۲۴۵
- ماده ۳۱۳: گزارش محکمه رسیدگی کننده به دعوی جعل به محکمه اصلی..... ۲۴۵
- ماده ۳۱۴: رعایت نکات ضروری در رسیدگی اسناد مشبوه و جعلی..... ۲۴۶
- ماده ۱۱۵: وضع لایحه جداگانه برای رسیدگی به دعاوی جعل و مشبوهیت ..... ۲۴۶
- ماده ۳۱۶: ادعای مرافعه خواهی در قضایای مدنی و حقوق عامه در باره جعل و مشبوهیت، ابراء، صلح و اقرار ..... ۲۴۷
- ماده ۳۱۷: رسیدگی به وثایق و فیصله های توسط محکمه استیناف ..... ۲۴۸
- ماده ۳۱۸: رد مرافعه خواهی توسط محکمه مرافعه..... ۲۴۸
- ماده ۳۱۹: عدم اعطای مثنای سند جعلی به اشخاص توسط محکمه وثایق ..... ۲۴۹
- ماده ۳۲۰: تحریر خلاصه حکم ابطال در ذیل اصل و کننده سند جعلی ..... ۲۴۹
- ماده ۳۲۱: تعریف، نصاب و درجه اثباتیه شهادت ..... ۲۵۱
- ماده ۳۲۲: استماع شهادت شهود طور جداگانه..... ۲۵۳
- ماده ۳۲۳: معلوم نمودن شهرت مکمل شهود..... ۲۵۳
- ماده ۳۲۴: احضار شهود ..... ۲۵۳
- ماده ۳۲۵: حاضر شدن یکی از شهود به جلسه قضایی..... ۲۵۵
- ماده ۳۲۶: ثبت و قرانت شهادت شهود..... ۲۵۶
- ماده ۳۲۷: ذکر حدود اربعه عقار و اشاره به مدعی بها..... ۲۵۷
- ماده ۳۲۸: حکم/ اثر شهادت ..... ۲۵۹

۲۵۹	..... ماده ۳۲۹: اقامه شهود ذوالبیدی در دعوی دفع تعرض
۲۶۳	..... ماده ۳۰۰: تعیین میعاد برای احضار شهود
۲۶۴	..... ماده ۳۰۱: عجز مدعی از احضار شهود
۲۶۴	..... ماده ۳۳۲: جلب شهود
۲۶۵	..... ماده ۳۳۳: نصاب شهودت متواتر
۲۶۶	..... ماده ۳۳۴: عدم اعتبار شهادت شهود خارج از محکمه
۲۶۶	..... ماده ۳۳۵: عدم پذیرش شهادت اصل در باره فرع و سایر اقارب
۲۶۸	..... ماده ۳۳۶: شهادت شریک در باره شریک و رفیق در باره رفیق
۲۶۸	..... ماده ۳۳۷: تزکیه شهود
۲۷۲	..... ماده ۳۳۸: تعریف و مصداق قرینه قاطعه
۲۷۴	..... ماده ۳۳۹: تعریف و شرط استناد به قرینه مستنبطه
۲۷۵	..... ماده ۳۴۰: توجیه سوگند به مدعی علیه در صورت عجز از ارائه وسایل اثباتیه
۲۷۶	..... ماده ۳۴۱: ادای سوگند از سوی مدعی علیه
۲۷۶	..... ماده ۳۴۲: سوگند واحد در دعاوی حاوی مطالبه متعدد
۲۷۷	..... ماده ۳۴۳: سوگند و نکول از سوگند خارج از محکمه
۲۷۸	..... ماده ۳۴۴: عدم جواز نیابت در سوگند
۲۷۹	..... ماده ۳۴۵: اسقاط حق سوگند
۲۸۱	..... ماده ۳۴۶: نکول از سوگند
۲۸۱	..... ماده ۳۴۷: متوسل شدن مدعی علیه به دفع صحیح
۲۸۲	..... ماده ۳۴۸: اثبات مصادیق دفع صحیح توسط مدعی بالدفع
۲۸۳	..... ماده ۳۴۹: ادای سوگند توسط مدعی
۲۸۳	..... ماده ۳۵۰: اقرار و عدم اقرار مدعی بالدفع
۲۸۴	..... ماده ۳۵۱: رعایت شرایط عمومی دعوی در دعوی بالدفع
۲۸۴	..... ماده ۳۵۲: سوگند متمم و موارد توجیه آن
۲۸۷	..... ماده ۳۵۳: محلوف به
۲۸۸	..... ماده ۳۵۴: عدم جواز نیابت در سوگند
۲۸۸	..... ماده ۳۵۵: سوگند قاطع و سوگند به علم
۲۸۹	..... ماده ۳۵۶: قاطع به سبب و به نتیجه
۲۹۰	..... ماده ۳۵۷: رد سوگند
۲۹۱	..... <b>باب سوم: اجراءات در محاکم فوقانی</b>
۲۹۱	..... <b>فصل اول: شکایات و اعتراض بر فیصله های محاکم تحتانی</b>
۲۹۱	..... ماده ۳۵۸: تعریف شکایت و اعتراض
۲۹۲	..... ماده ۳۵۹: شکایت و اعتراض به محاکم استیناف و ستره محکمه
۲۹۳	..... ماده ۳۶۰: اعتراض خارنوال مدنی
۲۹۳	..... ماده ۳۶۱: اسباب اعتراض یا شکایت
۲۹۴	..... ماده ۳۶۲: شرایط اساسی شکایت یا اعتراض
۲۹۶	..... ماده ۳۶۳: رسیدگی به شکایت و اعتراض از احکام محاکم ابتدائیه
۲۹۶	..... ماده ۳۶۴: رسیدگی به اعتراض از فیصله های محاکم استیناف
۲۹۷	..... ماده ۳۶۵: مدت تقدیم شکایت و اعتراض


۲۹۹	فصل دوم: صورت تقدیم شکایت یا اعتراض
۲۹۹	ماده ۳۶۶: عریضه به محکمه استیناف یا ستره محکمه
۳۰۰	ماده ۳۶۷: تقدیم عریضه به محکمه فوقانی
۳۰۱	ماده ۳۶۸: ابراز عدم رضایت در ورقه ابلاغ حکم
۳۰۱	ماده ۳۶۹: محتویات عریضه
۳۰۱	ماده ۳۷۰: دادن رسید به شاکی
۳۰۲	ماده ۳۷۱: انقضای میعاد شکایت
۳۰۴	ماده ۳۷۲: امضای شکایت نامه توسط شاکی یا ممثل قانونی او
۳۰۴	ماده ۳۷۳: اعتراض خارنوال
۳۰۵	ماده ۳۷۴: شکایت ممثل قانونی
۳۰۶	ماده ۳۷۵: مطالبه اوراق مربوط به فیصله از محکمه تحتانی توسط محکمه فوقانی
۳۰۶	ماده ۳۷۶: رسیدن اوراق مربوط به فیصله در محکمه استیناف
۳۰۷	ماده ۳۷۷: تقدیم شکایت یا اعتراض مفصل توسط شاکی در ظرف بیست روز
۳۰۷	ماده ۳۷۸: محتویات اعتراض یا شکایت مفصل
۳۰۸	ماده ۳۷۹: تقدیم شکایت یا اعتراض در دو نسخه
۳۱۱	فصل سوم: اجراءات مقدماتی محکمه فوقانی
۳۱۱	ماده ۳۸۰: دادن یک نقل شکایت به محکوم له
۳۱۱	ماده ۳۸۱: امتناع شاکی از ارایه اعتراض مفصل
۳۱۲	ماده ۳۸۲: موارد صدور قرار تعطیل اجراءات
۳۱۳	ماده ۳۸۳: محاسبه موعد مرور زمان
۳۱۴	ماده ۳۸۴: انصراف از شکایت
۳۱۵	ماده ۳۸۵: شنیدن اظهارات طرفین و خارنوال مدنی توسط محکمه استیناف
۳۱۵	ماده ۳۸۶: اصلاح طرفین
۳۱۶	فصل چهارم: تدویر جلسه قضایی غرض رسیدگی به شکایت و اعتراض
۳۱۷	ماده ۳۸۷: اتخاذ تدابیر توسط رئیس جلسه قضایی
۳۱۷	ماده ۳۸۸: اعلان رسیدگی موضوعات توسط رئیس جلسه
۳۱۸	ماده ۳۸۹: معطل قرار دادن جلسه به دلیل عدم حضور یکی از طرفین
۳۱۸	ماده ۳۹۰: عدم حضور شاملین قضیه به دلیل عذر موجه
۳۱۹	ماده ۳۹۱: عدم حضور خارنوال مدنی و وکیل مدافع در جلسه قضایی
۳۱۹	ماده ۳۹۲: رسیدگی قضیه
۳۲۰	ماده ۳۹۳: ارزیابی قانونی بودن و مدلل بودن فیصله محکمه ابتدائیه
۳۲۱	ماده ۳۹۴: استماع اظهارات طرفین
۳۲۲	ماده ۳۹۵: اظهارات خارنوال مدنی
۳۲۳	ماده ۳۹۶: رفتن هیأت قضایی به اتاق مشاوره
۳۲۳	ماده ۳۹۷: مشوره و اعلان تصمیم توسط هیأت قضایی
۳۲۳	ماده ۳۹۸: صلاحیت های محکمه استیناف
۳۲۷	ماده ۳۹۹: اسباب بطلان
۳۲۹	ماده ۴۰۰: اسباب نقض
۳۳۰	ماده ۴۰۱: تأیید فیصله های محاکم تحتانی توسط محاکم فوقانی توسط قرار

۳۳۳	فصل پنجم: صدور قرار محکمه فوقانی مبنی بر عدم صحت فیصله و نقض آن
۳۳۳	ماده ۴۰۲: صدور قرار مبنی بر نقض فیصله محکمه ابتدائیه و عناصر قرار
۳۳۴	ماده ۴۰۳: نقض فیصله و احاله آن به محکمه ابتدائیه
۳۳۵	ماده ۴۰۴: قطعی بودن قرار محکمه استیناف
۳۳۵	ماده ۴۰۵: تطبیق مندرجات قرار محکمه استیناف توسط محکمه ابتدائیه
۳۳۷	ماده ۴۰۶: رد شکایت یا اعتراض توسط محکمه استیناف
۳۳۹	فصل ششم: تقدیم شکایت و اعتراض بر قرار محکمه تحتانی
۳۳۹	ماده ۴۰۷: تقدیم شکایت و اعتراض علیه قرار های محاکم ابتدائیه
۳۳۹	ماده ۴۰۸: قرار های قابل اعتراض
۳۴۰	ماده ۴۰۹: صلاحیت های محاکم استیناف در خصوص قرار
۳۴۱	ماده ۴۱۰: واجب التعمیل بودن قرار های محاکم استیناف
۳۴۳	فصل هفتم: صلاحیت های محاکم فوقانی در رسیدگی به شکایات علیه احکام صادر محکمه تحتانی
۳۴۳	ماده ۴۱۱: مرجع شکایت در صورت تعارض صلاحیت میان محاکم ابتدائیه
۳۴۳	ماده ۴۱۲: سقوط حق اقامه دعوی در اثر مرور زمان
۳۴۴	ماده ۴۱۳: تقدیم شکایت توسط مدعی دعوی در موعد قانونی
۳۴۵	ماده ۴۱۴: محفوظ بودن حق شکایت برای اصیل و نایب
۳۴۶	ماده ۴۱۵: عدم جواز حل و فصل دعوی به صورت مستقیم توسط محکمه استیناف
۳۴۷	ماده ۴۱۶: عدم اعتبار رضایت صغیر، مجنون و معتوه و نایب آنها نسبت به فیصله محکمه
۳۴۷	ماده ۴۱۷: موارد ضمنی قناعت به حکم محکمه ابتدائیه
۳۴۸	ماده ۴۱۸: عدم حضور محکوم علیه پس از تقدیم شکایت در محکمه استیناف
۳۵۰	ماده ۴۱۹: عدم حضور طرف مقابل معترض در محکمه استیناف
۳۵۱	ماده ۴۲۰: عدم سقوط حق شخص ثالث در صورت سقوط حق دعوی طرفین دعوی
۳۵۲	ماده ۴۲۱: اعتراض شخص ثالث بعد از تطبیق حکم نهایی
۳۵۳	ماده ۴۲۲: عدم جواز نقض و بطلان حکم محکمه توسط محکمه هم درجه
۳۵۳	ماده ۴۲۳: تحدید قیمت مدعی بها
۳۵۴	ماده ۴۲۴: تعدد محکوم علیه و قابل تجزیه بودن حکم
۳۵۴	ماده ۴۲۵: تطبیق قواعد عمومی اعتراض بر فیصله ها و قرارهای نهایی و غیرنهایی
۳۵۵	ماده ۴۲۶: رسیدگی به شکایت توسط محاکم استیناف
۳۵۶	ماده ۴۲۷: تأیید فیصله و قرار های قانونی محاکم ابتدائیه توسط استیناف
۳۵۶	ماده ۴۲۸: عدم رعایت قانونیت در فیصله محکمه
۳۵۷	ماده ۴۲۹: بطلان فیصله محکمه ابتدائیه
۳۵۹	باب چهارم: اجراءات در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه
۳۵۹	ماده ۴۳۰: صلاحیت های دیوان های قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه
۳۶۱	فصل اول: رسیدگی ابتدایی قضایا
۳۶۱	ماده ۴۳۱: رسیدگی ابتدایی قضیه در صورت نقض دو بار حکم محکمه استیناف
۳۶۱	ماده ۴۳۲: رسیدگی ابتدایی احکام محاکم
۳۶۲	ماده ۴۳۳: نهایی بودن حکم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه
۳۶۲	ماده ۴۳۴: تطبیق قواعد اصول محاکمه
۳۶۳	ماده ۴۳۵: بروز اختلاف در فیصله دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه



۳۶۵	..... فصل دوم: شرایط فرجام خواهی و اجراءات مربوط به آن
۳۶۵	..... ماده ۴۳۶: شرط فرجام خواهی
۳۶۶	..... ماده ۴۳۷: مدت فرجام خواهی
۳۶۷	..... ماده ۴۳۸: مرجع فرجام خواهی
۳۶۸	..... ماده ۴۳۹: فرجام خواه در قضایای حقوق عامه
۳۶۸	..... ماده ۴۴۰: عناصر مهم استدعای فرجام خواهی
۳۶۹	..... ماده ۴۴۱: عدم تکمیل استدعای فرجام خواهی
۳۶۹	..... ماده ۴۴۲: عدم قناعت در ذیل پارچه ابلاغ حکم
۳۷۰	..... ماده ۴۴۳: ترتیب فورمه فرجام خواهی
۳۷۰	..... ماده ۴۴۴: مطالبه فیصله محکمه استیناف
۳۷۱	..... ماده ۴۴۵: فرستادن اوراق مربوط به فیصله در ظرف یک هفته از محاکم استیناف ولایات
۳۷۱	..... ماده ۴۴۶: ضمانت اجرای عدم فرستادن اوراق مربوط به دوسیه
۳۷۲	..... ماده ۴۴۷: احاله اوراق توسط اداره دولتی به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه
۳۷۲	..... فصل سوم: رسیدگی در مرحله نهایی
۳۷۳	..... ماده ۴۴۸: تطبیق احکام مندرج باب سوم در رسیدگی نهایی
۳۷۳	..... ماده ۴۴۹: صلاحیت های ستره محکمه در رسیدگی نهایی
۳۷۷	..... فصل چهارم: رسیدگی به احکام نهایی محاکم تحتانی از نظر قانونیت
۳۷۷	..... ماده ۴۵۰: مرجع فرجام رسی
۳۷۷	..... ماده ۴۵۱: صلاحیت های دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه
۳۷۹	..... ماده ۴۵۲: اسباب بطلان و نقض در مرحله نهایی
۳۷۹	..... ماده ۴۵۳: نقض حکم محاکم استیناف بدون شکایت شاکی
۳۸۰	..... ماده ۴۵۴: استناد به استناد تقنینی نافذ حین صدور حکم
	..... ماده ۴۵۵: لزوم استدعای جدید به محکمه استیناف در صورت نقض حکم محکمه استیناف توسط دیوان
۳۸۰	..... قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه
۳۸۱	..... ماده ۴۵۶: اعتراضات خارج از موضوع فیصله
۳۸۱	..... ماده ۴۵۷: فرجام رسی دعوی حادث
۳۸۲	..... ماده ۴۵۸: توقف تنفیذ احکام محاکم در صورت فرجام خواهی
۳۸۲	..... ماده ۴۵۹: جلب طرفین دعوی
۳۸۳	..... ماده ۴۶۰: نقض حکم محکمه استیناف ولایت
۳۸۳	..... ماده ۴۶۱: بررسی قانونیت حکم محکمه ابتدائیه
۳۸۴	..... ماده ۴۶۲: نقض فیصله محکمه استیناف برای بار دوم
۳۸۴	..... ماده ۴۶۳: تأیید حکم دومی دیوان حقوق عامه و مدنی محکمه استیناف
۳۸۵	..... ماده ۴۶۴: نقض قرار محکمه ابتدائیه توسط محکمه استیناف
۳۸۶	..... ماده ۴۶۵: اشتباه جزئی و شکلی در فیصله محاکم تحتانی
۳۸۶	..... ماده ۴۶۶: مطالبه اصل اوراق توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه
۳۸۷	..... ماده ۴۶۷: عدم تقدیم اعتراض و عدم حضور فرجام خواه در مدت یک ماه
۳۸۷	..... ماده ۴۶۸: عناصر قرار دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه
۳۸۸	..... ماده ۴۶۹: نقض و بطلان فیصله و قرار محکمه استیناف
۳۸۹	..... ماده ۴۷۰: اثر نقض حکم محاکم تحتانی نسبت به اشخاص ثالث

.....	ماده ۴۷۱: اثر فوت محکوم علیه فرجام خواه	.....	۳۹۰
.....	ماده ۴۷۲: عدم جواز فرجام خواهی علیه شخص ثالث	.....	۳۹۰
.....	ماده ۴۷۳: فوت محکوم علیه بعد از انقضای میعاد فرجام خواهی	.....	۳۹۱
.....	ماده ۴۷۴: عدم تزکیه شهود	.....	۳۹۱
.....	ماده ۴۷۵: بروز اختلاف در مورد انقضای مدت	.....	۳۹۲
.....	ماده ۴۷۶: رسیدگی دیوان فرجام رسی	.....	۳۹۲
.....	ماده ۴۷۷: ذکر دلایل طرفین، مواد قانون و حکم شریعت در فیصله	.....	۳۹۳
.....	ماده ۴۷۸: تردید و قبول اعتراضات	.....	۳۹۳
.....	ماده ۴۷۹: قرار و فیصله های غیر قابل فرجام رسی	.....	۳۹۳
.....	<b>باب پنجم: تجدید نظر بر فیصله ها و قرار های نهایی در قضایای مدنی و حقوق عامه</b>	.....	۳۹۷
.....	<b>فصل اول: تجدید نظر</b>	.....	۳۹۷
.....	ماده ۴۸۰: اعتراض قاضی القضاات، لوی خازنوال و متضرر در صورت ظهور دلایل جدید	.....	۳۹۷
.....	ماده ۴۸۱: مرجع ذیصلاح تجدید نظر	.....	۳۹۸
.....	ماده ۴۸۲: اسباب تجدید نظر	.....	۳۹۸
.....	<b>فصل دوم: اجراءات مربوط به تجدید نظر</b>	.....	۴۰۱
.....	ماده ۴۸۳: لغو حکم در صورت دلایل موجه	.....	۴۰۱
.....	ماده ۴۸۴: مطالبه سوابق موضوع قضیه توسط شورای عالی ستره محکمه	.....	۴۰۱
.....	ماده ۴۸۵: اجراءات کمیسیون مندرج ماده ۴۸۴ ق. ا. م. م	.....	۴۰۲
.....	ماده ۴۸۶: فرستادن نظریات کمیسیون تجدید نظر به ریاست دارالانشای	.....	۴۰۲
.....	ماده ۴۸۷: مرجع درخواست تجدید نظر	.....	۴۰۳
.....	ماده ۴۸۸: میعاد تقدیم استدعای تجدیر نظر در قضایای احوال شخصیه	.....	۴۰۳
.....	ماده ۴۸۹: میعاد رسیدگی تجدید نظر	.....	۴۰۴
.....	<b>باب ششم: احکام متفرقه</b>	.....	۴۰۵
.....	ماده ۴۹۰: بی اعتبار بودن تصامیم و قرار های مجالس غیر قضایی	.....	۴۰۵
.....	ماده ۴۹۱: قضاوت در مواضات مدنی بعد از تقدیم عریضه و صورت دعوی	.....	۴۰۵
.....	ماده ۴۹۲: عدم واگذاری صلاحیت توسط قاضی به قاضی دیگر	.....	۴۰۵
.....	ماده ۴۹۳: عدم جواز تأخیر و تعطیل قضایای بدون موجب	.....	۴۰۶
.....	ماده ۴۹۴: پرهیز از کردار و گفتار نزاهت قضایی	.....	۴۰۶
.....	ماده ۴۹۵: تقیید و تخصیص قضاوت قاضی	.....	۴۰۶
.....	ماده ۴۹۶: نماینده دولت در قضایای متوفی بدون وارث	.....	۴۰۷
.....	ماده ۴۹۷: عدم جواز تلقین قاضی به شاملین قضیه	.....	۴۰۷
.....	ماده ۴۹۸: احاطه قاضی بر قوانین، شرع و عرف	.....	۴۰۸
.....	ماده ۴۹۹: حکم به نفع و ضرر یکی از ورثه و اثر آن نسبت به سایر ورثه ها	.....	۴۰۸
.....	ماده ۵۰۰: قاعده قضاء مظهر است نه مثبت	.....	۴۱۱
.....	ماده ۵۰۱: اثبات محکوم به در صورت صدور حکم مطابق شریعت در نبود قوانین	.....	۴۱۱
.....	ماده ۵۰۲: عدم جواز خصم واقع شدن صغیر، مجنون، معتوه و محجور	.....	۴۱۲
.....	ماده ۵۰۳: موارد غیر قابل استیناف بودن حکم محکمه ابتدائیه شهری و ولسوالی	.....	۴۱۳
.....	ماده ۵۰۴: وضع طرز العمل ها و لوایح	.....	۴۱۳
.....	ماده ۵۰۵: فیصله های محاکم ولسوالی که اسباب حکم در آن سوگند است	.....	۴۱۳

فهرست مطالب  ق

ماده ۵۰۶: انفاذ ..... ۴۱۵

فهرست منابع ..... ۴۱۹



## اختصارات

قانون اساسی .....	ق. ۱
قانون مدنی .....	ق. م
قانون مدنی افغانستان .....	ق. م. ۱
قانون اصول محاکمات مدنی .....	ق. ا. م. م.
جلد .....	ج
رجوع کنید به .....	ر. ک
نگاه کنید به .....	نک
هجری شمسی .....	ه. ش
هجری قمری .....	ه. ق
میلادی .....	م
صفحه .....	ص
صفحات .....	صص
چاپ .....	چ
بدون تاریخ .....	بی تا



## مقدمه:

قانون اصول محاکمات مدنی یکی از مهم ترین قوانین شکلی است که اقامه دعوی مدنی، صدور حکم توسط محکمه ذیصلاح مدنی، استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدیدنظر بر فیصله های محاکم را تنظیم می نماید.

به رغم اهمیت قانون اصول محاکمات مدنی از سال ۱۳۶۹ الی اکنون بر آن شرحی نوشته نشده است. برخی استادان کتاب های در خصوص اصول محاکمات مدنی افغانستان نوشته اند که در آنها بیشتر بر نظریه های عمومی در خصوص اصول محاکمات تأکید شده است. بنابراین، در این کتاب ها قواعد از مواد ق. ا. م. م استنباط نگردیده و مثال ها برای آن ارائه نشده است بلکه کلیات و چهارچوب های عمومی مورد بحث قرار گرفته و در لابلای این کلیات و چهارچوب ها عمومی و نظری، مواد ق. ا. م. م گاه گاهی نقل شده است. برخی از این کتاب ها قرار ذیل اند:

- ۱) اصول محاکمات مدنی، نوشته استاد پوهاند نصرالله ستانکزی؛
  - ۲) اصول محاکمات مدنی، نوشته استاد ظریف علم ستانکزی؛
  - ۳) اصول محاکمات مدنی، نوشته استاد هاشم احمدی؛
  - ۴) اصول محاکمات مدنی، نوشته داکتر ثریا عمرانی مکی؛
  - ۵) اصول محاکمات مدنی، نوشته استاد داکتر علی محمد میرزایی؛ و
  - ۶) طرز رسیدگی به دعاوی حقوقی در محاکم ابتدائیه، نوشته آقای قضاوتمند سید آغا رستم خیل. اما، این کتاب دارای خصوصیت های ذیل است:
- ۱) این کتاب اولین شرح بر قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان است. شرح ها به طور عموم با استفاده از یکی از روش های ذیل تحریر می گردند:
- ۱- شرح نظری (علمی) که محقق در صدد پیدا کردن مبانی و بنیاد های قانون و نظریات علمی که مواد قانون مقتبس از آن است.
  - ۲- شرح عملی که نویسنده با توجه به رویه ها و رایه مثال های عملی قانون را شرح می نماید.
  - ۳- شرح مقایسوی که نویسنده دو یا سه قانون ممالک مختلف را مقایسه و شرح می نماید.

۴- شرح تأریخی که نویسنده با استفاده از تأریخ وضع قانون، قانون را شرح می نماید مانند شرح فقهی و تأریخی قانون مدنی.

۴- شرح موضوعی که نویسنده معمولاً مباحث معین از قانون را شرح می نماید.

۵- شرح ترتیبی که نویسنده معمولاً همه مواد قانون را به ترتیب شرح می نماید. نویسنده در شرح قانون اصول محاکمات مدنی از شرح ترتیبی و عملی استفاده نموده است.

۲) از نظر روش تحقیق براساس مکان از روش کتابخانه ای استفاده شده است زیرا نویسنده کتاب ها، مقالات، رسالات و سایر منابع ای را که در این خصوص وجود دارد مورد مطالعه قرار داده است. از نظر جنس داده ها از تحقیق کیفی استفاده شده است زیرا نویسنده در این تحقیق در صدد بیان کیفیت قواعد حقوقی مندرج در قانون اصول محاکمات مدنی است.

۳) مواد قانون اصول محاکمات مدنی به دلیل کلاسیک بودن سبک قانونگذاری فاقد عنوان است. عناوین مواد توسط نویسنده با توجه به محتوای مواد اضافه گردیده است.

۴) با توجه به این که نظام حقوقی افغانستان اسلام- رومن ژرمنیک است و قضایای قبلی (Precedents) در نظام حقوقی افغانستان منبع حقوق نیست و قضایای حقیقی توسط ستره محکمه یا هیچ نهاد دیگری نشر نمی شوند، از قضایای عملی در شرح مواد ق. م استفاده صورت نگرفته است، بلکه مثال های ارایه شده در این کتاب مثال های نظری و فرضی است.

۵) در شرح مواد ق. م از روش تفسیر ادبی، ساختاری- منطقی، تفسیر وسیع و محدود استفاده صورت گرفته است. همچنین، در شرح مواد ق. ا. م. م هم از روش تفسیر متن گرایی (Textualism) و هم از روش تفسیر قصد گرایی (Intentionalism) استفاده صورت گرفته است.

۶) در این کتاب، اول مواد ق. ا. م. م نقل گردیده است و سپس قواعدی که از مواد استنباط می گردد، استنباط شده است و سپس برای هر قاعده حداقل یک مثال فرضی و عملی ارایه گردیده است. بنابراین، در این دور شرح ق. ا. م. م بیشتر از ۵۰۵ مثال فرضی برای هر ماده از سوی نویسنده طراحی و ارایه شده است. علاوه بر این، تمام متحدالمال ها و سیمینار های ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان مورد مطالعه قرار گرفته و در ذیل هر ماده متحدالمال و سیمینار مربوطه نقل شده است.

۷) در شرح این دور ق. ا. م. م از روش شرح مواد ق. ا. م. م به صورت ماده وار صورت گرفته است. به عبارت دیگر: در شرح این مواد از روش شرح ترتیبی نه موضوعی قانون استفاده صورت گرفته است.

۸) بعد از استنباط قواعد از مواد ق. ا. م. م لغات و اصطلاحات صرف یک بار تعریف شده است. زیرا، تکرار تعاریف باعث طویل شدن کتاب می گردد.

۹) برای جلوگیری از طویل شدن کتاب، از ذکر مثال های عربی، حکم، قرار، اعتراض و نظیر اینها نویسنده قصداً پرهیز کرده است و خوانندگان را به منابع مربوطه ارجاع داده است.

مشکلات فرا راه این تحقیق قرار ذیل بوده است: ۱- تدوین ق. ا. م. م به سبک کلاسیک قانونگذاری. به حیث مثال، عدم داشتن عنوان مشخص ماده ها. ۲- عدم موجودیت مشروح مذاکرات ق. ا. م. م. ۳- بسیاری از کتاب ها و مقالات که در خصوص ق. ا. م. م نوشته شده اند به کلیات و مبانی نظری پرداخته



اند و شرح، تحلیل و نقد مواد ق. ا. م. م در این کتاب ها مغفول مانده است که این کتاب ها و مقالات نمی توانند تطبیق کنندگان و شارحین ق. ا. م. م به دلیل مبنایی و نظری بودن کمک کنند.

اهداف تألیف این کتاب قرار ذیل است:

۱. شرح، تحلیل و نقد مواد ۱-۵۰۶ ق. ا. م. م و ساده ساختن فهم ق. ا. م. م؛
  ۲. فراهم نمودن فهم و نگرش حقوقی برای همه علاقمندان اصول محاکمات مدنی به ویژه برای محصلین حقوق و فراهم نمودن کتاب زیر عنوان «شرح قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان» در نظام حقوقی افغانستان.
  ۳. باز نمودن زمینه تحقیقات بعدی در مورد اصول محاکمات مدنی در حقوق افغانستان.
- در اخیر مؤلف از استاد سید احمد سعید استاد دانشگاه کابل و مسؤول انتشارات سعید و دوست عزیزش آقای داکتر شیر احمد سعیدی و آقای دبیر احمد سعیدی و سایر دست اندرکاران انتشارات سعید که در چاپ این کتاب زحمات فراوانی را متحمل شده اند تشکر می نماید و از بازگاه خداوند (ج) استدهای توفیق مزید ایشان را در جهت رشد فرهنگ طبع و نشر کتاب های علمی می نماید.

نظام الدین عبدالله

کابل، ۲۰ حمل ۱۴۰۰



## باب اول: احکام عمومی و دعوی

باب اول ق. ا. م. م در برگیرنده دو فصل است: فصل اول احکام عمومی و فصل دوم دعوی:

### فصل اول: احکام عمومی

احکام عمومی ق. ا. م. م در باب اول در دو فصل در یازده ماده تنظیم شده است. فصل اول ق. ا. م. م که احکام عمومی اصول محاکمات مدنی را تنظیم نموده است شامل مواد ۱- ۴ می شود. قانونگذار ا. م. م در این مواد به تنظیم احکام عمومی که بر همه قانون تأثیر گذار است پرداخته است. این احکام شامل مبنا و اهداف ق. ا. م. م، صلاحیت محاکم مدنی و برخی اصطلاحات اساسی که در ق. ا. م. م استعمال شده اند می شود.

#### ماده ۱: مبنا

«این قانون به تأسی از حکم ماده (۱۰۸) قانون اساسی جمهوری افغانستان به منظور تنظیم امور مربوط به قضاوت و طرز رسیدگی قضایای مدنی در محاکم جمهوری افغانستان وضع گردیده است.»

در نص این ماده دوم موضوع وجود دارد. نخست مبنا یا اساس ق. ا. م. م و دوم اهداف ق. ا. م. م. از نظر فن قانونگذاری مدرن معمولاً ماده اول هر قانون اختصاص به مبنای قانون دارد. معمولاً مبنای طرز العمل لایحه، مبنای لایحه مقرر، مبنای مقرر قانون عادی و مبنای قانون عادی قانون اساسی است. مبنای ق. ا. م. م، قانون اساسی است. ق. ا. م. م به تاریخ ۱۳۶۸/۹/۱۹ توسط شورای وزیران وقت تأیید و توسط فرمان شماره ۱۳۴۱ رئیس جمهور داکتر نجیب الله نافذ گردید و تاکنون نافذ است. این قانون بر مبنای ماده ۱۰۸ قانون اساسی ۱۳۶۶ هجری شمسی داکتر نجیب الله وضع گردیده است. دلیل این که ماده اول هر قانون به مبنا اختصاص می یابد این است که میان قواعد حقوقی ای که در نظام حقوقی افغانستان وجود دارد، سلسله مراتب وجود دارد. سلسله مراتب قواعد حقوقی در نظام حقوقی به این معنی است که تمامی قواعد موجود در نظام حقوقی براساس نظم خاص سازمان یافته اند؛ به این گونه که: برخی از

برخی دیگر پیروی می کنند. هر قاعده<sup>۱</sup> (هنجار)<sup>۲</sup> فرودین قانونی اعتبار خویش را از هنجار قوانین فرازین می گیرد.

در واقع شرط اعتبار قواعد قوانین فرودین، اعتبار قواعد قوانین فرازین است. در نظام حقوقی داخلی، هنجارهای قانون اساسی به عنوان هنجارهای فرازین این نظم به شمار می روند و تمامی هنجارهای موجود دیگر در نظام حقوقی اعتبار خویش را از هنجارهای قانونی اساسی اخذ می نمایند.<sup>۳</sup> قانونگذار علاوه بر مبنا در نص این ماده به اهداف وضع ق. ا. م. م نیز پرداخته است که به دلیل عدم دقت و احتمالاً تخصص قانونگذار ا. م. محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، اهداف قانون معمولاً در ماده دوم ق. م پیش بینی می شود چنانچه اهداف طبق نص ماده اول ق. ا. م. م «تنظیم امور مربوط به قضاوت و طرز رسیدگی قضایای مدنی در محاکم جمهوری افغانستان است». به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده شناسایی مبنا و اساس ق. ا. م. م و به طور نخواست، دو اهداف ق. ا. م. م که عبارت اند از: تنظیم طرز قضاوت و رسیدگی به قضایای مدنی در محاکم جمهوری افغانستان است، می باشد. چون در زمان داکتر نجیب الله، دولت افغانستان، جمهوری نه جمهوری اسلامی بوده است، قانونگذار کلمه جمهوری را در نص این ماده استعمال نموده است.

#### ماده ۲: اهداف

«اهداف اساسی این قانون قرار ذیل است:

- ۱- رعایت تساوی حقوق اتباع و تطبیق احکام قوانین جمهوری افغانستان در قضایای مدنی.
- ۲- تنظیم رویه عادلانه در جلسات قضایی.
- ۳- تعیین حدود حقوق و وجایب طرفین دعوی، شهود و اهل خبره.
- ۴- تنظیم طرز العمل شهادت و ارزیابی اسناد قانونی قرائن قاطعه، قرائن مستنبطه و اسباب حکم.
- ۵- تنظیم امور مربوط به استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدید نظر به فیصله ها و قرارهای نهائی محاکم.
- ۶- تسریع رسیدگی دعاوی مدنی.»

طبق فن قانونگذاری، معمولاً ماده دوم هر قانون به پیش بینی اهداف قانون اختصاص می یابد. اهداف قانون مقاصدی اند که برای نیل و رسیدن به آنها قانون وضع می گردد. در واقع، بقیه موادی که در قانون پیش بینی می شوند همه در صدد تحقق اهداف قانون که در ماده ۲ قانون پیش بینی می شوند، می باشند. طبق نص این ماده اهداف ق. ا. م. م قرار ذیل است:

۱) رعایت تساوی اتباع در برابر قانون: تساوی در لغت به معنی مساوی و برابر بودن است.<sup>۴</sup> تساوی افراد در برابر قانون یکی از اصول بنیادین حقوق است. این اصل در ماده ۲۲ ق. ا نیز پیش بینی شده

1. Rule.

2. Norm.

۳. محمد رضا ویژه (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه، ص ۱۰.

4. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار در نص این ماده تأمین و تضمین اصل برابری شکلی اتباع در برابر قانون است. زیرا، انسان‌ها تکویناً با هم برابر نیستند، زیرا از نظر تکوینی و پیدایش عقل، ضریب هوش، توانایی فیزیکی، زیبایی و ... انسان‌ها متفاوت‌اند. به عبارت دیگر: استعداد های ذاتی و بالقوه انسان‌ها متفاوت است. به نظر می‌رسد علت این امر این است که اگر همه انسان‌ها از نظر استعداد، توانایی و ... ذاتاً برابر می‌بودند. به حیث مثال، همه پولدار، وزیر، معین، وکیل، استاد دانشگاه، داکتر طب و نظیر اینها می‌بودند، بقیه نیازهای انسان‌ها تأمین نمی‌شد. بنابراین، به نظر می‌رسد اراده خالق حکیم این بوده است تا انسان‌ها تکویناً متفاوت آفریده شوند. به نظر می‌رسد نابرابری تکوینی در طول تاریخ موجب نابرابری‌های اجتماعی و در نتیجه ایجاد تبعیض و امتیاز میان انسان‌ها گردیده است و تفاوت‌های اجتماعی باعث تفاوت‌های حقوقی گردیده است. به حیث مثال، در فرانسه قبل از دوره رنسانس افراد به سه طبقه تقسیم می‌شدند: روحانیون، نجباء و مردم عوام که حقوق و امتیازات آنها بر حسب موقف طبقاتی آنها فرق می‌نمود. برای رفع این معضل، قانونگذاران اساسی و قانونگذاران اصول محاکمات مدنی اصل را بر برابری افراد در برابر قانون گذاشته‌اند. بنابراین، به نظر می‌رسد انسان‌ها قانوناً نه تکویناً مساوی‌اند. در نص ماده ۲ ق. ا. م. م اصل برابری اتباع که در واقع یکی از اصول حقوق عامه است مدون شده است. مفهوم این اصل این است که همه افراد قطع نظر از رنگ، نژاد، زبان، منطقه و ... در برابر محکمه و قانون مساوی و برابر‌اند. اصل برابری اتباع در برابر قانون با اصل بی‌طرفی قضاء رابطه نزدیک دارد، زیرا ماده ۲ ق. ا. م. م یکی از اهداف این قانون را رعایت تساوی اتباع در برابر محکمه قرار می‌دهد و اصل بی‌طرفی قضاء، قضات را مکلف به برخورد بی‌طرف با اتباع می‌نماید. به حیث مثال، اگر احمد یا حمیده علیه محمود دعوی نماید و احمد و حمیده پولدار، غریب، سیاه، سفید، شیعه، سنی، تاجک، پشتون، ازبک، هزاره و محمود پولدار، وزیر و نظیر این‌ها باشد، قاضی باید با احمد یا حمیده و محمود برخورد مساوی داشته باشد.

۲) تطبیق احکام قوانین جمهوری افغانستان در قضایای مدنی: هدف دوم ق. ا. م. م تطبیق قوانین جمهوری افغانستان در قضایای مدنی است. قوانین جمع قانون است. قانون انواع مختلف دارد، اما تا آنجا که نص این ماده مطمح نظر است، قوانین به دو دسته تقسیم می‌شوند: قوانین ماهوی و قوانین شکلی: قوانین ماهوی<sup>۵</sup> که قوانین متنی نیز نامیده می‌شوند عبارت از قوانینی‌اند که ایجادکننده حق و تکلیف‌اند.<sup>۶</sup> به عبارت دیگر: قوانینی که ناظر به اسباب و از بین رفتن حق است و یا شرایط اصلی اعمال و حوادث حقوقی را معین می‌کند، ماهوی یا «موجد» حق هستند. بنابراین، قوانینی که صحت معاملات و عقود، شرایط صحت وصیت، سهم ورثه‌ها و ... را تنظیم می‌نمایند، قوانین ماهوی هستند، مانند: قانون مدنی، اصولنامه تجارت، کُد جزاء و امثال اینها. قانون شکلی<sup>۷</sup> عبارت از قانونی است که ناظر بر شکلیات و تنظیم جریان دعوی است مانند: قانون اصول محاکمات مدنی، قانون اصول محاکمات

5. Substantive law.

۶. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۱۹۰؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۵۰ و ۳۵۱.

7. Procedural law.

تجارتی، قانون اجراءات جزایی و امثال اینها. تطبیق قوانین شکلی زمانی مطرح می شود که قوانین متنی نقض شوند. قضایا جمع قضیه است. قضیه به امر متنازع فیه گفته می شود. به عبارت دیگر: قضیه عبارت از موضوع مورد اختلافی است که آن را به قاضی برده باشند.<sup>۸</sup> ماده ۳ جزء ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه در تعریف قضیه می گوید: «قضیه: واقعه است که به وسیله طرفین دعوی در موارد جزائی، مدنی، حقوق عامه، احوال شخصیه و تجارتی به محکمه احاله می گردد و مورد انفصال قضائی قرار می گیرد.» قضیه مدنی، قضیه ای است که متداعیین اشخاص حقیقی حقوق خصوصی باشند. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده برادر و خواهر باشند و احمد ارث حمیده را که از پدر ایشان به جا مانده است ندهد و حمیده علیه احمد در محکمه ذیصلاح ادعا نماید، این دعوی، دعوی مدنی است. احمد و حمیده در این مثال، اشخاص حقیقی حقوق خصوصی اند. منظور از تطبیق قوانین جمهوری افغانستان، تطبیق قوانین ماهوی در دعاوی مدنی است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود موثر خویش را به فروش رساند، اما احمد پول را بگیرد و موثر را به محمود ندهد، قواعد ناظر بر اجرای تعهدات مندرج در ق. م. نقض شده است. در صورتی که محمود علیه احمد در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و قرارداد خرید موثر را با وسایل اثبات ثابت نماید، محکمه ذیصلاح مکلف است در روشنایی قانون اصول محاکمات مدنی، قواعد ناظر بر اجرای وجیه را بر احمد تطبیق نماید. قانون اصول محاکمات مدنی قانون شکلی و قانون مدنی قانون ماهوی است. محکمه مدنی با استفاده و به کار بردن قانون اصول محاکمات مدنی، قواعد قانون مدنی را تطبیق می نماید. در تفسیر موسع، منظور از قوانین جمهوری افغانستان تمام قوانین عام و خاص در حوزه حقوق مدنی است مانند قانون مدنی، قانون حمایت از حقوق اطفال، قانون معادن، قانون بیمه، قانون وکلای مدافع و نظیر اینها. قانونگذار ا. م. در نص این ماده کلمه جمهوری را استعمال نموده است. دلیل این که این ماده پسوند اسلامی را ندارد این است که در زمان حکومت داکتر نجیب الله، افغانستان دارای حکومت جمهوری بود نه جمهوری اسلامی.

**۳) تنظیم رویه عادلانه در جلسات قضایی:** هدف سوم ق. ا. م. م. تنظیم رویه عادلانه در جلسات قضایی است. رویه در لغت به معنی روش، رفتار، شیوه و طریقه است.<sup>۹</sup> عادلانه در لغت به معنی از روی عدل و انصاف، مانند عادلان و دادگرانه است.<sup>۱۰</sup> جلسات جمع جلسه است. جلسه از ریشه «جلس» گرفته شده است که در لغت به معنی یک بار نشستن است. در اصطلاح حقوقی، جلسه عبارت از نشست است.<sup>۱۱</sup> قانون خصوصیات متعدد دارد که یکی از آنها تنظیم رفتار اشخاصی که در نهادها کار می نمایند است. در واقع، یکی از اهداف ق. ا. م. م. این است که روش و برخورد قاضی و اشخاص ذیدخل در جلسه قضایی عادلانه و مبتنی بر عدل باشد.

**۴) تعیین حدود حقوق و وجایب طرفین دعوی، شهود و اهل خبره:** هدف چهارم ق. ا. م. م. تعیین حدود حقوق و، وجایب طرفین دعوی، شهود و اهل خبره است. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع

۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۵۷.  
9. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5, 6, 2019).

10. Ibid, (Last visit: 5, 6, 2019).

۱۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۰.

حق ها استعمال شده است. طرفین دعوی، مدعی و مدعی علیه اند. شهود جمع شاهد است. شاهد اسم فاعل از ریشه «شهد» گرفته شده است که در لغت به معنی گواه دهنده، گواه خبر قاطع و حاضر است. در اصطلاح حقوقی شاهد کسی است که به لفظ اشهد در حضور قاضی در مجلس قضا برای اثبات حقی گواهی بدهد.<sup>۱۲</sup> طبق ماده ۴ جزء ۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی: «اهل خبره: اشخاص مسلکی است که در رشته های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی باشند.»

۵) تنظیم طرزالعمل شهادت و ارزیابی اسناد قانونی، قرائن قاطعه، قرائن مستنبطه و اسباب حکم: هدف پنجم ق. ا. م. م تنظیم امور مربوط به طرزالعمل شهادت و ارزیابی اسناد قانونی، قرائن قاطعه، قرائن مستنبطه و اسباب حکم است. به نظر می رسد طرزالعمل در نص این ماده در مفهوم سند تقنینی<sup>۱۳</sup> استعمال نشده است بلکه در مفهوم روش و شیوه استعمال شده است. اسناد قانونی مفهوم عام و کلی است و شامل هر سندی می شود که مؤلف عمومی یا کارکنان خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاصی خویش آن را تحریر و ترتیب نموده باشد مانند قبالة، نکاح خط، طلاق خط، لایسنس، جواز سیر، جوازنامه و نظیر اینها. ماده ۱۷۴۱ مجله الاحکام در تعریف قرینه قاطعه می گوید: «قرینه قاطعه عبارت از اماره ای است که به حد یقین برسد. به عنوان مثال، اگر کسی در دست داشتن کاردی خونین، هراسان و ترسان از خانه ای خالی از سکنه بیرون آید و در همان دم به آن خانه بروند و کسی را سر بریده در آنجا بیابند، تردیدی باقی نمی ماند که قاتل این شخص، همان است که دیده اند و در این مورد به احتمالات صرف، از قبیل اینکه مقتول خودکشی کرده است، التفات نمی شود.» طبق ماده ۳۳۹ فقره اول ق. ا. م. م: «(۱) قرینه مستنبطه قرینه ای است که محکمه از حالات مربوط به دعوی و جریان محاکمه آن را استنباط و بعد به حیث دلیل در حکم خود به آن اتکاء می نماید.» برخی نویسندگان در خصوص قرینه مستنبطه چنین مثال می آورند: «هرگاه مدعی به استناد ورقه عرفی ای که امضاء و شصت مدعی علیه در آن به ملاحظه برسد، دعوی دین مبلغ یک صد هزار افغانی را علیه مدعی علیه اقامه نماید و مدعی علیه از دعوی انکار و تصدیق امضاء و شصت خود را نیز انکار کند، قاضی می تواند ورقه عرفی را که مدعی علیه در آن اقرار نموده و به امضاء و شصت او رسیده باشد، به هیئت کریمنال تخنیک و اهل خبره ارسال نماید. در صورتی که اهل خبره امضاء و شصت مدعی علیه در ورقه عرفی را تأیید نماید، در این صورت قاضی می تواند با در نظر داشت حالات مربوط به دعوی، نظریه کریمنال تخنیک را به حیث قرینه مستنبطه قبول نموده و با استناد به آن به نفع مدعی حکم صادر نماید.»<sup>۱۴</sup> اسباب حکم که به آن وسایل اثبات نیز می گویند مرکب از دو کلمه است: اسباب که جمع سبب است. سبب در لغت به معنی ریسمان و آنچه به وسیله آن به دیگری پیوسته شوند، علت، وسیله، طریق، طناب، دست آویز، انگیزه، جهت، دلیل، منبع و موجب است. در اصطلاح حقوقی سبب

۱۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۱۱۸.

۱۳. در خصوص تعریف طرزالعمل نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸). انواع قانون و فرایند قانونگذار در نظام حقوقی افغانستان، فصل اول، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۱۴. یادگار راجی (\_\_\_\_). توضیح مفاهیم قانون مدنی، (\_\_\_\_)، (\_\_\_\_)، ص ۱۰۳۳.

امری است که باعث ایجاد امر دیگر می شود.<sup>۱۵</sup> تصمیم هیأت قضایی به صورت فیصله (ماده ۲۴۶ ق.ا.م.م) و حکم صادر می شود. حکم در لغت به معنی رأی، امر، امر کردن، حکومت، فرمان دادن، فرمان و دستور است که جمع آن احکام است. در فقه و حقوق حکم رأی و تصمیمی است که قاضی محکمه در باره دعوی که به او برده اند، برای فیصله دادن اختلاف صادر می کند.<sup>۱۶</sup> از ترکیب این دو کلمه می توان به این نتیجه کلی رسید که: اسباب حکم به چیزهایی گفته می شود که برای ثابت کردن حق و یا تعهد در پیشگاه قضاء به کار می رود. طبق ق.م.و.ق.ا.م.م و وسایل اثبات به شرح زیر بر شمرده شده اند: (۱) اسناد؛ (۲) اقرار؛ (۳) شهادت؛ (۴) قسم؛ و (۵) قراین اعم از قاطعه و مستنبطه (جلد دوم، باب پنجم فصل اول الی ششم ق.م).

همچنین، قانونگذاران افغانی فصل پانزدهم، مواد ۳۷۲ الی ۳۵۷ قانون اصول محاکمات مدنی را نیز به این وسایل اختصاص داده اند. تفصیل ماده ۲۷۲ در ذیل ماده ۲۷۲ خواهد آمد. ماده ۲۷۲ ق.ا.م.م در مورد این وسایل می گوید: «وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل می دهند قرار ذیل است: (۱) اقرار؛ (۲) بینه (اسناد، شهود، قراین قاطعه و مستنبطه)؛ (۳) یمین (سوگند)؛ (۴) نکول». به وسایل اثبات، ادله اثبات دعوی هم گویند. ادله جمع دلیل است. دلیل در لغت به معنی برهان و حجت است.<sup>۱۷</sup> از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قانونگذار ا.م.م از یک طرف از اسباب حکم در ماده ۲ ق.ا.م.م سخن می گوید و از طرف دیگر اسناد قانونی، شهادت و قراین را به صورت جداگانه ذکر کرده است که به دلیل عدم دقت قانونگذار محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، شهادت، قراین و اسناد از مصادیق اسباب حکم اند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود در خصوص مالکیت خانه ای که تحت ید محمود است اقامه دعوی نماید و برای اثبات ادعا شهادت و سند ارایه نماید و قراین نیز مبنی بر ملکیت احمد وجود داشته باشد، قاضی مکلف است این اسباب حکم یا وسایل اثبات دعوی را مطابق قواعد پیش بینی شده در ق.ا.م.م بررسی و ارزیابی نماید.

**۶) تنظیم امور مربوط به استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدید نظر به فیصله ها و قرارهای نهائی محاکم:** هدف ششم ق.ا.م.م تنظیم امور مربوط به استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدید نظر به فیصله ها و قرارهای نهائی محاکم مدنی است. دعاوی مدنی در محاکم جمهوری اسلامی افغانستان در چهار مرحله مورد رسیدگی قرار می گیرد: مرحله ابتدائیه، مرحله استیناف، مرحله تمیز (فرجام خواهی) و مرحله تجدید نظر. استیناف یا استئناف از ریشه «أنف» گرفته شده است که در لغت به معنی از نو گرفتن، نو کردن، از نو انجام دادن، تجدید، از سرگرفتن و از نو آغاز کردن است.<sup>۱۸</sup> شخصی که می خواهد دعوی را از سر بگیرد، مستأنف و شخصی که دعوی علیه او از سر گرفته می شود را

۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۶۵.

۱۶. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۳۱۰ و ۳۱۱؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۵۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۴۹۷ و ۴۹۸؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۱۲۸.

17. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 16/ 3/ 2018).

۱۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۹.



مستأنف علیه و عمل را نیز استئناف خواهی می گویند. در اصطلاح حقوقی، طبق ماده ۴ جزء ۱۰ ق.ا. م. «استیناف خواهی آن است که محکوم علیه به حکم صادره محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی یا علاقه داری قناعت ننموده شکایت و اعتراض خود را به محکمه ولایت و یا محکمه لوی ولسوالی تقدیم نماید.»

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی عدم تنفیذ قرارداد را نماید و محکمه مدنی محمود را مکلف به تنفیذ اجباری قرارداد نماید و محمود راضی نباشد و در محکمه استیناف شکایت نماید، عمل محمود را استیناف خواهی می گویند. طبق ماده ۴ جزء ۱۱ ق.ا. م. م: «فرجام خواهی آن است که محکوم علیه به حکم صادره محکمه ولایت یا محکمه لوی ولسوالی قناعت ننموده شکایت یا اعتراض خود را به دیوان مربوط ستره محکمه تقدیم نماید.» به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود راضی نباشد و در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت نماید، عمل محمود را فرجام خواهی گویند.

به نظر می رسد تجدید نظر عبارت است از اعاده حکم و یا قرار نهایی محاکم فوقانی در اثر بروز دلایل جدید که توسط شورای عالی ستره محکمه در اثر اعتراض و شکایت قاضی القضاات، لوی خارنوال و یا یکی از طرفین دعوی صورت می گیرد. ماده ۴ جزء ۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف تجدید نظر می گوید: «تجدید نظر رسیدگی مجدد احکام قطعی و نهایی محاکم به اساس ظهور دلایل جدید مطابق به احکام قانون می باشد.»

تصمیم هیأت قضایی به صورت فیصله (ماده ۲۴۶) و حکم صادر می شود. حکم در لغت به معنی رأی، امر، امرکردن، حکومت، فرمان دادن، فرمان و دستور است که جمع احکام است. در فقه و حقوق حکم رأی و تصمیمی است که قاضی محکمه در باره دعوی که به او برده اند، برای فیصله دادن اختلاف صادر می کند.<sup>۱۹</sup> ماده ۴ جزء ۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف حکم می گوید: «حکم تصمیم قضائی محکمه است که در ختم رسیدگی محاکماتی قضیه، به شکل فیصله یا قرار صادر می گردد.» طبق ماده ۴ جزء ۱۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «فیصله تصمیم قضائی محکمه در ماهیت دعوی است که بعد از ختم جریان محاکمه اتخاذ می گردد.» قرار در لغت به معنی به تصمیم قضایی گفته می شود که به طور مؤقت و بی آنکه دعوی را ماهیتاً فیصله دهد، به نفع یکی از طرفین صادر می شود.<sup>۲۰</sup> ماده ۴ جزء ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف قرار می گوید: «قرار تصمیم قضائی است که قضیه از لحاظ شکل در محکمه مورد رسیدگی قرار داده می شود.»

به نظر می رسد، فرقی که میان قرار و فیصله وجود دارد این است که فیصله در ماهیت دعوی صادر می شود، اما قرار در شکل. ماده ۴ جزء ۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف حکم قطعی

۱۹. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۳۱۰ و ۳۱۱؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۵۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمدی سقر، ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۹۷ و ۴۹۸؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۱۲۸.

۲۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۱۷.

(نهایی) می گوید: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضائی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهائی از لحاظ آثار یکی می باشد.».

۷) تسریع رسیدگی دعوی مدنی. هدف هفتم ق. ا. م. تسریع رسیدگی به دعاوی مدنی است. تسریع در لغت به معنی سرعت دادن است.<sup>۲۱</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. مدر ماده ۲ ق. ا. م. م پیش بینی اهداف ق. ا. م. م است.

عدم قبولی تبدیلی محکمه در موضوعات مدنی بدون عذر مؤجه  
متحد المال شماره (۳۷۵۳-۳۸۱۰) ۳ مؤرخ ۱۲/۵/۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره  
محکمه

دارالانشای شورای عالی ستره محکمه بادر نظر داشت روحیه فقره (۶) ماده (۲)، مواد ۱۵۳، ۲۰۰ و ۴۹۳ (قانون اصول محاکمات مدنی که مبین تسریع اجراءات قضائی در محاکمات مدنی بوده و در حالی که عده از متقاضیان تبدیلی محکمه نسبت تأخیر انفصال قضایا خواهان تبدیلی محکمه می شوند موضوع را ضمن پیشنهادی به اجلاس مؤرخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ به مقام محترم شورای عالی تقدیم نمود و در نتیجه مقام محترم قرار مصوبه نمبره (۸۲۴) مؤرخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ چنین هدایت فرمودند:

«مطابق احکام مواد (۱۵۲، ۲، ۲۰۰ و ۴۹۳) مندرج قانون محاکمات مدنی قضات نباید بدون دلیل مؤجه و قانونی انفصال قضایای مدنی را معطل قرار دهند بلکه باکمال بی طرفی و عدالت و رعایت اصل سرعت عمل قضایا را منفصل نموده باعث ایجاد مشکلات و سرگردانی مراجعین در مورد نشوند در حالیکه رؤسای محاکم استیناف، مقام ستره محکمه مراقب و متوجه اجراءات محاکم بوده رؤسای محاکم استیناف محاکم تحت اثر را با ترغیب انفصال قانونی و سریع قضایای تحت نظارت قرار داشته باشند، همچنان ریاست تفتیش قضائی مکلف است در صورت تعطیل بی موجب قضایا قضات را مورد باز پرس قرار دهند.

و نیز دارالانشاء شورای عالی درخواست تبدیلی محکمه طرفین دعوی در قضایای مدنی که در محاکم ابتدائیه و استیناف تحت رسیدگی قرار دارد قبول ننموده از مراجعین معذرت بخواهند. هرگاه یکطرف قضیه راجع به قضات مشکل مؤجه داشته باشد از احکام رد قاضی مندرج فصل چهارم باب دوم قانون اصول محاکمات مدنی با مراجعه به ریاست محکمه استیناف استفاده کرده می توانند.»<sup>۲۲</sup>

### ماده ۳: صلاحیت محاکم

(رسیدگی به دعوی مدنی از صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان است.)

21. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 8/31/2016).

۲۲. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۸). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۴۷۷ و ۴۷۸.

رسیدگی در لغت به معنی بررسی، واری، تحقیق، پژوهش، دقت و تحقیق در امری است.<sup>۲۳</sup> دعاوی جمع دعوی است. دعوی از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.<sup>۲۴</sup> دعاوی مدنی دعاوی اند که در خصوص اجرای قرارداد، جبران خسارت، ملکیت، طلاق، تفریق و به طور کلی حقوق مدنی میان دو شخص حقیقی حقوق خصوصی صورت می گیرد. صلاحیت عبارت از اختیار و قدرت رسیدگی به دعوی و صدور حکم در مورد آن است. به عبارت دیگر: صلاحیت عبارت از اختیاری است که قانون به محکمه غرض تأمین عدالت در نوع خاص از دعوی و در قلمرو (محدوده معین) را می دهد.<sup>۲۵</sup> صلاحیت محاکم به دو دسته است:

۱) **صلاحیت موضوعی:** صلاحیت موضوعی عبارت از صلاحیتی است که به موجب آن محکمه می تواند نوع خاص از دعوی را رسیدگی و حل و فصل نماید.<sup>۲۶</sup> به حیث مثال، محکمه ابتدائیه تجارته مرکز از نظر صلاحیت موضوعی، صلاحیت رسیدگی به دعوی مدنی و جزایی را ندارد. در این خصوص برخی نویسندگان می نویسند که: صلاحیت موضوعی عبارت از صلاحیت محکمه است جهت حل و فصل نوع معین دعوی و اصدار نوع معین فیصله. به حیث مثال، محکمه جزایی صلاحیت رسیدگی به دعوی طلاق را ندارد. فیصله طلاق توسط محکمه فاقد صلاحیت موضوعی باطل است.<sup>۲۷</sup> در صورتی که قضیه جهت حل و فصل به محاکم محول می گردد، در قدم اول محکمه مکلف است که در روشنایی قوانین نافذه صلاحیت رسیدگی خود را تشخیص نماید. در صورتی که صلاحیت رسیدگی به موضوع را داشته باشد، موضوع را رسیدگی نماید در غیر آن موضوع را توسط قرار قضایی به محکمه مربوطه محول نماید.

۲) **صلاحیت حوزوی:** صلاحیت حوزه ای به محدوده و قلمروی گفته می شود که محکمه صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی در آن را دارد.<sup>۲۸</sup> به عبارت دیگر: صلاحیت حوزه ای عبارت از صلاحیتی است که به موجب آن محکمه در قلمروه معین که شامل صلاحیت آن می گردد، به دعوی رسیدگی می نماید. به حیث مثال، محکمه ابتدایی ولسوالی پغمان صلاحیت رسیدگی به دعوی ای را که در ولسوالی شکرده واقع شده است ندارد بلکه از نظر حوزه ای این صلاحیت را صرف محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در ماده ۳ ق. ا. م. م پیش بینی صلاحیت موضوعی و حوزه ای محاکم مدنی است. همچنین، هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده اعطای صلاحیت رسیدگی به دعاوی مدنی به محاکم مدنی جمهوری اسلامی افغانستان است. قانونگذار ا. م. م در نص

23. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 5/10/2019).

۲۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۵۰

25. En.m. wikipedia.org (2017 /10 /3 (آخرین بازدید).

26. www.law.cornel.edu (2017 /10 /3 (آخرین بازدید).

27. William P. Statsky (\_\_\_\_). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 260.

28. Fa.m.wikipedia.org (2017 /10 /3 (آخرین بازدید).

این ماده کلمه جمهوری را استعمال نموده است زیرا در زمان حکومت داکتر نجیب، دولت افغانستان دولت جمهوری بود نه جمهوری اسلامی. نظام جمهوری (Republic) عبارت از نظامی است که مخالف نظام پادشاهی (Monarchy) است.<sup>۲۹</sup> بنابراین، نظام جمهوری ضد نظام شاهی است که در آن رئیس جمهور توسط مردم انتخاب می شود.

#### ماده ۴: اصطلاحات

«اصطلاحات آتی در این قانون معانی ذیل را دارد:

- ۱- قاضی: شخصی است که حکم می کند.
- ۲- محکوم له: شخصی است که به نفع او حکم شده باشد.
- ۳- محکوم علیه: شخصی است که به ضرر او حکم شده باشد.
- ۴- محکوم به: آنچه که موضوع حکم قرار گرفته باشد.
- ۵- طریق حکم: طرز و روش اصدار قرار و فیصله است.
- ۶- قضا: حکمی است که توسط قاضی به الفاظ و کلمات مخصوص به صورت قطع و جزم صادر می شود.
- ۷- حکم: قضاوت قاضی است به اینگونه الفاظ صادر می شود که حکم نمودم تو ... در موضوع .... ملزم می باشی و حکم خود را به رد و یا سپردن مدعی بها تصریح نماید و یا حکم کردم که در مدعی بها به مدعی علیه مزاحم مباش.
- ۸- قضایای الزام حکم بر ثبوت مدعی بها است.
- ۹- قضای بالترك: حکم بر عدم اثبات است.
- ۱۰- استیناف خواهی: آن است که محکوم علیه به حکم صادره محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی یا علاقه داری قناعت نموده شکایت و اعتراض خود را به محکمه ولایت و یا محکمه لوی ولسوالی تقدیم نماید.
- ۱۱- فرجام خواهی: آن است که محکوم علیه به حکم صادره محکمه ولایت یا محکمه لوی ولسوالی قناعت نموده شکایت یا اعتراض خود را به دیوان مربوط ستره محکمه تقدیم نماید.
- ۱۲- اهل خبره: اشخاص مسلکی است که در رشته های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی باشند.»

طبق فن قانونگذاری مدرن، معمولاً ماده سوم هر قانون به تعریف اصطلاحات اختصاص پیدا می کند. قانونگذار در ماده سوم معمولاً اصطلاحاتی را که برای بیشتر از یک بار در قانون استعمال شده است تعریف می نماید. طبق نص ماده ۴ ق. م اصطلاحاتی که تعریف شده است قرار ذیل اند:

۱- قاضی: قاضی اسم فاعل از ریشه «قضی» گرفته شده است که در لغت به معنی داور، حاکم، یکسره کننده کار و فیصله دهنده است.<sup>۳۰</sup> در اصطلاح حقوقی براساس ماده ۴ جزء ۱ ق. ا. م. م: «قاضی: شخصی است که حکم می کند.» همچنین، ماده ۳ جزء ۱۶ قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه

29. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated Into English by: Miceal Jewll, 5th edi (\_\_\_), p 50.

۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۷۰.

در تعریف قاضی می گوید: «قاضی شخصی است که با داشتن انسلاک قضایی قضایا را طبق احکام قانون رسیدگی و اصدار حکم می نماید.».

۲- محکوم له: طبق ماده ۴ جزء ۲۴ قانون اجراءات جزایی: «محکوم له: شخصی است که محکمه ذیصلاح مطابق احکام قانون به نفع وی حکم نموده باشد.»، همچنین، براساس ماده ۴ جزء ۲ ق. ا. م. م: «محکوم له: شخصی است که به نفع او حکم شده باشد.»، به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود ده لک افغانی قرضدار من است و قاضی حکم نماید که محمود ده لک افغانی به احمد پرداخت نماید، احمد محکوم له است.

۳- محکوم علیه: طبق ماده ۴ جزء ۲۳ قانون اجراءات جزایی: «محکوم علیه: شخصی است که محکمه ذیصلاح مطابق احکام قانون به الزامیت وی حکم نموده باشد.»، در حوزه مدنی، براساس ماده ۴ جزء ۳ ق. ا. م. م: «محکوم علیه: شخصی است که به ضرر او حکم شده باشد.»، به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود ده لک افغانی قرضدار من است و قاضی حکم نماید که محمود ده لک افغانی به احمد پرداخت نماید، احمد محکوم له، محمود محکوم علیه و تصمیم قاضی حکم است. ۴- محکوم به: طبق ماده ۴ جزء ۲۵ قانون اجراءات جزایی: «محکوم بها: تکلیفی است که محکمه مطابق احکام قانون به تعمیم آن حکم نموده باشد.»، در ساحة اصول محاکمات مدنی، براساس ماده ۴ جزء ۴ ق. ا. م. م: «محکوم به: آنچه که موضوع حکم قرار گرفته باشد.»، به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود ده لک افغانی قرضدار من است و قاضی حکم نماید که محمود ده لک افغانی به احمد پرداخت نماید، احمد محکوم له، محمود محکوم علیه، تصمیم قاضی حکم و ده لک افغانی محکوم به است.

۵- طریق حکم: طریق حکم طرز و روش اصدار قرار و فیصله است. به حیث مثال، اگر قاضی به احمد بگوید حکم نمودم که تو مدعی به را به محمود تسلیم کن، این عمل قاضی طریق حکم است.

۶- قضا: قضا از ریشه «قضی» گرفته شده است که در لغت به معنی حکم و داوری کردن در میان مردم و فیصله کردن است. در اصطلاح حقوقی، به حل و فصل خصومیت میان طرفین دعوی قضا گویند.<sup>۳۱</sup> طبق ماده ۴ جزء ۶ ق. ا. م. م: «قضا حکمی است که توسط قاضی به الفاظ و کلمات مخصوص به صورت قطع و جزم صادر می شود.»، قطع در لغت به معنی بریدن، جدا کردن و برش است. جزم در لغت به معنی استوار محکم و بی تردید است.<sup>۳۲</sup>

۷- حکم: حکم در لغت به معنی رأی، امر، امر کردن، حکومت، فرمان دادن، فرمان و دستور است که جمع احکام است. در فقه و حقوق حکم رأی و تصمیمی است که قاضی محکمه در باره دعوی که به او برده اند، برای فیصله دادن اختلاف صادر می کند.<sup>۳۳</sup> براساس ماده ۴ جزء ۴ ق. ا. م. م: «حکم: قضاوت

۳۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۴۶.

32. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 5/10/2019).

۳۳. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۳۱۰ و ۳۱۱؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص

قاضی است که به این گونه که الفاظ صادر می شود که حکم نمودم تو... در موضوع... ملزم می باشی و حکم خود را به رد و یا سپردن مدعی بها تصریح نماید یا حکم کردم که در مدعی بها به مدعی علیه مزاحم مباش.». ماده ۴ جزء ۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف حکم می گوید: «حکم تصمیم قضائی محکمه است که در ختم رسیدگی محاکماتی قضیه، به شکل فیصله یا قرار صادر می گردد.».


۸- **قضای الزام:** طبق ماده ۳ جزء ۸ ق. ا. م. م: «قضای الزام حکم بر ثبوت مدعی بها است.» به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای دین ده لک افغانی را نماید و با وسایل اثبات دین را ثابت نماید و قاضی حکم نماید که محمود ده لک افغانی به احمد بدهد، حکم قاضی، قضای الزام است.

۹- **قضای بالترک:** طبق ماده ۳ جزء ۹ ق. ا. م. م: «قضای بالترک حکم بر عدم اثبات است.» به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای دین ده لک افغانی را نماید و با وسایل اثبات نتواند دین را ثابت نماید و قاضی حکم نماید که احمد دیگر مزاحم محمود نباشد، حکم قاضی، قضای بالترک است.

۱۰- **استیناف خواهی:** تعریف استیناف خواهی در ذیل ماده ۲ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود در محکمه ابتدائیه شهری کابل ادعای دین ده لک افغانی را نماید و با وسایل اثبات دین را ثابت نماید و قاضی حکم نماید که محمود ده لک افغانی به احمد بدهد، اما محمود نسبت به حکم قاضی راضی نباشد و شکایت خود را به محکمه استیناف کابل ارایه نماید، عمل محمود استیناف خواهی است.

۱۱- **فرجام خواهی:** تعریف فرجام خواهی در ذیل ماده ۲ گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود به فیصله محکمه استیناف قناعت نداشته باشد و در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه اعتراض و شکایت نماید، عمل محمود فرجام خواهی است.

۱۲- **اهل خبره:** تعریف اهل خبره در ذیل ماده ۲ گذشت. مثال ها و مصادیق اهل خبره در لابلای کتاب خواهد آمد.

باب اول: احکام عمومی - فصل اول: احکام عمومی ۱۷ 





## فصل دوم: دعوی

نویسندگان ق. ا. م. فصل دوم را به دعوی اختصاص داده اند. فصل دوم ق. ا. م. در برگیرنده مواد ۵ الی ۱۱ است که نویسندگان ق. ا. م. به تنظیم احکام مربوط به دعوی و نیابت در دعوی پرداخته اند.

### ماده ۵: تعریف دعوی

«دعوی خواستن حق است از غیر در پیشگاه محکمه».

دعوی از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.<sup>۳۴</sup> به نظر می رسد این تعریف عام است. اما، در مفهوم خاص، دعوی مدنی عبارت از دعوی است میان دو شخص راجع به مسایل حقوق خصوصی مانند: نامزدی، ازدواج، طلاق، نفقه، ارث و یا اموال که در محکمه واقع می شود. ماده ۴ جزء ۱۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف دعوی می گوید: «دعوی خواستن حق از غیر در پیشگاه محکمه می باشد». به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای دین ده لک افغانی را نماید، عمل احمد دعوی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص ماده ۵ ق. ا. م. م تعریف دعوی است. پیش بینی تعریف دعوی در ماده ۵ ق. ا. م. از نظر چینش علمی - منطقی احکام ق. ا. م. محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد محل مناسب تعریف دعوی، ماده اصطلاحات است.

### ماده ۶: تعریف مدعی و مدعی علیه

«شخصی که حق را می خواهد مدعی و شخصی که حق از او خواسته می شود مدعی علیه است».

مدعی اسم فاعل از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی دعوی کننده، ادعا کننده، خواهان و خواهنده است.<sup>۳۵</sup> مدعی علیه در لغت به معنی کسی است که چیزی را از او طلب کنند.<sup>۳۶</sup> به حیث مثال، اگر حمیده علیه شوهرش به دلیل ضرر در محکمه ذیصلاح شکایت نماید و مطالبه تفریق به سبب ضرر شود، حمیده مدعی و احمد مدعی علیه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص ماده ۶ ق. ا. م. م تعریف مدعی و مدعی است. پیش بینی تعریف مدعی و مدعی علیه در ماده ۶ ق. ا. م.

۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۵۰

۳۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۹.

۳۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۹.

م از نظر چینش علمی - منطقی احکام ق. ا. م. م محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد محل مناسب تعریف دعوی، ماده اصطلاحات است.

### ماده ۷: شرایط طرفین دعوی و احکام نیابت

«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.»

طبق نص این ماده 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. طرفین دعوی مدعی و مدعی است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد را نماید، احمد و محمود طرفین دعوی است. طبق نص این ماده در طرفین دعوی شرط است که دارای اهلیت باشند. اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است<sup>۳۷</sup> چنانچه به عنوان مثال گفته می شود: فلان شخص اهل این کار است؛ یعنی: توانایی و شایستگی انجام دادن آن را دارد، یا گفته می شود که: کار باید به اهل آن سپرده شود.<sup>۳۸</sup> در اصطلاح حقوقی اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.<sup>۳۹</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد را نماید، شرط است که احمد و محمود دارای اهلیت باشند. بنابراین، اگر احمد و محمود صغیر، معتوه، مجنون، غافل و نظیر اینها باشند، ناقص اهلیت اند و نمی توانند اقامه دعوی نمایند. در صورت نقصان یا فقدان اهلیت قانونی و غیابت احکام ولایت، وصایت و قیمومیت قابل تطبیق است. نقصان اهلیت بر اشخاص به دلیل عوارض اهلیت واقع می گردد. عوارض اهلیت صغر، جنون، سفه، عته، غفلت، خواب و نظیر اینها است. قانونگذار ا. م. مدر نص این ماده از فقدان اهلیت سخن می گوید که محل ایراد است. زیرا، اشخاص یا ناقص اهلیت اند مانند صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز، معتوه، مجنون، سفیه، غافل و نظیر اینها یا کامل اهلیت مانند شخص عاقل و بالغ. بنابراین، هیچ فردی به طور کامل فاقد اهلیت نیست.<sup>۴۰</sup> با پذیرش این نظر، این نتیجه به دست می آید که در صورت نقصان اهلیت، احکام نیابت که شامل ولایت، وصایت و قیمومیت می شود قابل تطبیق است. همچنین، طبق نص این ماده در صورت غیابت شخص احکام ولایت، وصایت و قیمومیت تطبیق می گردد:

۱ - غیابت: غیابت به معنای نبود، فقدان و ناپیدایی است. در اصطلاح فقهی غیاب وصفی است برای کسی یا چیزی که به چشم نیاید.<sup>۴۱</sup> به شخصی که غیابت نموده است و ناپیدا است غایب می گویند.

۳۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۹۲.

۳۸. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۱۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۳۶ و ۷۳۷.

۳۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱.

۴۰. نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب، جلد (۱)، صص ۵۱-۷۲.

۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۳.

غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.<sup>۴۲</sup> طبق نص این ماده در صورت غیابت شخص، ولی، وصی و قیم از او نمایندگی می کند. به حیث مثال، اگر احمد به جمهوری اسلامی ایران رفته و غایب گردد، برای اداره اموال او، ولی، وصی و قیم او طبق حکم ماده ۷ ق. ا. م. م نماینده او تعیین می گردد. همچنین، در صورت طلاق زوجه احمد، ولی، وصی و قیم او طبق حکم ماده ۷ ق. ا. م. م نماینده او تعیین می گردد. اما، طبق مواد ۳۲۳ الی ۳۲۵ و ۳۲۶ ق. م برای غایب وکیل تعیین می شود هم برای اداره اموال و هم برای طلاق زوجه به دلیل تفریق به سبب غیاب. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که میان ماده ۷ ق. ا. م. م و مواد ۳۲۳ الی ۳۲۵ و ۳۲۶ عدم هماهنگی و تعارض وجود دارد و قابل توصیه است این تعارض رفع گردد. زیرا، تطبیق کنندگان ق. م سرگردان خواهند بود که کدام قانون را تطبیق نمایند. ولی، وصی و قیم نایب قهری یا قانونی اشخاص ناقص اهلیت تلقی می شوند و می توانند دعاوی و دفع دعاوی اشخاص ناقص اهلیت را به نمایندگی از آنها انجام دهند. نیابت در لغت به معنی جانشین شدن، به جای کسی امری را انجام دادن، جانشینی و قائم مقامی است. نیابت در اصطلاح فقهی انجام دادن تصرفی به نیابت از دیگری است.<sup>۴۳</sup> نیابت در فقه دو نوع است: اختیاری و قهری: نیابت اختیاری در شرع یک نوع است که عبارت از وکالت است که عبارت از تفویض تصرف به غیر است. نیابت قهری که نیابت جبری و نیابت شرعی نیز یاد می شود عبارت از ولایت و وصایت است که بر صغار و کسانی که در حکم صغار هستند، ثابت می گردد.<sup>۴۴</sup> به موجب ق. م ن نیابت به دو نوع: (۱) نیابت قانونی که به نام نیابت قهری نیز یاد می شود؛ و (۲) نیابت عهدی که به نام نیابت قراردادی یا اختیاری نیز یاد می شود منقسم می گردد.<sup>۴۵</sup> نیابت قانونی سه نوع است: ولایت، وصایت و قیمومیت:

**۱) ولایت:** ولایت از ریشه «ولی» گرفته شده است<sup>۴۶</sup> که در لغت به معنی محبت و کمک است. همچنین ولایت در لغت به معنی سلطه،<sup>۴۷</sup> فرمانروایی، حکومت کردن، دوستی، قرابت و خویشاوندی است.<sup>۴۸</sup> در اصطلاح فقهی ولایت عبارت است از قدرت و تصرف در مورد امور غیر به صورت مباشر بدون اینکه متوقف به اجازه غیر باشد.<sup>۴۹</sup> به مفهوم عامتر: ولایت در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت از قدرت شرعی و قانونی است که به موجب آن هر شخصی می تواند به انشای عقود و دیگر تصرفات اعم

۴۲. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۲.

۴۳. مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م.). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ و \_\_\_\_

(۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۵.

۴۴. مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م.). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ \_\_\_\_

(۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۷.

۴۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۷۲۶ و ۷۲۷؛

عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۹۹.

۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

۴۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۹۱.

۴۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۴.

۴۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۹۱.

از مالی یا غیر مالی مبادرت ورزد.<sup>۵۰</sup> به نظر احناف، ولایت عبارت از عملی نمودن تصمیم و خواست در مورد دیگری است اعم از این که راضی باشد یا خیر.<sup>۵۱</sup> کسی که به نمایندگی از صغار و مجانین عقد را جاری می نماید «ولی» یا «متولی عقد» و کسی که ولی بر وی ولایت دارد «مولى عليه» صیغه مفرد و «مولى عليهم» صیغه جمع نامیده می شود.<sup>۵۲</sup> ولایت یکی از مصادیق نیابت قهری است و ولی می تواند معامله حقوقی مانند ازدواج، خرید و فروش، اجاره و نظیر اینها و دعوی و دفع دعوی را به نیابت از مولى عليه مانند صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز، معتوه، مجنون و سفیه انجام دهد. ولایت معمولاً بر افراد ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز ثابت می گردد. به حیث مثال، اگر احمد هشت ساله یا دیوانه یا معتوه یا سفیه باشد و مدعی و مدعی علیه قرار بگیرد، با توجه به این که احمد ناقص اهلیت است، ولی او می تواند به نمایندگی از احمد به دعوی یا دفع دعوی پردازد.

**۲) وصایت:** وصایت از اوصی گرفته شده است که در لغت به معنای پند، اندرز، نصیحت و وصایت کردن و وصی تعیین کردن است.<sup>۵۳</sup> شخصی را که برای بعد از مرگش وصی معین می نماید، موصی، شخصی را که برای او وصی معین می شود، موصی علیه، عملی را که برای آن وصی معین می شود، موصی به و یا موصی فیه و شخصی را که جهت اداره اموال صغار توسط ولی و یا قاضی معین می شود، وصی می گویند. در اصطلاح فقهی، وصایت عبارت از قیام به اداره امور مالی اطفال، مجانین و اشخاص سفیه از طریق نیابت از طرف ولی یا قاضی است.<sup>۵۴</sup> به عبارت عامتر: وصایت عبارت است از این که شخصی؛ یعنی: وصی برای دیگری؛ یعنی: موصی تعهد کند که بعد از فوت او، وصیت های او از قبیل: پرداخت و گرفتن دیون، سر پرستی و تأمین مخارج اطفال وی را انجام دهد.<sup>۵۵</sup> وصایت نوع دوم نیابت قهری یا قانونی است. به موجب وصایت، وصی می تواند به نمایندگی از طفل صغیر ممیز یا صغیر غیر ممیز معاملات حقوقی و دعوی و دفع دعوی را انجام دهد. وصایت بر افراد ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز و صغیر ممیز ثابت می شود. وصایت معمولاً در مواردی که ولی وجود نداشته باشد مطرح می شود. معمولاً وصی یا توسط ولی و در صورت عدم تعیین شدن توسط ولی، توسط قاضی محکمه ذیصلاح تعیین می شود. به حیث مثال، اگر احمد هشت ساله یا دیوانه یا معتوه یا سفیه باشد و مدعی و مدعی علیه قرار بگیرد، با توجه به این که احمد ناقص اهلیت است، وصی او در صورت عدم موجودیت ولی، او می تواند به نمایندگی از احمد به دعوی یا دفع دعوی پردازد.

۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.  
 ۵۱. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰.  
 ۵۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۰؛ و وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰.  
 ۵۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۷۲.  
 ۵۴. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۳۱.  
 ۵۵. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۲۳.

۳) **قیمومیت:** قیمومیت در لغت به معنی سرپرستی است.<sup>۵۶</sup> قیمومیت وظیفه ای است که از طرف قاضی به شخصی که قیم نامیده می شود برای سرپرستی و اداره امور محجورین غیر از صغار؛ یعنی، سفیه، معتوه، مجنون و ... در صورت فقدان ولی و وصی واگذار می شود.<sup>۵۷</sup> بنابراین، قیم می تواند معاملات حقوقی و دعوی و دفع دعوی را به نمایندگی از معتوه، غافل، سفیه و نظیر اینها انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد دیوانه یا معتوه یا سفیه باشد و مدعی و مدعی علیه قرار بگیرد، با توجه به این که احمد ناقص اهلیت است، قیم او می تواند به نمایندگی از احمد به دعوی یا دفع دعوی بپردازد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که: صغیر در صورت موجودیت ولی، تحت ولایت ولی قرار می گیرد و ولی صغیر امور مالی و غیر مالی صغیر را اداره می نماید. در صورتی که ولی وصی تعیین نموده باشد، بعد از فوت ولی صغیر تحت وصایت وصی ولی قرار می گیرد و در صورتی که وصی نیز برای اداره امور مالی طفل صغیر خویش وصی تعیین نموده باشد، قاضی می تواند برای اداره امور مالی طفل صغیر وصی تعیین نماید. پس، ولایت و وصایت بر صغار ثابت می گردد. اما، در صورتی شخص بالغ، به جنون، سفیه، عته و غفلت مواجه شود، ولی و وصی نداشته باشد، قاضی محکمه ذیصلاح غرض اداره اموال وی برای او قیم تعیین می نماید. بنابراین، فرقی که میان ولایت، وصایت و قیمومیت ظاهر می گردد این است که:

۱- ولایت ممکن است بر ازدواج و اداره اموال اشخاص فاقد و ناقص اهلیت صورت پذیرد. اما، وصایت و قیمومیت صرف بر اداره اموال محجورین صورت می پذیرد با این تفکیک که وصایت بر اداره امور مالی صغار و قیمومیت بر اداره امور مالی محجورین غیر از صغار که عبارت اند از: سفیه، معتوه، مجنون و غافل؛

۲- ولایت و وصایت صرف بر صغار ممکن است ثابت گردد. ولی، قیمومیت ممکن است بر اداره اموال اشخاص سفیه، معتوه و مجنون و بالغ ثابت گردد؛

۳- نصب قیم به حکم مستقیم قانون نبوده، بلکه در صورت فقدان ولی و وصی از طرف قاضی صورت می پذیرد. بنابراین، تا زمانی که ولی و وصی وجود داشته باشد و اهلیت لازم را نیز داشته باشند، قاضی نمی تواند برای اداره اموال محجورین قیم تعیین نماید. چنانچه گفته شد، طبق ماده ۷ ق. ا. م. شخص فاقد اهلیت تابع ولایت، وصایت و قیمومیت است. عبارت شخص فاقد اهلیت در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا اول این که اهلیت به اهلیت و جوب و اهلیت اداء تقسیم می شود. اهلیت و جوب به اهلیت و جوب ناقص و کامل تقسیم می شود. اهلیت و جوب ناقص برای جنین و اهلیت و جوب کامل برای صغیر غیر ممیز ثابت می گردد. اهلیت ادای ناقص برای صغیر ممیز و اهلیت ادای کامل برای اشخاص رشید ثابت می گردد. بنابراین، به نظر می رسد هیچ شخصی فاقد اهلیت نیست بلکه برخی افرادی امکان دارد به دلیل عوارض اهلیت ناقص اهلیت باشد. به نظر می رسد هدف

56. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 27/1/ 2018).

۵۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۲۵۹.

قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۷ ق. ا. م. م پیش بینی شرایط طرفین دعوی و در صورت نقصان اهلیت جواز ولایت، وصایت و قیمومیت است.

#### ماده ۸: تعریف و شرایط مدعی بها

(مدعی بها شی خواسته شده و شامل حقوقی است که قوانین جمهوری افغانستان آن را پیش بینی و موضوع دعوی قرار گرفته بتواند.)

در مفهوم عام مدعی بها حقی است که موضوع یا محل دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که موتر که تحت ید محمود است از احمد است، احمد مدعی، محمود مدعی علیه و ملکیت موتر مدعی بها است. طبق نص این ماده در حقی که مدعی بها قرار می گیرد شرط است شامل حق هایی شود که قوانین جمهوری اسلامی افغانستان آن را به رسمیت بشناسد. به حیث مثال، شراب به حکم قانون نمی تواند محل داد و ستد قرار بگیرد و بنابراین نمی تواند مدعی بها قرار بگیرد. زیرا مال متقوم نیست و قابل داد و ستد نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تعریف مدعی بها و پیش بینی شرایط آن است. پیش بینی و درج تعریف مدعی بها در ماده ۸ ق. ا. م. م از نظر چینش علمی - منطقی احکام ق. م محل ایراد به نظر می رسد. محل مناسب این تعریف، اصطلاحات ماده ۳ ق. ا. م. م است.

#### ماده ۹: نماینده قانونی دولت در قضایای حقوق عامه

(۱) نماینده قانونی دولت در قضایای مدنی که حقوق و وجایب نفع و ضرر کل یا قسمی دولت مطرح باشد به حیث مدعی یا مدعی علیه قرار می گیرد؛ و (۲) نماینده دولت به منظور حکم مندرج فقره (۱) این ماده اداره قضایای دولت می باشد.)

طبق نص این ماده نماینده قانونی دولت در قضایای مدنی که حقوق و وجایب نفع و ضرر کل یا قسمی دولت مطرح باشد به حیث مدعی یا مدعی علیه قرار می گیرد. نماینده در لغت به معنی قایم مقام، نایب و ممثل است.<sup>۵۸</sup> در اصطلاح حقوقی، طبق ماده ۴ جزء ۱۸ قانون اجراءات جزایی: «نماینده قانونی: شامل وکیل مدافع، مساعد حقوقی، ولی، وصی و قیم می باشد.» این تعریف عام است. اما در مفهوم خاص نماینده دولت در قضایای که حق، وجبیه، نفع و ضرر دولت مطرح باشد، کارمندان ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه اند. عبارت قضایای مدنی در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، قضیه مدنی معمولاً میان شخص و شخص حقوق خصوصی مانند احمد و محمود در مثال های بالا می باشد. طبق رویه عملی، قضیه ای که یک طرف آن شخص حقیقی یا حکمی حقوق خصوصی و طرف دیگر آن دولت به عنوان مدعی و مدعی علیه باشد را قضایای حقوق عامه یاد می نمایند. قضایای حقوق عامه را در حقوق عامه مدرن دعاوی اداری یاد می نمایند. دعاوی اداری دعاوی است که یک طرف آن شهروند و طرف دیگر آن اداره است و به اختلافات این دو طرف از طریق غیرقضائی و از طریق قضاء رسیدگی صورت گیرد. هدف از این گونه دعاوی تضمین حقوق و آزادی های اتباع و حفظ منافع

آنها در مقابل تعدی های اداره است. این گونه دعوی می تواند منجر به ابطال تصمیم اداره یا جبران خساره افراد در مقابل اداره شود. دعوی اداری برحسب نظام های حقوقی متفاوت است:

۱ - **دعوی ابطال:** دعوی ابطال که آن را دعوی تخطی از صلاحیت نیز یاد می نمایند عبارت از دعوی است که در آن شاکی ادعا دارد که یک عمل حقوقی اداری ناشی از مقرر یا تصمیم اداری انفرادی مغایر با قانون است و از محکمه درخواست می کند که آن را ابطال کند. در این دعوی، موضوع تشخیص قانونی بودن یک تصمیم اداری است که مؤجد حق و یا تکلیف حقوقی است. از این رو، گفته می شود که دعوی تخطی از صلاحیت، دعوی فرد علیه فرد نیست، بلکه دعوی فرد علیه یک تصمیم اداری اداره است. در این دعوی، وظیفه محکمه این است که اعلام کند که تصمیم و عمل اداری مورد دعوی برخلاف قانون است و یا نه؛ اگر است تصمیم خلاف قانون را لغو کند و اگر نیست شکایت متقاضی را رد نماید. چنانچه ملاحظه می شود، دعوی تخطی از صلاحیت، تصمیمات اداری را از لحاظ انطباق آنها با قانون مطمح نظر قرار می دهد. بنابراین، هدف از این دعوی این است که افراد بتوانند به آسانی به وسیله آن از تصمیمات خلاف قانون مقامات اداری و اجرایی جلوگیری کنند.<sup>۵۹</sup>

۲ - **دعوی جبران خسارت:** دعوی جبران خساره دعویایی است که در فرض غیر قانونی بودن عمل اداره شخص متضرر جبران خساره می خواهد. این دعوی به صورت مستقل به راه انداخته نمی شود بلکه باید مرتب بر غیر قانونی بودن عمل اداری باشد. در افغانستان دعوی اداری به سه دسته ذیل تقسیم می شود:

- **دعوی راجع به ملکیت های عامه:** ملکیت های عامه طبق قانون قضایای دولت ملکیت های منقول و غیر منقول دولت است. در صورتی که دعوی در مورد این ملکیت ها میان فرد و دولت و یا ادارات دولتی بروز نماید، قانون قضایای دولت دو حالت را پیش بینی نموده است: در صورتی که دعوی میاد اداره دولت و فرد باشد نماینده قضایای دولت در دیوان های حقوق عامه منعیث مدعی و یا مدعی علیه از حقوق دولت دفاع می نماید. در صورتی که دعوی میان ادارات دولتی باشد، اداره قضایای دولت در این زمینه میان ادارات دولتی حکمیت می نماید.

- **دعوی مأمور با اداره:** در صورتی دعوی میان مأمور و اداره باشد، مأمورین اول به مراجع شبه قضایی مراجعه می نمایند که عبارت اند از کمیته های حل اختلاف و بورد رسیدگی به شکایات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی است و سپس به دیوان های حقوق عامه محکمه ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه.

- **دعوی جبران خسارت:** طبق ماده ۵۱ قانون اساسی: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می باشد و می تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند. به استثنای حالاتی که در قانون تصریح گردیده است، دولت نمی تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند.» در نگاه اول به نظر می رسد دعوی ابطال در نظام حقوقی افغانستان به رسمیت شناخته نشده است، اما اگر اندکی دقت نماییم به نظر می رسد دعوی ابطال را می توان از ماده ۵۱ ق. ا

۵۹. منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۵). حقوق اداری تطبیقی، چاپ اول، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، صص ۸۴-۸۶.

استنباط کرد، زیرا هرچند ظاهر این ماده راجع به جبران خسارت است، اما این امکان فراهم است که جبران خسارت زمانی مطرح شود که تصمیم اداری خلاف قانون توسط مراجع شبه قضایی و قضایی باطل گردد و در اثر این تصمیم به شهروند ضرر رسیده باشد. به صورت عموم سه نوع مرجع رسیدگی دعاوی اداری در جهان وجود دارد:

۱- **نظام انگلیسی:** در نظام انگلیسی اصول محاکمات اداری مرجع ای مشخصی جهت رسیدگی به دعاوی اداری که یک طرف آن تبعه و طرف دیگر آن دولت است وجود ندارد. از همین جهت، نظام قضایی انگلستان را قضای واحد می نامند. در نظام قضای واحد انگلیسی، قضای عمومی که عبارت از قضای اولیه است شامل دعاوی مدنی، تجارتي، جزایی و اداری می شود. در نتیجه، در انگلستان محاکم اداری وجود ندارد و دعاوی اداری نیز توسط محاکم عمومی رسیدگی می شوند. حسن این نظام این است که ساده است. اما، عیبی که این نظام دارد عدم تخصصی بودن محاکم اداری است؛

۲- **نظام فرانسوی:** در فرانسه برخلاف انگلستان قضای واحد وجود ندارد، بلکه قضای دوگانه وجود دارد: قضای عمومی که دعاوی مدنی، تجارتي و جزایی را رسیدگی می کند و قضای اداری که دعاوی اداری را حل و فصل می نماید. دعاوی اداری در فرانسه توسط شورای دولت مورد رسیدگی قرار می گیرد. دعاوی اداری نیز در نظام حقوقی فرانسه به دعاوی ابطال و دعاوی جبران خسارت تقسیم می شود. در دعاوی ابطال مدعی خواستار ابطال یک تصمیم غیرقانونی صادر شده توسط اداره می شود. به عنوان مثال، اداره تصمیمی در مورد استملاک ملک شخصی اتخاذ نموده است، در حالی که این تصمیم خارج از صلاحیت آن است. نوع دوم دعاوی، دعاوی پرداخت جبران خسارت است که از طرف دولت به تبعه وارد شده است. دعاوی اداری در این نظام در سه مرحله مورد رسیدگی قرار می گیرد. قضات اداری در این نظام باید از مکتب ملی اداره فارغ و در ضمن در ادارات خدمات ملکی ایفای وظیفه نموده باشند.

۳- **نظام مختلط:** برخی ممالک، مانند: آلمان نظام قضای مختلط را پذیرفته اند که محاکم اداری به دعوی ابطال رسیدگی می کنند و دعاوی جبران خسارت را به محاکم عمومی ارجاع می دهند.<sup>۶۰</sup> محاکم اداری در آلمان تابع قضای مختلط است. در این کشور در هر ایالت محاکم ابتدائیه و استیناف اداری وجود دارد. در مرحله تمیز دعاوی اداری در محکمه اداری فدرال مورد رسیدگی قرار می گیرد. دعاوی اداری در این کشور در سه مرحله ابتدائیه، استیناف و تمیز مورد رسیدگی قرار می گیرد. دعاوی اداری در این کشور به دعوی ابطال، دعوی جبران خسارت و دعوی الزام اداره به اجرای تصمیم اداری تقسیم می شود. در این کشور برای رسیدگی به دعاوی اداری قانون اصول محاکمات اداری وجود دارد. قضات اداری در این نظام آموزش های خاص دریافت نمی نمایند بلکه تابع آموزش های عمومی برای همه قضات اند. دعوی ابطال تصمیم اداری در این کشور توسط محاکم اداری و دعوی پرداخت جبران خسارت توسط محاکم مدنی مورد رسیدگی قرار می گیرد. از نظر مراجع رسیدگی به دعاوی اداری افغانستان از نظام اصول محاکمات اداری انگلستان که قضای واحد است، پیروی نموده است. زیرا، در



افغانستان محاکم اداری وجود ندارد و دعاوی اداری را نیز دیوان های حقوق عامه در سطح ابتدائیه، مرافعه و تمیز رسیدگی می نمایند. ماده ۱۲۰ ق. ا مقرر می نمایند که محاکم صلاحیت رسیدگی کلیه دعاوی که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت به حیث مدعی یا مدعی علیه مطرح می شود را مطابق به احکام قانون دارند. قضایای مربوط به حقوق اداری در نظام حقوقی افغانستان به طور کلی به نام قضایای حقوق عامه یاد می شوند. ادارات قضایای دولت به نمایندگی از دولت منحیث وکیل دولت، قضایای را پیگیری می نماید که یک طرف دعوی فرد و طرف دیگر آن دولت باشد. محاکم حقوق عامه در تشکیل قوه قضائیه مراجع ذیصلاح برای بررسی قضایای حقوق عامه است. قضایای حقوق عامه به آن نوع قضایا اطلاق می شود که یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت باشد. قانون تشکیل و صلاحیت محاکم رسیدگی به قضایای حقوق عامه متنازع فیه بین اشخاص حقیقی و حکمی یا بین اشخاص حکمی را از صلاحیت دیوان های حقوق عامه دانسته است. بدون شک قضایای مسؤولیت مدنی قضایای هستند که یک طرف قضیه دولت منحیث شخص حکمی منحیث مدعی علیه قرار می گیرد.<sup>۶۱</sup>

دیوان های حقوق عامه محاکم ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه در رسیدگی به دعاوی اداری از قانون اصول محاکمات مدنی پیروی می نمایند.<sup>۶۲</sup> زیرا، در نظام حقوقی افغانستان بر خلاف حقوق آلمان قانون اصول محاکمات اداری وجود ندارد. بنابراین، از نظر شکلی قضات رسیدگی به دعاوی اداری را طبق قانون اصول محاکمات مدنی مورد رسیدگی قرار می دهند. در دعاوی اداری دولت می تواند مدعی و مدعی علیه قرار گیرد. اما، چون دولت در نظام های اداری متمرکز از جمله نظام اداری افغانستان شخصیت حکمی تجزیه ناپذیر دارد، لازم است تا یک اداره به نمایندگی دولت در محاکم به اقامه دعوی و یا دفع دعوی بپردازد. به این منظور، ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه این وظیفه را به عهده دارد. چون اداره شخصیت حکمی است و اراده آن توسط شخص حقیقی تمثیل می شود، خائرنوالانی که در ریاست قضایای دولت ایفای وظیفه می نمایند، عملاً از دولت به حیث مدعی و یا مدعی در محاکم اقامه و دفع دعوی می نمایند. در صورت رسیدگی به دعوی اداری محاکم ذیصلاح مکلف اند قواعد اصول محاکمات مدنی در مورد رسیدگی به قضیه و صدور حکم را رعایت نمایند. همچنین، رسیدگی در مرحله استینافی، فرجامی و تجدیدنظر توسط مراجع قضایی تابع قواعد اصول

---

۶۱. رامین مشتاقی (۱۳۹۰). تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ سوم، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۴۰.

۶۲. بحث ایجاد محاکم اداری در جریان سال های ۲۰۰۷ آغاز گردید. انستیتوت مطالعات مقایسوی فرانسه طرح ایجاد محاکم اداری را به شیوه فرانسه به ستره محکمه پیشنهاد نمود. اما، این پیشنهاد توسط ستره محکمه رد شد. دلیل ستره محکمه این بود که دیوان های حقوق عامه در مرحله ابتدائیه، استیناف و تمیز به دعاوی اداری رسیدگی می نماید. سپس، در جریان سال های ۲۰۱۰ انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک آلمان با کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی قانون اجراء اداری را تدوین نمودند که پس از تدوین، این طرح توسط فرمان رئیس جمهور نافذ شد. سپس، بحث ایجاد محاکم اداری دوباره به ستره محکمه مطرح گردید. ستره محکمه موافقت که محاکم اداری را در دو مرحله ابتدائیه و استیناف ایجاد نماید. سپس، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی با همکاری انستیتوت ماکس پلانک طرح قانون اصول محاکمات اداری را نوشت. در حال حاضر، این قانون در وزارت عدلیه در مرحله تدقیق است.

محاکمات مدنی است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. مدر نص ماده ۹ ق. ا. م. م پیش بینی جواز مدعی و مدعی علیه قرار گرفتن دولت و اعطای صلاحیت تکلیفی به ریاست قضایای دولت به عنوان نماینده دولت در قضایای حقوق عامه است. برخی مثال هایی این ماده قرار ذیل است:

۱- حق: هرگاه حقی میان دولت و فرد حقوق خصوصی متنازع فیه باشد، نماینده ریاست قضایای دولت باید علیه فرد مطابق قواعدی که در قانون قضایای دولت و قانون اصول محاکمات مدنی پیش بینی شده است اقامه دعوی نماید و بعد از صدور حکم محکمه ذیصلاح به نفع دولت، حق دولت را حاصل نماید. به حیث مثال، هرگاه راننده در اثر بی احتیاطی تصادم نماید و به سرک، درخت، پایه برق و نظیر اینها ضرر وارد نماید و منکر پرداخت جبران خسارت گردد، نماینده ریاست قضایای دولت به نمایندگی از دولت علیه فرد اقامه دعوی نماید و بعد از صدور حکم محکمه جبران خسارت را از فرد بگیرد. جبران خسارت در این مثال حق دولت است.

۲- وجیهه: هرگاه وزارت داخله با فرد حقیقی یا حکمی حقوق خصوصی مانند احمد و شرکت تدارکاتی خصوصی قرارداد تهیه قرطاسیه را منعقد نماید و احمد یا شرکت قرطاسیه را به وزارت داخله تسلیم نماید اما وزارت داخله از دادن پول به احمد یا شرکت تدارکاتی امتناع ورزد و منکر شود و احمد یا شرکت خصوصی در محکمه اقامه دعوی نماید، نماینده قضایای دولت به نمایندگی از دولت به دفع دعوی بپردازد.

۳- ضرر: اگر صد جریب زمین در ولسوالی پغمان میان احمد و وزارت زراعت متنازع فیه باشد و دولت ادعا نماید که زمین از آن دولت است، نماینده ریاست قضایای دولت باید به نمایندگی از دولت در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. در صورت از دست دادن زمین، ضرر مالی به دولت وارد می‌شود.

۴- نفع: نفع در لغت به معنی سود، منفعت، حاصل، بهره، فایده و ربح است که ضد ضرر و زیان است. <sup>۳۳</sup> به نظر می‌رسد در اصطلاح حقوقی، نفع عبارت از سود، بهره و فایده است که در اثر کار، تولید، به کار بردن اموال و ... عاید شخص می‌شود. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین در ولسوالی پغمان میان احمد و وزارت زراعت متنازع فیه باشد و دولت ادعا نماید که زمین از آن دولت است، نماینده ریاست قضایای دولت باید به نمایندگی از دولت در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. در صورت از دست آوردن زمین، نفع به دولت می‌رسد.

متحد المال شماره ۲۳۷۵ الی ۲۴۲۵ مؤرخ ۵ / ۷ / ۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

ریاست محکمه استیناف ولایت پنجشیر طی استهدائیه ۹۸۸ مؤرخ ۴ / ۶ / ۱۳۸۶ طالب معلومات ذیل گردید ه است:

۱- در فرمان شماره ۸۳ مؤرخ ۸ / ۸ / ۱۳۸۲ ریاست دولت انتقالی اسلامی افغانستان چنین تذکر رفته است: «زمین هایی که بین دولت و اشخاص تحت دعوی قرار داشته باشد الی فیصله نهایی محکمه در ذو الید دولت باقی می‌ماند». اما ماده ۹ قانون اصول محاکمات مدنی چنین حکم می‌نماید که نماینده قانونی

دولت در قضایای مدنی که حقوق و وجایب، نفع و یا ضرر کل یا قسمی دولت مطرح باشد به حیث مدعی یا مدعی علیه قرار می گیرد. همچنین، در ماده ۱۲۰ قانون اساسی کشور تذکر رفته است: «صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیده گی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی و حکمی به شمول دولت به حیث مدعی و مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق احکام قانون اقامه شود». بین دو مواد فوق الذکر تضاد موجود است. هرگاه فرمان متذکره را در نظر بگیریم باید دولت مدعی علیه قرار گیرد ولی به اساس قانون و شریعت ذوالید حقیقی هر شخصی که باشد مدعی علیه شناخته می شود.

۲- مطابق فقره ۲ ماده ۷۱ قانون مدنی عقد نکاح صغیره کمتر از سن پانزده به هیچ وجه جواز ندارد. در بسا موارد دیده می شود که عملاً نکاح صغیره کمتر از سن پانزده سال نظر به عرف و شرع اسلامی به اساس ولایت ابویت صورت می گیرد. هرگاه چنین موضوع منجر به دعوی شود محکمه در برابر نکاح صغیره کمتر از سن پانزده سال چه نوع تصمیم بگیرد؟ آیا نکاح مذکور را به حیث نکاح صحیح مطابق شرع و عرف قبول نماید و یا طبق هدایت ماده قانون مدنی عقد نکاح مذکوره را باطل بداند.

۳- از مدعی علیه دفع تعرض حجت و برهان خواسته می شود. کلمه حجت و برهان قابل توضیح است که آیا تمام وسایل اثبات را در بر می گیرد یا چطور؟

۴- در ماده ۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی ذکر گردیده است که: «حضور بعضی از اهالی قریه در موضوعی که اهالی قریه ذینفع باشد کفایت می کند مانند چراگاه، راه عام و امثال آن اما نظر به ماده مجله الاحکام در صورتی که تعداد اهالی کمتر از چند نفر باشد حضور بعضی آنها کفایت نمی کند قابل توضیح است.

۵- مرور زمان در ماده ۲۱ قانون اصول محاکمات مدنی تحت عنوان اعتراضات ابتدایی و هدایت ماده ۲۲ قانون مذکور باید به قرار قضایی خاتمه داده شود و لی در رویه قضایی با صدور فیصله در این موضوع حکم می گردد. آیا در همچو موضوعات قرار قضایی صادر شود و یا فیصله شرعی؟

موارد فوق جهت ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات ارجاع گردید که در زمینه چنین ابراز نظر گردیده است:

جواب بند اول: فقره دوم ماده ... فرمان ۸۳ / مؤرخ ۱۳۸۲/۸/۸ ریاست جمهوری در مغایرت با ماده ۱۲۰ قانون اساسی قرار دارد چون قانون اساسی به تاریخ ۱۳۸۲/۱۱/۶ توشیح و نافذ گردیده، مطابق ماده ۱۶۲ قانون اساسی، قوانین و فرامین معایر احکام آن ملغی می باشند. بنابراین، مطابق به ماده ۱۲۰ قانون اساسی و ماده ۹ قانون اصول محاکمات مدنی دولت به صفت مدعی و یا مدعلیه در پیشگاه محکمه قرار می گیرد. جواب بند دوم: مطابق فقره دوم ماده ۱۳۰ قانون اساسی در مواردیکه قوانین صراحت نداشته باشد قضات مکلف به رعایت و تطبیق احکام قانون می باشد و در مواردی که قوانین صراحت نداشته باشد موضوع مطابق شریعت اسلام طوری حل و فصل می شود که عدالت به بهترین وجه تامین گردد.

جواب بند سوم: منظور از حجت و برهان که در قانون اصول محاکمات مدنی در دعوی دفع تعرض تذکر یافته است اسباب حکم و وسایل اثبات که در ماده ۲۷۲ قانون محاکمات مدنی درج است می باشد.

جواب بند چهارم: جواب این بند در جوابی که به ارتباط استهدائیه بند دوم ارائه شده حل گردیده است.

**جواب بند پنجم:** مطابق هدایت ماده ۲۶۷ قانون اصول محاکمات مدنی قرار محکمه تصمیم قضایی است که متوجه ماهیت دعوی نبوده در شکل رسیده گی صورت می گیرد. بناءً اگر موضوع مرور زمان ایجاب اثبات را نماید محکمه حق صدور قرارقضایی را در ماهیت موضوع ندارد و اگر ایجاب اثبات را نماید و طرفین به مرور زمان اعتراض نداشته باشد محکمه مطابق به هدایت ماده ۲۲ قانون اصول محاکمات مدنی اجراءات نماید. حینی که نظر تدقیقی با سوابق مربوط به استهداء به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه پیشنهاد شد طی مصوبه ۵۲۵ مؤرخ ۱۳۸۲/۶/۲۰ هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر تدقیقی ریاست تدقیق و مطالعات عیناً تأیید گردید، به جمیع محاکم متحدالماً اخبار گردد.».

مصوبه شماره فوق مقام عالی قرار گرفته بدینوسیله متحدالماً اخبار گردید تا در موارد مشخصه مطابق به آن اجراءات مقتضی قانونی به عمل آید.<sup>۶۴</sup>

**پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت سمنگان:**

مطابق هدایت ماده (۱۲۰) قانون اساسی و ماده نهم قانون اصول محاکمات مدنی و هدایت ماده سوم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه ج.ا.ا. در دعاوی بین فرد و دولت بحیث مدعی و مدعی علیه قرار گرفته میتواند اما زمانیکه مدعی به در حیازت و تصرف دولت باشد بحیث مدعی علیه و اگر مدعی به در تصرف دولت نباشد دولت بحیث مدعی قرار می گیرد.

**توضیح:** قبلاً به تاریخ ۸۲/۸/۱۸ فرمان ریاست دولت انتقالی افغانستان در باره املاک صادر و در فقره دوم ماده هشتم آن چنین تصریح گردیده بود:

«زمین های که بین دولت و اشخاص تحت دعوی قرار داشته باشد الی فیصله نهائی محکمه در ذوالیادی دولت باقی می ماند» آن وقت استدلال مذکور نماینده قضایای دولت قانونی بود اما بعداً به تاریخ ۸۲/۱۰/۱۴ قانون اساسی افغانستان از طرف لویه جرگه تصویب سپس در روشنی آن قانون تشکیل و صلاحیت محاکم قوه قضائیه نافذ گردیده است که در ماده (۱۲۰) قانون اساسی و ماده سوم قانون تشکیل و صلاحیت محاکم چنین تصریح شده: «صلاحیت های قوه قضائیه شامل رسیده گی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه می گردد».

از اینکه تاریخ قانون اساسی و قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم موخر است لذا فقره دوم ماده هشتم فرمان مذکور ملغی گردیده و استدلال قضایای دولت به ماده هشتم فرمان مذکور بعد از انفاذ قانون های فوق الذکر بی مورد است. در صورتیکه مدعی بها در تصرف دولت باشد مطابق هدیایات قوانین نافذه باید اشخاص و

افراد اقامه دعوی نمایند اگر مدعی بها تحت تصرف افراد و اشخاص حقیقی و یا حکمی باشد، قضایای دولت خارج بوده مکلف است من حیث مدعی به اقامه دعوی پردازد.<sup>۶۵</sup>

#### ماده ۱۰: نماینده اهالی قریه

«در قضایایی که اهالی قریه به صورت مشترك ذینفع باشند حضور بعضی آنها به حیث مدعی یا مدعی علیه در محکمه کفایت می کند مانند چراگاه، راه عام و امثال آن.»

تعریف قضایا، مدعی و مدعی علیه در بالا گذشت. ذینفع در لغت به معنی صاحب نفع است. در اصطلاح حقوق مدنی ذینفع عبارت است از شخصی که در قضیه ای نفع داشته باشد.<sup>۶۶</sup> طبق نص این ماده در قضایای که اهالی قریه به صورت مشترك ذینفع باشند حضور بعضی آنها به حیث مدعی یا مدعی علیه در محکمه کفایت می کند مانند چراگاه، راه عام و امثال آن. به حیث مثال، اگر یک تعداد کوچی ها در بهسود در خصوص مالکیت چراگاه اقامه دعوی نمایند، حضور برخی از اهالی قریه به عنوان مدعی علیه برای دفع دعوی کوچی ها کفایت می کند. بنابراین، ضرور نیست همه اهالی قریه در محکمه به عنوان مدعی علیه به دفع دعوی پردازند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم دعاوی است که در آن مدعی علیه متعدد اند و همه در مدعی بها نفع دارند. طبق فن قانونگذاری ارایه مثال در ماده های قانون معمول نیست. اما، قانونگذار در نص این ماده مصادیق و مثال هایی را پیش بینی نموده است که در آن ها اهالی یک قریه ذینفع اند مانند چراگاه و راه عام. همچنین، نص این ماده حصری نیست بلکه احصایی است زیرا قانونگذار ا. م. م دو مثال و مصادیق اموری که اهالی یک قریه در آن ذینفع اند را ذکر کرده است و باب قیاس را با سایر مصادیق باز گذاشته است. زیرا، در اخیر نص این ماده قانونگذار کلمه و امثال آن را ذکر نموده است. با توجه به آنچه گفته شد، اگر در یک کوچه یکی از همسایه برخلاف قوانین ساختمان هشت منزله احداث نماید و نور و روشنی و آفتاب آنها را مسدود نماید، یک تعداد آنها می توانند به نمایندگی از دیگران در محکمه به عنوان مدعی، علیه مالک ساختمان اقامه دعوی نمایند.

#### ماده ۱۱: مدعی علیه و نماینده آنها در دعوی متروکه

«(۱) دعاوی که در جهت نفع و ضرر متوفی و یا متروکه صورت می گیرد و حضور یکی از ورثه به حیث مدعی یا مدعی علیه برای رسیدگی در محکمه کافی است؛ (۲) در دعوی متروکه عینی، وارثی که متروکه در حیات او قرار دارد به حیث خصم شناخته می شود.»

از نص این ماد دو قاعده استنباط می گردد:

۱- دعاوی که در جهت نفع و ضرر متوفی و یا متروکه صورت می گیرد و حضور یکی از ورثه به حیث مدعی یا مدعی علیه برای رسیدگی در محکمه کافی است. متوفی اسم مفعول از ریشه «وفی» گرفته شده

۶۵. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۰۹ و ۱۱۰.

۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۰۴.

است که در لغت به معنی وفات یافته و مرده است.<sup>۶۷</sup> در اصطلاح حقوقی به کسی که دنیای فانی را ترک کرده و در گذشته است متوفی می گویند. ترکه که به آن متروکه هم گویند از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد که جمع آن ترکات است. در اصطلاح فقهی تعاریف متعددی برای ترکه وجود دارد: جمهور فقهاء (مالیکه، شافعیه و حنابله) بر این نظر اند که: ترکه عبارت از هر چیزی است که میت از خود به جا می گذارد که شامل حقوق ثابت و اموال می گردد. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می گذارد.<sup>۶۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و حمیده، محمود و جمشید ورثه احمد باشند و احمد بر حمید دین داشته باشد و یا حمید بر احمد دین داشته باشد، دو حالت متصور است:

نخست این که حمید برای دریافت دین خویش از متروکه احمد اقامه دعوی نماید. در این صورت، اگر یکی از ورثه احمد، به حیث مثال، حمیده به عنوان مدعی علیه به دفع دعوی حمید پردازد، دفع حمیده کافی است و ضرور نیست محمود و جمشید نیز به حیث مدعی علیهم در محکمه حضور یابند. در این مثال، اقامه دعوی توسط حمید به ضرر احمد است. احمد در این مثال متوفی و مال و دارایی ای که احمد از خود به جا گذاشته است متروکه است.

دوم این که اگر احمد بر حمید دین داشته باشد و حمید منکر آن باشد و صرف حمیده به نمایندگی از جمشید و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید، اقامه دعوی توسط حمیده کافی است و ضرور نیست جمشید و محمود نیز به عنوان مدعی در محکمه اقامه دعوی نمایند. اقامه دعوی توسط حمید علیه حمیده به نفع متروکه و نفع احمد است.

۲- در دعوی متروکه عینی، وارثی که متروکه در حیات او قرار دارد به حیث خصم شناخته می شود. عین در لغت به معنی ذات و نفس است و در فقه و حقوق به ذات و نفس هر شی مادی عین گویند.<sup>۶۹</sup> همچنین، عین در لغت به معنی رقبه مال مادی است، زیرا مال مادی مرکب از منفعت و رقبه یا ذات است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به وجه حاضر از هر شی مادی عین گویند که در برابر دین به کار برده می شود. ماده ۱۵۹ مجله الاحکام در تعریف عین می گوید: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال دراهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند.»


حیازت در لغت به معنی گردآوردن، گردآوری کردن، جمع کردن و فراهم آوردن چیزی است.<sup>۷۰</sup> به نظر می رسد حیازت در نص این ماده در مفهوم تحت تصرف استعمال شده است. خصم در لغت به معنی دشمن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به هر یک از طرفین دعوی خصم و به هر دوی آنها متخاصمین

۶۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۰۶.

۶۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۱.

۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۵.

۷۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۸۷۷.

باب اول: احکام عمومی - فصل دوم: دعوی  ۳۳

گویند.<sup>۷۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و حمیده، محمود و جمشید ورثه احمد باشند و احمد ده جریب زمین از خود به جا گذارد و زمین در حیازت حمیده باشد و فاروق در خصوص مالکیت زمین اقامه دعوی نماید، حمیده که زمین در حیازت او است می تواند به عنوان خصم فاروق در محکمه حضور یابد و از محمود و جمشید نمایندگی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. مدر نص این ماده پیش بینی حکم نمایندگی در دعاوی مربوط به متروکه است.

---

۷۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۸۹۹.





## باب دوم: استدعا و مبادی دعوی

باب دوم ق. ا. م. م در برگیرنده دو فصل است: فصل اول استدعا و فصل دوم مبادی دعوی:

### فصل اول: استدعا

نویسندگان ق. ا. م. م در فصل اول احکام استدعا را در مواد ۱۲ الی ۱۷ تنظیم نموده اند.

#### ماده ۱۲: طرز استدعا

«۱- استدعای حق مدنی توسط عریضه رسمی مطالبه می شود؛ و ۲- عریضه حقوقی مستقیماً به محاکم یا از طریق شعبات حقوق به محاکم تقدیم و مورد رسیدگی قرار می گیرد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) استدعای حق مدنی توسط عریضه رسمی مطالبه می شود. استدعا در لغت به معنی خواهش کردن، تقاضا کردن و درخواست کردن است.<sup>۷۲</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، استدعا خواستن حق توسط مدعی از محکمه است. عریضه مؤنث عریض است که در لغت به معنی شکواییه است که جمع آن عرایض است.<sup>۷۳</sup> طبق ماده ۲ جزء ۳ قانون واریسی عرایض: «عریضه عبارت از ورق مطبوع و بهادار است که به منظور تحریر شکایات و مطالبات عارضین مطابق فورمه منضمه این قانون به دسترس عامه گذاشته می شود. این ورق مزین به نشان دولت بوده و توسط شعبه مربوط وزارت مالیه مهر گردیده و دارای شماره مسلسل می باشد. ورق مذکور دارای جدول شهرت عارض، عریضه نویس، معروض علیه بوده و قیمت آن دو هزار افغانی می باشد.» به حیث مثال، اگر حمیده بخواهد از شوهرش حمید به دلیل ضرر تفریق قضایی بگیرد، باید مطالبه تفریق قضایی از محکمه ذیصلاح را توسط عریضه استدعا نماید. تفریق قضایی در این مثال حق مدنی است. همچنین، اگر احمد ده لک افغانی بر حمیده قرض داشته باشد و حمیده منکر آن باشد و احمد پرداخت دین توسط حمیده را از محکمه استدعا نماید، باید این استدعا را توسط عریضه انجام دهد. قرض احمد بر حمیده در این مثال حق مدنی است.

۲) عریضه حقوقی مستقیماً به محاکم یا از طریق شعبات حقوق به محاکم تقدیم و مورد رسیدگی قرار می گیرد. طبق نص این ماده برخلاف دعاوی جزایی، دعاوی مدنی و استدعای مدنی یا مستقیماً از محاکم مدنی صورت می گیرد یا از طریق شعبات ریاست حقوق وزارت عدلیه. به حیث مثال، اگر احمد

72. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 4/2/2018).

73. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2016).

ده لک افغانی بر حمیده قرض داشته باشد و حمیده منکر آن باشد و احمد پرداخت دین توسط حمیده را بخواهد از محکمه استدعا نماید، باید یا عریضه را مستقیماً به محکمه مدنی تقدیم نماید یا به ریاست حقوق وزارت عدلیه. طبق قانون طرز تحصیل حقوق، ریاست حقوق باید میان طرفین صلح نماید. در صورتی که صلح نتیجه ندهد، اسناد را جمع آوری و به محکمه مدنی محول نماید.<sup>۷۴</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم طرز استدعای حق مدنی توسط مدعی است.

### ماده ۱۳: محتویات عریضه

«عریضه حقوقی حاوی مطلب ذیل می باشد:

- ۱- اسم، ولد، محل، سکونت اصلی و فعلی، پیشه، نمره تذکره مدعی و مدعی علیه.
- ۲- تعیین اندازه مدعی بها و خلص مقصد دعوی.
- ۳- بیان جنس، نوع، قیمت مدعی بها در صورتی که منقول باشد. در صورتی که مدعی بها عقار باشد ذکر موقعیت، نوعیت و مساحت آن نیز حتمی است.
- ۴- امضاء یا نشان انگشت عارض. در صورتی که عارض و کیل وصی یا قیم باشد ذکر نمره و تاریخ سند وکالت، وصاحیت و قیمومیت با شهرت مکمله آن ضرور است.
- ۵- تأریخ ایجاد حق و تاریخ تقدیم عریضه.»

طبق نص این ماده عریضه شامل عناصر و محتویات ذیل باید باشد:

۱- اسم، ولد، سکونت اصلی و فعلی، پیشه و نمره تذکره مدعی و مدعی علیه. پیش بینی نمبر تذکره مدعی علیه در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، معمولاً عریضه یا توسط مدعی یا توسط عریضه نویس صورت می گیرد و عریضه نویس یا مدعی به تذکره مدعی علیه دسترسی ندارند. قابل توصیه است نمبره تذکره مدعی علیه در نص این ماده تعدیل گردد.

۲- تعیین مقدار مدعی بها و خلص هدف دعوی. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای دین نماید، باید در عریضه مقدار دین و هدف دعوی، به حیث مثال، در این مثال حصول دین را تحریر نماید.

۷۴. جهت مطالعه مفصل در خصوص تشکیل و صلاحیت های ریاست حقوق وزارت عدلیه نک: قانون طرز تحصیل حقوق جریده رسمی شماره ۱۳۸۶، مؤرخ ۱۳۹۹/۷/۱۰ هجری شمسی. هدف بنیادین این قانون تنظیم احکام «تنفیذ فیصله های محاکم مدنی و تجارتی» است. هرچند این قانون در سال ۱۳۹۹ هجری شمسی مورد بازنگری قرار گرفته است اسم این قانون مُعرف محتوا و احکام آن نیست زیرا خواننده تا زمانی که متن این قانون را مطالعه نکند، نمی فهمد که این قانون در صدد برآوردن چه اهدافی است. قابل توصیه است نام این قانون به «قانون تنفیذ فیصله های محاکم مدنی و تجارتی» تبدیل گردد زیرا این قانون متمم ق. ا. م. است. برای این که فرد از حق مدنی بهره مند شود نخست باید قانون مدنی وجود داشته باشد تا حق شخص یا اشخاص را از نظر ماهوی به رسمیت بشناسد. در صورت نقض این حق، باید محکمه مدنی وجود داشته باشد تا شخص برای اعاده و تأمین حق به آن مراجعه نماید. برای این که شخص در محکمه اقامه دعوی نماید و قاضی حکم صادر نماید، ق. ا. م. م که قانون شکلی است باید وجود داشته باشد و برای این که حکم قاضی مدنی تنفیذ شود، قانون تنفیذ فیصله محاکم مدنی باید وجود داشته باشد. قانون طرز تحصیل حقوق در واقع قانون تنفیذ فیصله های محاکم مدنی و تجارتی توسط حکومت است. زیرا، طبق ماده ۷۵ جزء ۱ ق. ا. م. «تعمیل احکام این قانون اساسی و سایر قوانین و فیصله های قطعی محاکم از وظایف حکومت است». حکومت این وظیفه را در ساحه مدنی، توسط ریاست حقوق وزارت عدلیه با همکاری وزارت داخله انجام می دهد. با توجه به این که این قانون توسط وزارت عدلیه شرح شده است، از تماس روی احکام این قانون قصداً در این کتاب پرهیز صورت گرفته است.

۳- در صورتی که مدعی بها منقول باشد بیان جنس، نوع و قیمت مدعی بها. منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال داده شده و قابل انتقال است.<sup>۷۵</sup> طبق ماده ۱۲۸ مجله الاحکام: «منقول شی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیئت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکیلات و موزونات می گردد.» جنس در لغت به معنی صنف، دسته، ماهیت و کیفیت بنیادی، قسم و نوع است. به عنوان مثال، گاو، گوسفند، بز و اسب همه از جنس حیوان و مولی، گندنه، گسنیژ، تراتیزک و نظیر اینها از جنس سبزیجات اند.<sup>۷۶</sup> نوع و جنس هر چند مترادف اند در نص این ماده به صورت جداگانه استعمال شده اند و قانونگذار ا. م. م «و» را در میان این دو استعمال نموده است که محل ایراد است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که حیوان محمود متعلق به احمد است باید نوع حیوان که اسب، گوسفند، بز و نظیر اینها است و قیمت حیوان را تعیین نماید. همچنین، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که موتر محمود متعلق به احمد است باید نوع موتر را که بز، کورولا و نظیر اینها است و قیمت آن را در عریضه تعیین نماید.

۴- در صورتی که مدعی بها عقار باشد ذکر موقعیت، نوعیت و مساحت آن. به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می گویند، مانند: زمین و خانه که جمع آن عقارات است.<sup>۷۷</sup> طبق ماده ۱۲۹ مجله الاحکام: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی.» به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که زمین محمود متعلق به احمد است باید موقعیت عقار، به حیث مثال، در خیرخانه، گولای سینما، سرک اول، نوع، به حیث مثال، خانه یا آپارتمان و مساحت، به حیث مثال، سی صد متر مربع را معین نماید.

۵- امضاء یا نشان انگشت عارض. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا مالکیت زمین متعلق به محمود را نماید باید در عریضه امضاء نماید یا نشان انگشت خویش را بگذارد.

۶- در صورتی که عارض وکیل وصی یا قیم باشد ذکر نمره و تاریخ سند وکالت، وصاحیت و قیمومیت با شهرت مکمله وکیل، وصی و قیم شرط است. عارض اسم فاعل از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عریضه کننده و شکایت کننده است. طبق ماده ۲ جزء ۱ قانون واری عراض عارض: «عارض شخصی است دارای اهلیت شرعی که شکایت یا مطالبه خود را به مقام مربوط ارایه نموده، واری آن را مطابق احکام قانون مطالبه می نماید.» تعریف وصی و قیم گذشت. وکیل از ریشه «وکل» گرفته شده است که در لغت به معنی متوفض، کارساز، کاردان، حافظ، نگهبان، نایب، جانشین، خلیفه، قائم مقام، مباشر و ... می باشد. در فقه وکیل به شخصی گویند که تصرفی جایز و معلوم از سوی دیگری (موکل) برای انجام به او سپرده شده است.<sup>۷۸</sup> اما در اصطلاح حقوقی به مفهوم خاص در حقوق

۷۵. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة، ص ۴۶.

76. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 4/1/2018).

۷۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱-۱۶؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۲؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۴۷-۱۴۹؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۳۷؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة، ص ۴۶.

۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۲۰.

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 که: «وکیل مدافع شخصی است که شامل فهرست وکلای مدافع بوده، مطابق احکام قانون در پیشگاه محاکم و سایر مراجع از حق مؤکل خویش دفاع یا دعوی نماید.» به حیث مثال، اگر وکیل احمد، وصی احمد و قیم احمد به نمایندگی از احمد علیه محمود در خصوص زمین محمود عارض گردند، شهرت مکمل هر یک و ذکر نمره و تاریخ وکالت خط، وصایت خط و قیمومیت خط ضروری است. طبق رویه عملی برای ترتیب وکالت خط نخست مؤکل و وکیل روی عقد وکالت توافق می نمایند. سپس، هر دو در محکمه وثایق مربوطه عریضه می نمایند. سپس، اقامت عارض در ناحیه مربوطه توسط وکیل گذر تصدیق می گردد. بر حال بودن وکیل گذر توسط ناحیه مربوط تصدیق می گردد. سپس، وکیل و عارض به محکمه وثایق با دو شاهد حضور می یابند و محکمه وثایق وکالت خط را ترتیب می نماید. وصایت خط به دلیل مصلحت صغار توسط محکمه مدنی ذیصلاح ترتیب می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرایط عریضه است.

#### ماده ۱۴: تعدد مدعی و مشترک بودن مدعی بها

«در صورتی که مدعی بها مشترک و مدعی متعدد باشد استدعا توسط عریضه واحد صورت می گیرد.»

تعریف مدعی، مدعی علیه، مدعی بها و استدعا در بالا گذشت. طبق نص ان ماده در صورتی که مدعی بها مشترک و مدعی متعدد باشد استدعا توسط عریضه واحد صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد، محمود، جمیله و حمیده علیه حمید و فاروق در خصوص مالکیت مارکیت حمیده و فاروق اقامه دعوی نمایند، این دعوی و استدعا می تواند توسط عریضه واحد صورت بگیرد. مارکیت در این مثال مدعی بهای مشترک میان حمیده و فاروق است. احمد، محمود، جمیله و حمیده مدعی اند اما متعدد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم تعدد مدعی و مشترک بودن مدعی بها است.

#### ماده ۱۵: تعدد مدعی علیه و وحدت سبب دعوی

«در صورت وحدت سبب دعوی در مدعی بها و تعدد مدعی علیه استدعا توسط عریضه واحد صورت می گیرد.»

تعریف دعوی، مدعی بها، استدعا، عریضه و مدعی علیه گذشت. طبق نص این ماده در صورت وحدت سبب دعوی در مدعی بها و تعدد مدعی علیه استدعا توسط عریضه واحد صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود، حمید، جمیله و فاروق ادعا نماید که محمود، حمید، جمیله و فاروق مارکیت تجارتي و دوکان های او را غصب نموده اند، ادعای احمد می تواند در محکمه مدنی توسط عریضه واحد صورت بگیرد. بنابراین، در این حالت ضرور نیست احمد علیه محمود، حمید، جمیله و فاروق عریضه های جداگانه تقدیم محکمه نماید. سبب دعوی در این مثال غصب، محمود، حمید، جمیله و فاروق مدعی علیه اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم تعدد مدعی علیه و وحدت سبب دعوی است.

#### ماده ۱۶: قناعت و انکار معروض علیه

«(۱) عریضه ای که به محکمه ذیصلاح تقدیم می گردد محکمه بعد از احضار معروض علیه آن را بررسی نموده در صورت قناعت معروض علیه قرار قضائی صادر و جهت اجرا به اداره حقوق ارجاع می دارد؛ و (۲) در صورت انکار معروض علیه محکمه مطابق به احکام قانون رسیدگی می نماید.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) عریضه ای که به محکمه ذیصلاح تقدیم می گردد محکمه بعد از احضار معروض علیه آن را بررسی نموده در صورت قناعت معروض علیه قرار قضائی صادر و جهت اجرا به اداره حقوق ارجاع می دارد. تعریف عریضه در بالا گذشت. احضار از ریشه «حضر» گرفته شده است که در لغت به معنی حاضر ساختن، حاضر کردن و در حضور آوردن است. در اصطلاح حقوقی، به فراخواندن کسی (اعم از مدعی، مدعی علیه، شهود و ...) برای حضور در نزد قاضی جهت پاسخگویی احضار گویند.<sup>۷۹</sup> معروض علیه شخصی است که علیه او عریضه صورت گرفته است. طبق ماده ۲ جزء ۴ قانون واریسی عریض: «معروض علیه به شخصیت حقیقی و یا حکمی اطلاق می گردد که طرف شکایت عارض واقع شده است.» تعریف قرار قبلاً گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه حمیده اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که حمیده مبلغ بیست لک افغانی مدیون احمد است، محکمه مدنی مکلف است حمیده را احضار نماید. در صورت قناعت حمیده مبنی بر مدیون بودن، قاضی محکمه مدنی مکلف است قرار مدیونیت حمیده را صادر و به ریاست حقوق وزارت عدلیه جهت تطبیق قرار ارجاع دهد.

(۲) در صورت انکار معروض علیه محکمه مطابق به احکام قانون رسیدگی می نماید. انکار از ریشه فعل «نکر» گرفته شده است که در لغت به معنی نشناختن، خودداری از اقرار، ابا، امتناع، تکذیب و رد است.<sup>۸۰</sup> در اصطلاح حقوقی، انکار عبارت از رد و نپذیرفتن است مانند انکار از سوگند، انکار از حق و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد علیه حمیده اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که حمیده مبلغ بیست لک افغانی مدیون احمد است، محکمه مدنی مکلف است حمیده را احضار نماید. در صورت انکار حمیده مبنی بر عدم مدیون بودن، قاضی محکمه مدنی مکلف است به ماهیت دعوی وارد شده و دعوی را مطابق قواعدی که تفصیل آن خواهد آمد رسیدگی نماید. در صورت اول قاضی وارد ماهیت دعوی نمی شود و قرار صادر می نماید. اما، در صورت دوم چون معروض علیه انکار می نماید، قاضی وارد ماهیت دعوی شده و پس از بررسی دلایل و وسایل اثبات طرفین حکم صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده پیش بینی حکم اقرار و انکار معروض علیه و صدور قرار و رسیدگی و وارد شدن به ماهیت دعوی است.

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت ننگرهار:

ماده (۱۶) قانون اصول محاکمات مدنی حکم می کند که بررسی عریضه عارض بعد از حضور معروض علیه صورت می گیرد ولی ماده (۱۵۸) همین قانون در صورت عدم حضور مدعی علیه در حالیکه عارض یعنی مدعی اصرار دارد اصدار حکم غیابی را تجویز می نماید که علی الظاهر در بین این دو ماده تعارض و تضاد موجود است که در مورد رفع آن طالب هدایت هستیم.

۷۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۱۱.

هكذا استهداء می نماید که عده از اشخاص اند که جایداد های مردم را غصب و فعلاً آن را به کرایه داده اند و خود شان در ممالک خارجی سکونت پذیر گردیده اند و حاضر نمی گردند و بعضاً حتی محل بود و باش شان هم معلوم نیست آیا می توان در مورد اینگونه عقارات مغضوبه احکام غیابی صادر کرد و یا انتظار کشید تا غاصبین غایب حاضر گردند که در این صورت تلف حقوق مغضوب منته متصور است در باره طالب هدایت می باشیم.

**توضیح:** ماده (۱۶) قانون اصول محاکمات مدنی بیانگر حکم حالتی است که معروض علیه حاضر باشد، برعکس ماده (۱۵۸) قانون مذکور بیانگر حکم حالتیست که معروض علیه غائب است لهذا دو ماده مذکور از موارد جداگانه بحث دارد.<sup>۸۱</sup>

#### **ماده ۱۷: احواله عریضه از سوی ریاست حقوق به محکمه در صورت عدم قناعت مدعی علیه**

«عریضه ای که به اداره حقوق تقدیم می گردد در صورت عدم قناعت مدعی علیه با طرفین محول محکمه می شود.»

تعریف عریضه و مدعی علیه گذشت. طبق نص این ماده عریضه ای که به اداره حقوق تقدیم می گردد در صورت عدم قناعت مدعی علیه با طرفین محول محکمه می شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه حمیده در ریاست حقوق وزارت عدلیه عریضه نماید و ادعا نماید که حمیده مبلغ بیست لک افغانی مدیون من است و حمیده در ریاست حقوق به مدیون بودن قناعت ننماید، ریاست حقوق وزارت عدلیه مکلف است عریضه و اسنادی را که از مدعی و مدعی علیه جمع آوری نموده است به محکمه مدنی مربوطه محول نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی ریاست حقوق است.

۸۱. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، ص ۱۰۷.

## فصل دوم: مبادی دعوی

نویسندگان ق. ا. م. م در فصل دوم، مواد ۱۸ الی ۳۹ احکام مربوط به مبادی دعوی را تنظیم نموده اند. تعریف دعوی گذشت. مبادی لغت عربی است که جمع مبدأ است که در لغت به معنی خاستگاه، آغاز گاه و مکان و زمان آغاز چیزی را گویند.<sup>۸۲</sup> همچنین، مبدأ در لغت به معنی منبع، سرچشمه، منشأ، آغاز و اصل است.<sup>۸۳</sup> در اصول: به سرمنشأ و خاستگاه و مبدأ اصول و احکام مبادی می گویند. چنانکه به تعریف، موضوع، غایت، منشأ و نسبت یک علم با سایر علوم، واضح و حکم شرع در آن باره و همچنین موضوعات مورد بحث آن مبادی علم گویند.<sup>۸۴</sup>

### ماده ۱۸: تسلیمی عرایض توسط تحریرات محکمه

«تحریرات محکمه ذیصلاح عرایض وارده را تسلیم و بعد از ملاحظه رئیس محکمه به دفتر مربوط ثبت می نماید.»

طبق نص این ماده تحریرات محکمه ذیصلاح عرایض وارده را تسلیم و بعد از ملاحظه رئیس محکمه به دفتر مربوط ثبت می نماید. عرایض جمع عریضه است که تعریف آن در فصل قبلی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه حمیده در ریاست حقوق وزارت عدلیه عریضه نماید و ادعا نماید که حمیده مبلغ بیست لک افغانی مدیون من است و حمیده در ریاست حقوق به مدیون بودن قناعت ننماید، ریاست حقوق وزارت عدلیه مکلف است عریضه و اسنادی را که از مدعی و مدعی علیه جمع آوری نموده است به محکمه مدنی مربوطه محول نماید. کارمندی که به عنوان محرر در محکمه مدنی ایفای وظیفه می نمایند مکلف اند عریضه و اسناد را تسلیم و بعد از ملاحظه رئیس محکمه مدنی به دفتر مربوط ثبت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی تحریرات محکمه مدنی است.

### ماده ۱۹: صدور قرار رد دعوی در صورت فاقد صلاحیت بودن محکمه مدنی

۸۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.  
83. <https://www.vajehyab.com> (2016 /17 /1). (آخرین بازدید 1/17/2016)

۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.

«در صورتی که محکمه در رسیدگی به قضیه خود را ذیصلاح تشخیص نماید قرار رد آن را صادر می کند.»

تعریف قرار، قضیه، صلاحیت و انواع صلاحیت در فصل اول گذشت. طبق نص این ماده، در صورتی که محکمه مدنی در رسیدگی به قضیه خود را ذیصلاح تشخیص نماید مکلف است قرار رد آن را صادر کند. نص این ماده ناظر بر صلاحیت حوزه ای و موضوعی محاکم مدنی است. برخی مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

۱) در صورتی که احمد دعوی مدنی را در محکمه ابتدائیه شهری زون اول کابل اقامه نماید، محکمه ابتدائیه شهری زون اول کابل مکلف است که در روشنایی قوانین نافذه صلاحیت رسیدگی خود را تشخیص نماید. در صورتی که صلاحیت رسیدگی به موضوع را داشته باشد، موضوع را رسیدگی و در غیر آن موضوع را باید توسط قرار قضایی رد و به محکمه مربوطه محول نماید.

۲) محکمه ابتدایی ولسوالی پغمان صلاحیت رسیدگی به دعوی ای را که در ولسوالی شکرده واقع شده است ندارد بلکه از نظر حوزه ای این صلاحیت را صرف محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده دارد. بنابراین، اگر احمد که اقامتگاه او در ولسوالی شکرده است، دعوی طلاق در محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان را اقامه نماید، محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان مکلف است در روشنایی قانون اصول محاکمات مدنی، صلاحیت خویش را مورد رسیدگی قرار دهد. در صورتی که محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان فاقد صلاحیت باشد، باید قرار رد دعوی را صادر و قضیه را به محکمه ذیصلاح محول نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محاکم مدنی است.

#### ماده ۲۰: اتخاذ تصمیم در مورد اعتراض ابتدائی

«در قضیه ای که اعتراضات ابتدایی صورت گیرد، محکمه اعتراضات را در جلسه قضائی که از طرف محکمه تعیین می گردد رسیدگی و تصمیم قضائی اتخاذ می گردد.»

طبق نص این ماده در قضیه ای که اعتراضات ابتدایی صورت گیرد، محکمه اعتراضات را در جلسه قضائی که از طرف محکمه تعیین می گردد رسیدگی و تصمیم قضائی اتخاذ می گردد. تعریف قضیه و تصمیم قضایی گذشت. اعتراضات جمع اعتراض است. تعریف اعتراض قبلاً گذشت. ابتدایی در لغت به معنی نخستین و بدوی است. نص ماده ۲۰ ق. ا. م. م مرتبط به ماده ۲۱ ق. ا. م. م است. زیرا، ماده ۲۰ محکمه را مکلف نموده است در صورت اعتراضات ابتدائی، اعتراضات را در جلسه قضایی رسیدگی نماید و ماده ۲۱ ق. ا. م. م مصادیق و اسباب اعتراضات ابتدائی را حصر نموده است که تفصیل آن در ذیل ماده ۲۱ خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه مدنی است.

#### ماده ۲۱: مصادیق اعتراضات ابتدایی



«اعتراضات ابتدایی 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 قضائی 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 ای که در محکمه دیگر دایر است؛
- ۷- دایر بودن قضیه مندرج در عریضه در محکمه دیگر؛ و
- ۸- تحت مرور زمان بودن قضیه مورد دعوی.»

تعریف اعتراضات ابتدایی در بالا گذشت. طبق نص این ماده اعتراضات ابتدایی قرار ذیل است:

۱) **عدم صلاحیت رسیدگی قضیه از طرف محکمه:** تعریف صلاحیت و قضیه گذشت. به حیث مثال، در صورتی که احمد دعوی مدنی را علیه محمود در محکمه تجارتنی کابل اقامه نماید، محمود می تواند اعتراض نماید که محکمه فاقد صلاحیت رسیدگی به دعوی مدنی است. همچنین، اگر احمد که اقامتگاه او در ولسوالی شکرده است، دعوی دین علیه حمیده را که اقامتگاه او در ولسوالی پغمان است، در محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده اقامه نماید، حمیده می تواند اعتراض نماید که محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده فاقد صلاحیت است.

۲) **فقدان صلاحیت و اهلیت مدعی و مدعی علیه:** تعریف اهلیت، مدعی و مدعی علیه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد را نماید، شرط است که احمد و محمود دارای اهلیت باشند. بنابراین، اگر احمد و محمود صغیر، معتوه، مجنون، غافل و نظیر اینها باشند، ناقص اهلیت اند و نمی توانند اقامه دعوی نمایند. در صورت نقصان اهلیت قانونی و غیابت احکام ولایت، وصایت و قیمومیت قابل تطبیق است. بنابراین، وصی، ولی و قیم محمود می تواند اعتراض نماید که محمود ناقص اهلیت است.

۳) **متوجه نبودن ادعای مندرج عریضه بر مدعی علیه:** تعریف عریضه، مدعی و مدعی علیه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد را نماید، شرط است محمود قرارداد را با احمد منعقد نموده باشد و محمود عقد را تنفیذ نکرده باشد. بنابراین، اگر احمد عقد خرید ده پایه تلویزیون را با جمشید منعقد نموده باشد و جمشید پول را گرفته و تلویزیون ها را تسلیم احمد نموده باشد و احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید، محمود می تواند اعتراض ابتدایی نماید. زیرا، دعوی اصل متوجه محمود نیست.

۴) صدور حکم قضائی قبلی در موضوع بین عارض و معروض: تعریف حکم، عارض و معروض علیه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود در محکمه ابتدائیه ولسوالی سرای خواجه اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که دوکان محمود از آن احمد است، اما محکمه ابتدائیه ولسوالی سرای خواجه قبلاً در این صورت به نفع احمد حکم صادر نموده باشد، محمود می تواند در صورت جلب، اعتراض ابتدایی نماید. زیرا، در این خصوص حکم محکمه وجود دارد و ایجاب تنفیذ را می نماید نه صدور مجدد را.

۵) عدم ذوالیدی مدعی علیه متکی بر اسناد مثبت در مدعی بهای غیر منقول: ذوالید مرکب از دو کلمه «ذو» و «ید» که به معنای دارنده دست و دست دارنده است. در فقه به کسی که حق تصرف در املاک و اعیان را دارد، ذوالید می گویند. از این تعریف به خوبی استنباط می شود که زمانی این وصف برای کسی حاصل می شود که عین در حیات او باشد و یا به یکی از اسباب قانونی مجاز به تصرف در آن باشد.<sup>۸۵</sup> ید در لغت به معنی دست است و در فقه کنایه از تصرف است، چنانکه اگر بگویند: فلانی بر چیزی ید دارد، مراد آن است که بر آن تصرف مالکانه دارد. از همین رو، شخصی که ملکی را تحت ید دارد ذوی الید نامیده می شود.<sup>۸۶</sup> مثبت، مؤنث مثبت است که در لغت به معنی ثابت کننده است. در اصطلاح حقوقی، مثبت عبارت از وسایل اثبات دعوی است که بتواند دعوی را ثابت نماید، مانند قبالة قانونی خانه و زمین و نظیر اینها. تعریف مدعی بها گذشت. غیر منقول مترادف عقار است که تعریف آن در فصل دوم گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که فلان خانه از آن من است در حالی که آن خانه تحت ید محمود نباشد و محمود در خصوص خانه سند مثبت مانند قبالة قانونی نداشته باشد، می تواند علیه دعوی احمد در محکمه مدنی اعتراض ابتدایی نماید و بگوید من ذوی الید نیستم.

۶) ارتباط قضیه با دعوی ای که در محکمه دیگر دایر است: تعریف قضیه و دعوی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و اقامتگاه احمد مرکز ولایت هرات باشد و حمیده در محکمه ابتدائیه شهری ولایت هرات علیه احمد اقامه دعوی تفریق به عدم انفاق نماید و سپس در کابل که اقامتگاه پدر حمیده است در محکمه ابتدائیه شهری کابل علیه احمد اقامه دعوی پرداخت مهر نماید، احمد می تواند در این خصوص در محکمه ابتدائیه شهری کابل اعتراض ابتدایی نماید و بگوید که این قضیه با قضیه دیگر؛ یعنی: قضیه تفریق به سبب عدم انفاق ارتباط دارد و قضیه تحت رسیدگی محکمه ابتدائیه شهری هرات قرار دارد.

۸۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۰۴.  
 ۸۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۲۲۶۶ و ۲۲۶۷.

۷) تحت مرور زمان بودن قضیه مورد دعوی: تعریف قضیه و دعوی گذشت. مرور زمان که در فقه آن را «تقادم» می گویند از دو کلمه مرور به معنای گذشت و گذشتن، رفتن و گذر کردن و زمان به معنی وقت، هنگام، مدت، ساعت، عصر و دوران است. مرور زمان بر سه نوع است:

۱- مرور زمان مکسب حق: مرور زمان مُکسبِ حق عبارت از مرور زمانی است که به اکتساب حق عینی اصلی (ملکیت) منجر می شود.

۲- مرور زمان مسقط حق: مرور زمان مُسقطِ حق عبارت از مرور زمانی است که به اسقاط حق منجر می شود.

۳- مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی: مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی عبارت از مرور زمانی است که موجب اسقاط سمع دعوی توسط محکمه ذیصلاح بعد از سپری شدن مدت معین مقرر در قانون می گردد. بنابراین، مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی عبارت از گذشت مقدار زمانی است که پس از آن حق ادعا ساقط شده گویی که در اصل هرگز نبوده است.<sup>۸۷</sup> از همین رو، ماده ۱۶۶۳ مجله الاحکام در رابطه به تعریف مرور زمان مُسقطِ حق اقامه دعوی می گوید که: «مرور زمانی که مانع استماع دعوی می شود عبارت از گذشت زمانی است که طی آن دعوی بدون عذر شرعی ترک گردد [...]». مدت مرور زمان بر حسب مدعی بها فرق می نماید. باوجوداین، ق. م در باره مدعی بهای که در قانون در مورد آنها حکمی وجود ندارد را پانزده سال معین نموده است. قاعده عمومی در رابطه به مدت مرور زمان با رعایت استثنائاتی که در محل آن در باره آن سخن خواهیم گفت پانزده سال است، مگر اینکه قانون خاص این مدت را کمتر و یا بیشتر تعیین نموده باشد.<sup>۸۸</sup> ماده ۹۶۵ فقره دوم ق. م. ا در این باره حکم می نماید که: «دعوی مطالبه حق بنابر هر سببی که باشد، علیه منکر بعد از مرور پانزده سال با رعایت احکام خاص آن و استثنائات ذیل شنیده نمی شود». از نص این ماده به خوبی بر می آید اصل در مدت مرور زمان پانزده است. باوجوداین، این اصل استثنائاتی دارد که مواد ۹۶۶ الی ۹۶۷ ق. م و مواد ۱۶۶۰ الی ۱۶۶۲ مجله الاحکام این استثنائات را پیش بینی نموده است. این استثنائات مربوط به حقوق مستمر دوره ای متجدد، حقوق طبیب، مهندس، کرایه شب باش هتل و ... می گردد.

مرور زمان در خصوص حق های مستمر دوره ای متجدد پنج سال است. حق های مستمر دوره ای متجدد آن دسته از حق ها است که در مواعید معین به صورت دوره ای، به عنوان مثال، در هر ماه، هر سه ماه و یا در هر سال یک بار و یا کمتر و یا بیشتر پرداخت می گردد. همچنین، این دسته از حقوق طبیعتاً مستمر و بلاانقطاع اند. نمونه های بارز این دسته از حقوق، چنانچه در ماده ۹۶۶ ق. م بدان اشاره شده است، عبارت اند از: کرایه منازل و اجاره اراضی است که در هر ماه، هر سه ماه و یا یک سال

۸۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۱۷۸۶ و ۱۷۸۷.

۸۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۰۰۸ و ۱۰۰۹.

پرداخت می گردد که در اوقات معین طبیعتاً قابل تجدید است. همچنین، کرایه اموال منقول، مانند: موتر در صورتی که در مواعید معین پرداخت گردد، نیز حقوق مستمر دوره ای متجدد است. بنابراین، در صورتی که شخصی علیه مالک منزل، مؤجر و صاحب کار در باره کرایه منزل، اجاره اراضی و معاش خویش ادعا داشته باشد و در مدت پنج سال در این مورد در محکمه ذیصلاح بر اقامه دعوی ننماید، بعد از مرور زمان پنج سال دعوی وی قابل سمع نیست. در نتیجه، در چنین موارد، قاضی محکمه ذیصلاح باید قرار عدم سمع دعوی را صادر نماید. زیرا، مرور زمان در مورد چنین دعاوی پنج سال است. حق اقامه دعوی مربوط به حقوق طیب، استاد، مهندس، وکیل مدافع، ادویه فروش، دلال، کمیشن کار، حقوق تاجر و صنعتگر، حقوق صاحب هتل، حقوق کارگر، اجیر و مستخدم و امثالهم و به طور عمومی هر شخصی که شغل آزاد داشته باشد بعد از انقضای یک سال توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. زیرا، عرفاً معروف است که اشخاص مذکور حقوق خویش را پس از استحقاق آن مطالبه می نمایند و مدیون را بیشتر از یکسال مهلت نمی دهند. زیرا، زندگی اشخاص مذکور وابسته به حقوق آنها است. پس، در صورتی که یک سال بگذرد، ق. م چنین فرض می نماید که اشخاص مذکور حقوق خویش را استیفاء نموده اند و این فرض قرینه دال بر استیفاء حقوق داینین است. دعوی مالیات و محصول که دولت مستحق آن شناخته می شود، بعد از مرور پنج سال شنیده نمی شود. طبق ماده ۱۶۶۰ مجله الاحکام: «دعوی دین، ودیعت، ملک عقار، میراث و دعاوی که ای که به متعلق به عامه و اصل وقف مربوط نیست مانند دعوی قطع درخت و یا قلع عمارت و یا تصرف در اجاره و تولیته که مشروط باشد و دعوی غله در عقارهای موقوفه، بعد از مرور مدت پانزده سال قابل سمع نیست.»<sup>۸۹</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م احصای مصادیق اعتراضات ابتدایی است. نص این ماده احصایی است و قانونگذار مصادیق اعتراضات ابتدایی را در ماده ۲۱ ق. ا. م. م حصر کرده است.

#### پرسش ریاست محکمه ولایت دایکندی:

قانوناً بعضی قضایای وجود دارد که طرفین هیچگونه اسناد در اختیار نداشته از عرصه (۴۰ الی ۵۰) سال به این طرف در تصرف و ذوالییدی شان قرار داشته و دولت هم علیه همچو اشخاص کدام دعوی ندارد. توضیح: در صورتی که ملکیت به دولت مربوط نباشد محاکم در این مورد مطابق فقره (۸) ماده (۲۱) قانون اصول محاکمات مدنی به مرور زمان تصمیم اتخاذ نمایند.<sup>۹۰</sup>

۸۹. جهت مطالعه بیشتر در باره مرور زمان ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱)، فصل

مرور زمان، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید.

۹۰. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء-

ارگان نشراتی ستره محکمه، ص ۱۳۳.

### پرسش ریاست محکمه ولایت سمنگان:

آیا مرور زمان دفع شرعی و قانونی پنداشته می شود و یا خیر؟

در صورت قبول دفع شیوه و طرز اثبات مرور زمان به چه نحو صورت گیرد و هکذا در باره میعاد شرعی و قانونی و میعاد مرور زمان قضایای حقوقی اهم از میراث و غیره که میعاد های مختلف به ملاحظه کتب فقه به ویژه شرح مجله الاحکام، اصول نامه استماع دعاوی و قانون مدنی پیش بینی گردیده تصمیم گرفته شود. توضیح: مرور زمان یک دفع شرعی و قانونی می باشد چنانچه فقره (۸) ماده (۲۱) قانون اصول محاکمات مدنی آن را به حیث یک دفع شرعی تحت عنوان اعتراضات ابتدائی تسجیل نموده هم چنان طرز اثبات دعوی مرور زمان مانند سایر دعاوی حقوقی تابع طرز العمل محاکمه و رعایت قواعد مشروعه می باشد. مرور زمان حسب تقییدات قضائی در میراث ۳۶ سال و در سایر دعاوی ۱۵ سال مشخص شده است.<sup>۹۱</sup>

### ماده ۲۲: رسیدگی اعتراض ابتدائی در حضور طرفین توسط هیأت قضایی

«هیأت قضائی در موارد مندرج ماده (۲۱) این قانون به حضور طرفین موضوع را رسیدگی نموده قرار قضائی صادر و به طرفین ابلاغ می دارد.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۱ ق. ا. م. م است. قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۲۱ ق. ا. م. م مصادیق اعتراضات ابتدایی را حصر کرده است و در ماده ۲۲ هیأت قضایی را مکلف ساخته است تا موضوع را در حضور طرفین مورد رسیدگی قرار داده و قرار صادر نماید. تعریف قرار گذشت. هیأت قضایی مرکب از دو کلمه است: هیأت و قضایی. هیأت در لغت به معنی شکل، صورت، حال و کیفیت است. همچنین، هیأت در لغت به معنی عده از مردم، دسته و گروه است.<sup>۹۲</sup> قضایی اسم منسوب به قضاء است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد هیأت قضایی گروهی از قضات است که قضیه را رسیدگی و در مورد آن حکم صادر می نماید. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است. در اصطلاح اصول محاکمات مدنی در مفهوم عام به عمل مأموران دولتی و رسمی در رساندن تمام اوراق رسمی اعم از اخطاریه، احضاریه، احکام و قرار های صادره از محاکم ذیصلاح به افرادی که موضوع به نحوی به آنها مرتبط است.<sup>۹۳</sup> در مفهوم خاص به نظر می رسد ابلاغ رسانیدن و شنوندن حکم محکمه است به محکوم له. طبق نص این ماده هیأت قضائی در موارد مندرج ماده (۲۱) این قانون به حضور طرفین موضوع را رسیدگی نموده قرار

۹۱. محمد عثمان ژوبیل (۱۳۸۱). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ۱۳۸۱، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۱۰۶ و ۱۰۷.

۹۲. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 21/ 5/ 2016).

۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۶.

قضائی صادر و به طرفین ابلاغ می دارد. مثال های نص این ماده در ذیل ماده ۲۱ ق. ا. م. م گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۳: اعتراض به قرار مربوط به اعتراضات ابتدایی

«طرفی که به قرار قضائی مندرج ماده (۲۲) این قانون قناعت نداشته باشد می تواند طی مدت بیست روز اعتراض خود را به محکمه حاکمه یا محکمه فوقانی تقدیم نماید. در این حالت محکمه حاکمه مکلف است به معترض به قید تاریخ رسید داده و اعتراض را بعد از ثبت در دفتر مربوط به محکمه فوقانی احاله نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۲۲ ق. ا. م. م است. زیرا، قانونگذار ا. م. م در ماده ۲۲ ق. ا. م. م هیأت قضایی را مکلف نموده است تا اعتراضات ابتدایی مندرج در ماده ۲۱ را در حضور طرفین مورد رسیدگی قرار دهد و با صدور قرار آن را به طرفین ابلاغ نماید. طبق ماده ۲۳ ق. ا. م. م طرفی که به قرار قضائی مندرج ماده (۲۲) این قانون قناعت نداشته باشد می تواند طی مدت بیست روز اعتراض خود را به محکمه حاکمه یا محکمه فوقانی تقدیم نماید. در این حالت محکمه حاکمه مکلف است به معترض به قید تاریخ رسید داده و اعتراض را بعد از ثبت در دفتر مربوط به محکمه فوقانی احاله نماید. اصطلاح محکمه حاکمه و محکمه فوقانی در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد محکمه حاکمه محکمه است که قرار را صادر کرده است. زیرا، حاکمه اسم مؤنث حاکم است که در لغت به معنی حکومت کننده و حکم کننده است. فوقانی اسم منسوب به فوق است که در لغت به معنی بالایی است که در مقابل تحتانی استعمال می شود.<sup>۹۴</sup> تعریف اعتراض قبلاً گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای دین ناشی از تدریس را در محکمه ابتداییه شهری کابل نماید و محمود بگوید دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته است و هیأت قضایی در این خصوص قرار صادر نماید، احمد دو گزینه دارد: نخست این که احمد می تواند طی مدت بیست روز اعتراض خود را به محکمه ابتداییه شهری کابل تقدیم نماید. محکمه ابتداییه شهری کابل در این مثال، محکمه حاکمه است. در این حالت محکمه ابتداییه شهری کابل مکلف است به احمد به قید تاریخ رسید داده و اعتراض را بعد از ثبت در دفتر مربوط به محکمه استیناف کابل احاله نماید. احاله در لغت به معنی حواله دادن و واگذاشتن کار یا امری به عهده شخص دیگری، ارجاع و انتقال است.<sup>۹۵</sup> دوم این که احمد می تواند طی مدت بیست روز اعتراض خویش را به محکمه استیناف کابل تقدیم نماید. محکمه استیناف کابل در این مثال محکمه فوقانی است.

#### ماده ۲۴: میعاد تقدیم صورت دعوی و جواب دعوی

94. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 21/ 5/ 2016).

95. Ibid, (2016 /17 /1 (آخرین بازدید

(«میعاد تقدیم صورت دعوی و جواب دعوی بدون عذر معقول از پانزده روز بیشتر بوده نمی تواند.»).

طبق نص این ماده میعاد تقدیم صورت دعوی و جواب دعوی بدون عذر معقول از پانزده روز بیشتر بوده نمی تواند. ماده ۴ جزء ۱۵ قانون اجراءات جزایی در تعریف صورت دعوی می گوید: «صورت دعوی: سند کتبی است که ضمن آن خائرنوال مجازات متهم را با ذکر نوع جرم ارتکاب یافته، اهلیت و خصوصیات و مسؤولیت جزائی متهم، دلایل اثبات و مواد قانون که جرم و جزاء را تعیین نموده از محکمه ذیصلاح تقاضا می نماید.» این تعریف در ساحه جزا صادق است. اما، اگر بخواهیم تعریف عام به صورت دعوی ارایه نماییم، به نظر می رسد این خواهد بود که صورت دعوی عبارت است از سند حقوقی است که شخص متضرر یا خائرنوال توسط آن حق خود یا حق اجتماع را از محکمه می خواهد. به نظر می رسد جواب دعوی صورت دفاع است و آن عبارت از سندی است که در برگیرنده دفاعیات مدعی علیه است.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است باید در مدت پانزده روز صورت دعوی خویش را بعد از تقدیم عریضه تقدیم محکمه نماید. محمود نیز مکلف است در مدت پانزده روز صورت دفاع خویش را تقدیم محکمه نماید. این اصل است. استثنای این اصل عذر معقول است. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعداز است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.<sup>۹۶</sup> معقول به معنی پسندیده عقل و آنچه با عقل درک و فهم شود است. ایرادی که در نص این ماده وجود دارد این است که قانونگذار مصادیق عذر معقول را مشخص نکرده است. به نظر می رسد مریضی، فوت یکی از وابستگان و نظیر این ها می تواند از مصادیق عذر معقول باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم میعاد تقدیم صورت دعوی و صورت دفاع است.

#### ماده ۲۵: دادن رسید به مدعی و مدعی علیه توسط تحریرات محکمه

(«تحریرات محکمه مکلف است از وصول صورت دعوی، جواب دعوی و ضمایم آن به مدعی و مدعی علیه با قید تاریخ رسید بدهد.»).

طبق نص این ماده تحریرات محکمه مکلف است از وصول صورت دعوی، جواب دعوی و ضمایم آن به مدعی و مدعی علیه با قید تاریخ رسید بدهد. وصول در لغت به معنی به دست آوردن و رسیدن است. ضمایم جمع ضمیمه است و ضمیمه مؤنث ضمیم است که در لغت به معنی همراه، چیزی که آن را به

چیز دیگری جمع کرده باشند و پیوست است.<sup>۹۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در مدت پانزده روز صورت دعوی خویش را با برخی اسناد تقدیم محکمه نماید و محمود نیز در مدت پانزده روز صورت دفاع خویش را با برخی اسناد تقدیم محکمه نماید، تحریرات محکمه مکلف است از وصول صورت دعوی و جواب دعوی و ضمائم آن به احمد و محمود با قید تأریخ رسید بدهد. اسناد در این مثال، مصداق ضمائم است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی تحریرات محکمه است.

#### ماده ۲۶: اجراءات مربوط به پرداخت محصول و تسلیمی صورت دعوی به مدعی علیه

«تحریرات محکمه بعد از وصول دعوی در صورت صحت آن به تشخیص هیات قضائی اجراءات مربوط به محصول را مطابق قانون انجام و صورت دعوی را به امر تحریری رئیس محکمه درج فورمه معین نموده و يك نسخه آن را به تعیین وقت به مدعی علیه غرض تهیه جواب تسلیم می دهد. در صورت عدم صحت دعوی مدعی به تصحیح صورت دعوی مکلف می شود.»

از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

(۱) تحریرات محکمه بعد از وصول دعوی در صورت صحت آن به تشخیص هیات قضائی اجراءات مربوط به محصول را مطابق قانون انجام و صورت دعوی را به امر تحریری رئیس محکمه درج فورمه معین نموده و يك نسخه آن را به تعیین وقت به مدعی علیه غرض تهیه جواب تسلیم می دهد. در نص این ماده اشتباه املائی وجود دارد. زیرا، به عوض صورت دعوی، قانونگذار کلمه دعوی را استعمال نموده است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در مدت پانزده روز صورت دعوی خویش را تقدیم محکمه نماید، تحریرات محکمه مکلف است در صورت صحت صورت دعوی اجراءات مربوط به دریافت محصول را مطابق قانون محصول محاکم انجام داده و یک نسخه صورت دعوی را با تعیین وقت به محمود به منظور تهیه جواب تسلیم نماید.

(۲) در صورت عدم صحت دعوی مدعی به تصحیح صورت دعوی مکلف می شود. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که زمین محمود متعلق به من است و در صورت دعوی اسم و ولد محمود را اشتباه نوشته باشد یا حدود زمین مدعی بها را معین نکرده باشد، محکمه می تواند آن را غرض تصحیح به احمد رد و از احمد بخواهد تا آن را تصحیح نموده و دوباره تقدیم محکمه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و تحریرات محکمه است.

#### سؤال



قسمی که دیده می شود محاکم ابتدائیه یک تعداد از قضایای حقوقی را نسبت نواقص صورت دعوی و یا هم نسبت عدم احضار شهود ذوالییدی در مدعی بها غیر منقول طبق صراحت ماده (۲۱۵) قانون اصول محاکمات مدنی و رهنمائی صفحه (۱۰۷) سیمینار سال ۱۳۸۱ روسای محاکم به عدم سمع دعوی مدعی فیصله می نمایند و فیصله شان روی دلایلی که به آن اتکا شده است صحیح می باشد از اینکه محاکم ابتدائیه در اصل ماهیت موضوع در فیصله شان تماس نگرفته اند پس دیوان مدنی و حقوق عامه محاکم استیناف در قبال همچو فیصله جات چه مکلفیت قانونی دارد؟ رهنمائی نمایند.

توضیح: تقدیم دعوی صحیحه از طرف مدعی حق العبد در موضوعات حقوقی شرط صحت سمع دعوی می باشد. در حال عدم صحت صورت دعوی مطابق ماده (۲۶) قانون اصول محاکمات مدنی مدعی از طرف محکمه مکلف به تصحیح دعوی ساخته میشود و محکمه در حال صحت صورت دعوی در موضوع رسیده گی می نماید و در عدم صحت آن با اخذ توضیحات از مدعی، رفع ابهام و تفاقض از دعوی مینماید، تا زمینه برای عدم سمع دعوی مساعد نگردد.

اگر همچو قضایا نسبت عدم قناعت محکوم علیه غرض غور استینافی به محاکم فوقانی راجع شود محکمه استیناف در صورت نقض فیصله محکمه تحتانی طبق فقره (۲) ماده (۳۹۸) قانون اصول محاکمات مدنی صلاحیت اقدام به صدور فیصله جدید و یا ارجاع آن به منظور گردآوری دلایل به محکمه تحتانی را دارد. در بخش ذوالییدی رهنمود توضیحی به ارتباط تنظیم امور ذوالییدی در مدعا بها وضاحت دارد. به ملاحظه آن حل مطلب گردد. ۹۸

#### ماده ۲۷: تعیین تاریخ جلسه قضایی

((محکمه بعد از تهیه جواب مدعی علیه تاریخ جلسه رسیدگی قضیه را به طرفین ابلاغ نماید.))

تعریف ابلاغ گذشت. طبق نص این ماده محکمه مکلف است بعد از تهیه جواب مدعی علیه تاریخ جلسه رسیدگی قضیه را به طرفین ابلاغ نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در مدت پانزده روز صورت دعوی خویش را تقدیم محکمه نماید و محمود نیز جواب خویش را تقدیم محکمه نماید، محکمه مکلف است تاریخ جلسه رسیدگی به قضیه را به احمد و محمود ابلاغ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۲۸: رسیدگی عاجل دعاوی بسیط براساس اظهارات شفوی متدعیان

«در دعاوی بسیط و دعوی ای که ایجاب رسیدگی عاجل را نماید به ملاحظه استدعا و اظهارات شفوی طرفین رسیدگی به عمل می آید. دعاوی بسیط نظر به اوضاع و احوال متداعیان و شرایط زیست به تشخیص محکمه ذیصلاح مربوط است.»

متداعیان تثنیه متداعی است و در لغت به معنی طرفین دعوی یا مدعی و مدعی علیه است.<sup>۹۹</sup> تعریف استدعا گذشت. بسیط در لغت به معنی ساده است و در مقابل مرکب و مغلق استعمال می شود. شفوی اسم منسوب به شفه است. شفه در لغت به معنی لب است. بنابراین، شفوی در لغت به معنی زبانی، شفاهی و لفظی است.<sup>۱۰۰</sup> طبق نص این ماده قاضی مکلف است دعاوی بسیط را که ایجاب رسیدگی عاجل را می نماید براساس اظهارات شفوی طرفین رسیدگی نماید. قانونگذار ا. م. م در این ماده و سایر مواد ق. ا. م. م دعوی بسیط را تعریف نکرده است بلکه آن را واگذار به قاضی نموده است تا با توجه به وضعیت طرفین دعوی آن را تشخیص دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۲۹: صدور قرار ترک خصومت در صورت عدم تقدیم عریضه در مدت پانزده روز

«مدعی ای که دعوی خود را در میعاد قانونی به محکمه تقدیم ننماید، محکمه به ترک خصومت قرار قضائی صادر و عریضه را به مرجع مربوط مسترد می نماید.»

تعریف مدعی، قرار قضایی و عریضه گذشت. خصومت از ریشه خصم گرفته شده است که در لغت به معنی دشمنی است. در اصطلاح حقوق مدنی، خصومت عبارت است از ادعای که از یکطرف در مورد حقی صورت می گیرد.<sup>۱۰۱</sup> نص این ماده مرتبط به ماده ۲۴ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۲۴ ق. ا. م. م: «میعاد تقدیم صورت دعوی و جواب دعوی بدون عذر معقول از پانزده روز بیشتر بوده نمی تواند.» اما، طبق نص این ماده در صورتی که مدعی دعوی خود را در میعاد قانونی به محکمه تقدیم ننماید، محکمه به ترک خصومت قرار قضائی صادر و عریضه را به مرجع مربوط مسترد می نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در ریاست حقوق وزارت عدلیه عریضه نماید، اما ریاست حقوق میان احمد و محمود نتواند صلح نماید و ریاست حقوق عریضه را با اسناد تقدیم محکمه ابتدائیه مدنی نماید، اما احمد در مدت پانزده روز صورت دعوی را به محکمه بدون عذر معقول تقدیم ننماید، محکمه ابتدائیه مدنی می تواند قرار ترک خصومت را صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرا برای تعقیب دعوی توسط مدعی و ضمانت اجرای ماده ۲۴ ق. ا. م. م است.

99. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 6/7/2019).

100. Ibid, (Last visit: 6/7/2019).

۱۰۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۹.

**ماده ۳۰: اکتفا به سمع جواب شفاهی مدعی علیه در صورت عدم تقدیم صورت دفاع در میعاد قانونی**

«در صورتی که مدعی علیه جواب تحریری خود را در میعاد قانونی به محکمه تقدیم ننماید محکمه به جواب شفوی او اکتفا نموده در موضوع رسیدگی قضائی نماید.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۲۴ ق.ا.م.م است. طبق نص این ماده در صورتی که مدعی علیه جواب تحریری خود را در میعاد قانونی به محکمه تقدیم ننماید محکمه به جواب شفوی او اکتفا نموده در موضوع رسیدگی قضائی نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در ریاست حقوق وزارت عدلیه عریضه نماید، اما ریاست حقوق میان احمد و محمود نتواند صلح نماید و ریاست حقوق عریضه را با اسناد تقدیم محکمه ابتدائیه مدنی نماید و احمد در مدت پانزده روز صورت دعوی را به محکمه تقدیم نماید، اما، محمود نتواند در مدت پانزده روز دفاعیه یا صورت دفاع را تقدیم محکمه نماید، محکمه ابتدائیه مدنی می تواند به جواب زبانی محمود اکتفا نماید و دعوی را رسیدگی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا.م.م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

**ماده ۳۱: مراجعه مدعی به محکمه بعد از صدور قرار ترک خصومت**

«هرگاه مدعی بعد از صدور قرار قضائی مندرج ماده (۲۹) به محکمه مراجعه نماید محکمه سوابق موضوع را مطالبه و بعد از احضار طرف مقابل در موضوع رسیدگی می نماید. مدعی در این حالت به تعقیب دعوی خود مکلف می باشد.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۹ ق.ا.م.م است. طبق ماده ۲۹ ق.ا.م.م: «مدعی ای که دعوی خود را در میعاد قانونی به محکمه تقدیم ننماید، محکمه به ترک خصومت قرار قضائی صادر و عریضه را به مرجع مربوط مسترد می نماید.» اما طبق نص ماده ۳۱ ق.ا.م.م هرگاه مدعی بعد از صدور قرار قضائی مندرج ماده (۲۹) به محکمه مراجعه نماید محکمه سوابق موضوع را مطالبه و بعد از احضار طرف مقابل در موضوع رسیدگی می نماید. مدعی در این حالت به تعقیب دعوی خود مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در ریاست حقوق وزارت عدلیه عریضه نماید، اما ریاست حقوق میان احمد و محمود نتواند صلح نماید و ریاست حقوق عریضه را با اسناد تقدیم محکمه ابتدائیه مدنی نماید، اما احمد در مدت پانزده روز صورت دعوی را به محکمه بدون عذر معقول تقدیم ننماید و محکمه ابتدائیه مدنی قرار ترک خصومت را صادر نماید. اما، احمد به محکمه مراجعه نماید، محکمه مکلف است سوابق موضوع را مطالبه، محمود را احضار و موضوع را مورد رسیدگی قرار دهد. احمد در این صورت، مکلف به تعقیب دعوی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا.م.م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرا برای تعقیب دعوی توسط مدعی و پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

### ماده ۳۲: عدم تعقیب دعوی توسط مدعی و صدور قرار ترک خصومت برای بار دوم

«هرگاه مدعی بار دوم در میعاد قانونی به اقامه دعوی خود حاضر نشود و اطلاع دایر بر عذر قانونی به محکمه نداده باشد محکمه مجدداً به ترك خصومت قرار صادر می نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه مدعی بار دوم در میعاد قانونی به اقامه دعوی خود حاضر نشود و اطلاع دایر بر عذر قانونی به محکمه نداده باشد محکمه مجدداً به ترك خصومت قرار صادر می نماید. میعاد قانونی در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. میعاد قانونی برای تقدیم صورت دعوی و جواب دعوی برای بار اول پانزده روز است. اما، میعاد قانونی که مدعی باید دعوی خویش را برای بار دوم بعد از صدور قرار قضایی مبنی بر ترك خصومت تعقیب نماید، مسکوت است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در ریاست حقوق وزارت عدلیه عریضه نماید، اما ریاست حقوق میان احمد و محمود نتواند صلح نماید و ریاست حقوق عریضه را با اسناد تقدیم محکمه ابتدائیه مدنی نماید و احمد در مدت پانزده روز صورت دعوی را به محکمه بدون عذر معقول تقدیم ننماید و محکمه ابتدائیه مدنی قرار ترک خصومت را صادر نماید. اما، احمد به محکمه مراجعه نماید، محکمه مکلف است سوابق موضوع را مطالبه، محمود را احضار و موضوع را مورد رسیدگی قرار دهد. اما، در صورتی که احمد برای بار دوم برای اقامه دعوی خویش در محکمه حاضر نشود و محکمه را در صورت داشتن عذر قانونی مانند مریضی، فوت یکی از وابستگان و نظیر اینها اطلاع ندهد، محکمه می تواند مجدداً به ترك خصومت قرار صادر می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

### ماده ۳۳: استیناف خواهی به دلیل صدور قرار ترک خصومت برای بار دوم

«قرار مندرج ماده (۳۲) این قانون تابع احکام استیناف خواهی بوده مگر اینکه قانون برخلاف آن حکم نموده باشد.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۳۲ ق. ا. م. م است. از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. طبق نص این ماده اصل این است که قرار مندرج ماده (۳۲) این قانون تابع احکام استیناف خواهی است. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد می تواند علیه قرار محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف، استیناف خواهی نماید. مستثنای این اصل این است که قانون طور دیگر پیش بینی نموده باشد. بنابراین، برای پیدا کردن مستثنی باید قانون را جستجو کرد و این مستثنی را پیدا نمود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی جواز استیناف خواهی به دلیل صدور قرار ترک خصومت برای بار دوم و مورد حمایت قرار دادن حق مدعی است.

ماده ۳۴: نقص قرار محکمه ابتدائیه توسط محکمه استیناف و رسیدگی مجدد قضیه توسط محکمه ابتدائیه

۱- محکمه ای که قرار مندرج ماده (۳۲) را صادر نموده و قرار مذکور توسط محکمه فوقانی نقض گردد مکلف است به رسیدگی قضیه اقدام نماید؛ ۲- محکمه فوقانی مکلف است قرار نقض خود و رسیدگی مجدد قضیه را توسط محکمه اولی به طرفین ابلاغ نماید.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- محکمه ای که قرار مندرج ماده (۳۲) را صادر نموده و قرار مذکور توسط محکمه فوقانی نقض گردد مکلف است به رسیدگی قضیه اقدام نماید. تعریف قرار و فوقانی گذشت. نقض در لغت به معنی شکستن، رد و ابطال است. ۱۰۲ نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۳۲ ق. ا. م. م است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در ریاست حقوق وزارت عدلیه عریضه نماید، اما ریاست حقوق میان احمد و محمود نتواند صلح نماید و ریاست حقوق عریضه را با اسناد تقدیم محکمه ابتدائیه مدنی نماید و احمد در مدت پانزده روز صورت دعوی را به محکمه بدون عذر معقول تقدیم ننماید و محکمه ابتدائیه مدنی قرار ترک خصومت را صادر نماید. اما، احمد به محکمه مراجعه نماید، محکمه مکلف است سوابق موضوع را مطالبه، محمود را احضار و موضوع را مورد رسیدگی قرار دهد. اما، در صورتی که احمد برای بار دوم برای اقامه دعوی خویش در محکمه حاضر نشود و محکمه را در صورت داشتن عذر قانونی مانند مریضی، فوت یکی از وابستگان و نظیر اینها اطلاع ندهد، محکمه مجدداً به ترک خصومت قرار صادر می نماید. در صورتی احمد علیه قرار محکمه ابتدائیه مدنی استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف قرار محکمه ابتدائیه مدنی را نقض نماید و مجدداً به محکمه ابتدائیه مدنی ارسال نماید، محکمه ابتدائیه مدنی مکلف است موضوع را رسیدگی نماید.

۲- محکمه فوقانی مکلف است قرار نقض خود و رسیدگی مجدد قضیه را توسط محکمه اولی به طرفین ابلاغ نماید. به حیث مثال، در مثال بالا محکمه استیناف مکلف است قرار نقض و رسیدگی مجدد قضیه توسط محکمه ابتدائیه مدنی را به احمد و محمود ابلاغ نماید. تعریف ابلاغ گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه ابتدائیه و استیناف و مورد حمایت قرار دادن حق مدعی است.

#### ماده ۳۵: اقامه دعوی در مدت یک ماه توسط مدعی

(مدعی بعد از ورود قضیه به دفتر محکمه غرض رسیدگی مجدد مکلف است در خلال یکماه دعوی خود را به محکمه مربوطه اقامه نماید. در صورتی که بدون عذر قانونی به داخل میعاد مقرر دعوی خود را اقامه ننماید محکمه به ترک خصومت قرار صادر می نماید و این قرار نهائی می باشد.)

تعریف خصومت، قرار، مدعی و عذر گذشت. طبق نص این ماده مدعی بعد از ورود قضیه به دفتر محکمه غرض رسیدگی مجدد مکلف است در خلال يك ماه دعوی خود را به محکمه مربوطه اقامه نماید. در صورتی که بدون عذر قانونی به داخل میعاد مقرر دعوی خود را اقامه ننماید محکمه به ترك خصومت قرار صادر می نماید و این قرار نهائی می باشد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد مکلف است بعد از رسیدن قضیه به محکمه ابتدائیه مدنی در مدت یک ماه دعوی را خویش را اقامه نماید. در صورتی که احمد بدون عذر مانند مریضی، فوت یکی از وابستگان و نظیر اینها دعوی را اقامه ننماید، محکمه ابتدائیه مدنی مکلف است قرار ترك خصومت را برای بار سوم صادر نماید. این قرار نهایی است و احمد نمی تواند برای بار دوم علیه آن استیناف خواهی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه ابتدائیه و مورد حمایت قرار دادن حق مدعی است.

متحدالمال شماره (۹۰۴ الی ۹۸۲) مؤرخ ۱۳۹۴/۴/۲۴ ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه شماره (۷۲) مؤرخ ۱۳۹۴/۱/۱۱ شورایعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است.

نامه شماره (۸۹۳۸) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۴ ریاست محترم قضایای دولت وزارت عدلیه ج.ا.ا، مبنی بر استهدایه شماره (۵۳۹) مؤرخ ۱۳۹۳/۹/۱۱ ریاست عدلیه ولایت غزنی در رابطه به اینکه: هرگاه نسبت عدم تعقیب دعوی از سوی مدعی دو قرار قضائی ترك خصومت بی هم صدور یابد، سپس محکمه حاکمه، به صدور فیصله مبادرت ورزد.

متعاقباً بعد از نقض فیصله، محکمه ابتدائیه بازهم در زمینه قرار ترك خصومت صادر نماید، آیا قرار اخیر الذکر مطابق ماده (۳۵) قانون اصول محاکمات مدنی، قرار سومی محسوب میگردد یا چطور؟

موضوع ذریعه صادره شماره (۹۱۶) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۵، غرض ابراز نظر تدقیقی بریاست تدقیق و مطالعات محول گردیده بود، آن اداره نظر تدقیقی خویش را در مورد چنین ابراز نموده است:

«مدققین قضائی، خاطر نشان می نمایند که هرگاه بعد از صدور دو قرار ترك خصومت، مدعی صورت دعوی خویش را به محکمه تقدیم و محکمه به ماهیت موضوع رسیده گی نماید، در مراحل بعدی یعنی مرحله استیناف و یا در مرحله نقض و رسیده گی مجدد قضیه، اگر چه مدعی دعوی خویش را تعقیب ننماید، اجراءات بعدی، تعقیب قرار های ترك خصومت قبلی دانسته نمی شود.

بنائاً قرار قضائی صادره محکمه ابتدائیه که بعد از نقض فیصله آن محکمه صادر گردیده، قرار ترك خصومت سومی شمرده نمی شود».

چینی که تفصیل جریان موضوع، توأم با نظر تدقیقی به جلسه مؤرخ ۱۳۹۴/۱/۱۱ شورای عالی ستره محکمه گزارش یافت، قرار تصویب شماره (۷۲) هدایت ذیل صادر گردید: «نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است بمرجعش اخبار گردد.»<sup>۱۰۳</sup>

### ماده ۳۶: موعد تقدیم صورت دعوی در دعوی نکاح

«در دعوی نکاح، مدعی مکلف است در حال عدم عذر موجه از تاریخ وصول عریضه دعوی خود را در خلال مدت یکماه به محکمه تقدیم نماید. با سپری شدن این موعد محکمه می تواند به ترك خصومت قرا رصادر نماید. برای مدعی صرف یکبار حق استیناف خواهی داده می شود. هرگاه محکمه اولی بار دوم به ترك خصومت قرار صادر نماید این قرار نهائی می باشد.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) برخلاف سایر دعاوی مدنی مانند قرارداد، ملکیت، ارث و نظیر اینها که مدت تقدیم صورت دعوی پانزده روز است طبق نص این ماده در دعوی نکاح، مدعی مکلف است در حال عدم عذر موجه از تاریخ وصول عریضه دعوی خود را در خلال مدت یکماه به محکمه تقدیم نماید. تعریف مدعی، عریضه، دعوی، وصول و عذر گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده علیه احمد شوهرش دعوی عدم پرداخت مهر ناشی از نکاح را نماید، حمیده مکلف است بعد از تقدیم عریضه به محکمه مدنی یا ارجاع آن توسط ریاست حقوق در مدت یک ماه بدون عذر موجه صورت دعوی را به محکمه مدنی تقدیم نماید. اگر حمیده عذر داشته باشد، به حیث مثال، مریض باشد یا یکی از وابستگان حمیده وفات نموده باشد، این مدت مدار اعتبار نیست.

۲) با سپری شدن یک ماه محکمه می تواند به ترك خصومت قرار صادر نماید. تعریف خصومت گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمیده بدون عذر موجه در خلال مدت یک ماه صورت دعوی را تقدیم محکمه مدنی ننماید، محکمه مدنی می تواند قرار ترك خصومت را صادر نماید.

۳) برای مدعی صرف یکبار حق استیناف خواهی داده می شود. هرگاه محکمه اولی بار دوم به ترك خصومت قرار صادر نماید این قرار نهائی می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمیده بدون عذر موجه در خلال مدت یک ماه صورت دعوی را تقدیم محکمه مدنی ننماید و محکمه مدنی قرار ترك خصومت را صادر نماید، حمیده صرف یک بار حق استیناف خواهی را دارد. در صورتی قرار محکمه ابتدائیه مدنی توسط محکمه استیناف نقض شود و محکمه ابتدائیه مدنی مجدداً مکلف به رسیدگی به دعوی گردد، اما حمیده دوباره صورت دعوی را تقدیم محکمه نماید و محکمه ابتدائیه مدنی قرار ترك

خصوصیت را صادر نماید، این قرار نهایی است و حمیده نمی تواند دوباره علیه آن استیناف خواهی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی حکم موعده تقدیم صورت دعوی در دعوی نکاح و مورد حمایت قرار دادن حق مدعی است.

#### ماده ۳۷: دفاتر و کتب مورد نیاز محاکم

«محکمه دارای دفاتر ذیل می باشد:

- ۱- کتاب وارده و صادره.
- ۲- کتاب اندراج دوسیه های جزائی.
- ۳- کتاب اندراج قضایای مدنی و تجارتي.
- ۴- اجندای جلسات قضایای عاجل.
- ۵- اجندای جلسات قضایای عادی.
- ۶- فورمه اوراق حکم قضائی.
- ۷- فورمه ثبت اوراق حکم قضائی.
- ۸- فورمه اصل و ثبت قرارهای قضائی.
- ۹- دفتر محاسبه اوصیا.
- ۱۰- دفتر ثبت شکایات و اعتراض بر احکام نهائی و غیر نهائی محاکم ولایات.
- ۱۱- دفتر ثبت استیناف خواهی.
- ۱۲- ابلاغ نامه.
- ۱۳- کتاب ثبت سندات محصولی.
- ۱۴- شهریه (تابلو).
- ۱۵- کتاب ثبت عرایض.
- ۱۶- دفتر تعرفه محصولی.
- ۱۷- دفتر حاضری.
- ۱۸- دفتر نظارت بر تطبیق فیصله های قطعی.
- ۱۹- سایر دفاتر مورد نیاز.»

قانونگذار ا. م. م مصادیق برخی اسنادی را که محاکم به آن نیاز دارد در نص این ماده پیش بینی نموده است. نص این ماده احصایی است نه حصری زیرا قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از سایر دفاتر مورد نیاز سخن می گوید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی برخی اسناد مورد نیاز محاکم در نص این ماده است.

ماده ۳۸: صلاحیت تخییری محاکم در استفاده از دفاتر و کتب مندرج ماده ۳۷ ق. ا. م. م



«تعداد و انواع دفاتر و کتب محاکم نظر به خصوصیات کار هر محکمه متفاوت بوده و هریک از محاکم مطابق به خصوصیت کار خود از دفاتر مندرج ماده (۳۷) این قانون استفاده می نماید.».

نص این ماده ارجاعی و مرتبط به ماده ۳۷ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هر محکمه نظر به صلاحیت می تواند از یکی از دفاتر و کتاب های مذکور در ماده ۳۷ ق. ا. م. م را استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محاکم است.

#### **ماده ۳۹: تنظیم صلاحیت ها و مکلفیت های کارمندان اداری توسط لوایح**

«با در نظر داشت احکام این قانون سایر مکلفیت های کارمندان اداری محاکم توسط لایحه جداگانه ای که شورای عالی ستره محکمه آنرا تصویب می نماید تنظیم می گردد.».

طبق نص این ماده شورای عالی ستره محکمه می تواند در لوایح جداگانه صلاحیت ها و مکلفیت های کارمندان اداری محاکم را تنظیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اعطای صلاحیت وضع لایحه به شورای عالی ستره محکمه به منظور تنظیم صلاحیت ها و مکلفیت های کارمندان اداری محاکم است.



## فصل سوم: جریان رسیدگی قضایای مدنی در محاکم

فصل سوم ق. ا. م. م در برگیرنده مواد ۴۰ الی ۶۴ است. قانونگذار ا. م. م در این مواد جریان رسیدگی قضایای مدنی در محاکم را تنظیم نموده است.

### ماده ۴۰: علنی بودن محاکمه

«رسیدگی به تمام دعاوی مدنی در محاکم جمهوری افغانستان علنی می باشد مگر در حالاتی که رسیدگی علنی نظم عامه را اخلال و یا سبب افشای اسرار محرمانه زندگی اشخاص گردد.»

قانونگذار ا. م. م در نص این ماده یکی از اصول حقوق که اصل علنی بودن محاکمه و اصل محاکمه عادلانه است را مدون نموده است. از نص این ماده یک اصل و دو استثناء استنباط می گردد. اصل این است که تمام دعاوی مدنی در محاکم علنی است. علنی در لغت به معنی آشکارا و هویدا است.<sup>۱۰۴</sup> به حیث مثال، تمام دعاوی مربوط به اشخاص، تعهدات و قراردادها، فامیل، اموال، میراث و نظیر اینها باید در محاکم مدنی علنی باشد و شهروندان و رسانه ها بتوانند در آن اشتراک نمایند. اصل علنیت رسیدگی مستلزم استماع شفاهی طرفین در انظار عامه نیز است. استثنای اول این اصل ایجاد اخلال در نظم عامه است. اخلال در لغت به معنی ایجاد بی نظمی و بی نظمی است.<sup>۱۰۵</sup>

هم دانشمندان حقوق مدنی، هم دانشمندان حقوق عامه و هم دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی نظم عمومی را می شناسند، اما از ارایه تعریف قانع کننده در مورد آن عاجز به نظر می رسند. به حیث مثال، کاپیتان حقوقدان فرانسوی در تعریف نظم عمومی می گوید: نظم عمومی مجموعه تاسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه و یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی توانند برخلاف آن قرارداد منعقد نمایند. این تعریف همانطور که داکتر لنگرودی معتقد است اگر بر ابهام نظم عمومی نیافزاید، اجمال آن را رفع نمی کند و گره ای نمی گشاید.<sup>۱۰۶</sup>

داکتر محمد نصیری حقوقدان ایرانی در تعریف نظم عمومی می گوید: «مجموع تاسیسات و قواعدی که در کشور به منظور حفظ حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در روابط مردم بر قرار

104. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 6/15/2019).

105. Ibid, (Last visit: 6/15/2019).

شده و افراد اصولاً نمی توانند به وسیله قرارداد آنها را نقض نمایند نظام عامه نامیده می شود.<sup>۱۰۷</sup> این تعریف نیز مشکلی را حل نمی نماید و مورد توافق دانشمندان حقوق قرار نگرفته است و شبیه تعریف کاپیتان حقوقدان فرانسوی است. ماده ۲ بند قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۴، مؤرخ ۵/۶/۱۳۸۸ در تعریف نظم عامه می گوید: «نظام عامه: آرامش اجتماعی است که طبق احکام قانون توسط پولیس تأمین می گردد.» این تعریف نیز مبهم به نظر می رسد و بیانگر ماهیت نظام عامه نیست. به نظر نمی رسد که نظام عامه آرامش اجتماعی باشد. برخی دیگر در تعریف نظام عامه می گویند: نظم عمومی بر وضعیت عادی و حسن جریان جامعه اطلاق می گردد.<sup>۱۰۸</sup> برخی دیگر می گویند: نظم عمومی رفاه عمومی جامعه است.<sup>۱۰۹</sup>

در نگاه اول به نظر می رسد برخی مصداق های اخلال نظم عمومی اخلال نظم در تالار محکمه است. همچنین، در صورتی که محاکمه موجب آشکار شدن محرمت حقایق مهم نظامی دولت، تمامیت ارضی، حمایت قضات در برابر حملات تروریستی و نظیر اینها گردد، محاکمه می تواند توسط محکمه سری دایر شود. این مثال ها بیشتر مربوط حقوق جزا و اصول محاکمات جزایی اند. از آنچه در خصوص نظم عمومی گفته شد، به نظر می رسد نخست این که: نظم عمومی اصطلاح مبهم، بسیار کلی، گمراه کننده و پیچیده است و در مورد آن تعریف واضح و قابل فهم وجود ندارد. دوم این که مصادیق نظم عمومی در اصول محاکمات مدنی واضح نیست. سوم این که هر چند نظم عمومی یکی از موانع علنیت تدویر محاکمه است، مفید به نظر نمی رسد. زیرا، ارایه مصداق ها و مثال های محاکمه علنی که نظم عامه را در حوزه حقوق مدنی مختل نماید مشکل به نظر می رسد.

بنابراین، به نظر می رسد نظم عمومی می تواند زمینه سوء استفاده برای تطبیق کنندگان قوانین در افغانستان را به دلیل ابهام فراهم نماید. استثنای دوم این است که علنیت محاکمه سبب افشای اسرار محرمانه زندگی اشخاص گردد. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود ادعای عنینیت و مقطوع بودن آلت تناسلی و تفریق را نماید، محاکمه می تواند به صورت سری دایر شود، زیرا علنیت محاکمه موجب افشار سر یا راز محرمانه محمود می گردد. هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی و به رسمیت شناختن اصل علنی بودن محاکمه، ایجاد شفافیت در پروسه قضاوت و اعمال نظارت توسط رسانه ها، نهاد های حقوق بشری، نهاد های جامعه مدنی و شهروندان بر محاکم است.

#### ماده ۴۱: تدویر جلسات علنی در روز های رسمی و اجازه حضور به علاقمندان

«جلسات علنی در روز های رسمی دایر و به علاقه مندان اجازه حضور داده می شود.»

۱۰۷. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸۸.

108. www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).

109. www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).

نص این ماده مرتبط به ماده ۴۰ ق. ا. م. م است. قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۴۰ ق. ا. م. م اصل علنیت محاکمه را مدون نموده است و در نص ماده ۴۱ زمینه ای تطبیق آن را فراهم نموده است. از نص ماده ۴۱ ق. ا. م. م دو حکم استنباط می گردد.

نخست این که جلسات علنی باید در روز های رسمی توسط محاکم مدنی دایر شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی ارث را نماید، محکمه در صورتی که بخواهد آن را علنی رسیدگی نماید، جلسه یا جلسات را باید در جریان روز های شنبه الی پنجشنبه که روز های رسمی اند دایر نماید. دوم این که محکمه مکلف است به تمام علاقمندان اجازه حضور در جلسه علنی را بدهد. علاقمندان می تواند تفسیر موسع شود و شهروندان علاقمند، ستازران، محصلین، رسانه ها و نظیر اینها را در برگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محاکم است.

#### ماده ۴۲: ابلاغ حکم به صورت علنی

«ابلاغ حکم محکمه در تمام حالات علنی می باشد.»

تعریف حکم، ابلا و علنی گذشت. نص این ماده مرتبط به ماده ۴۰ ق. ا. م. م است. قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۴۰ ق. ا. م. م اصل علنیت محاکمه را مدون نموده است و در نص ماده ۴۲ زمینه ای تطبیق آن را فراهم نموده است. طبق نص این ماده ابلاغ حکم محکمه در تمام حالات علنی می باشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی ارث را نماید و محکمه بعد از رسیدگی قضیه بخواهد حکم خویش را به احمد و محمود ابلاغ نماید، باید آن را به صورت آشکارا یا علنی به احمد و محمود ابلاغ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محاکم است.

#### ماده ۴۳: تدویر جلسات سری و اشخاص مشمول

«جلسات سری به حضور داشت اشخاص شامل قضیه و ممثل قانونی آنها دایر و در صورت لزوم شهود اهل خبره و ترجمان اشتراك می نمایند.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۴۰ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۴۰ ق. ا. م. م اصل در محاکمه مدنی علنیت و اخلال نظم عمومی و افشای اسرار افراد استثنا اند. طبق نص این ماده که استثنای ماده ۴۰ ق. ا. م. م است جلسات سری به حضور داشت اشخاص شامل قضیه و ممثل قانونی آنها دایر و در صورت لزوم در جلسه سری شهود اهل خبره و ترجمان اشتراك می نمایند.

سری اسم منسوب به سر است که در لغت به معنی محرمانه و مخفی است. تعریف قضیه در فصل اول گذشت. اشخاص شامل قضیه معمولاً مدعی و مدعی علیه است. ممثل در لغت به معنی تمثیل کننده است. منظور از ممثل قانونی در نص این ماده اشخاصی است که اراده مدعی و مدعی علیه را در صورت لزوم تمثیل می نمایند مانند وکیل، ولی، وصی و قیم. تعریف شاهد و اهل خبره گذشت.

به حیث مثال، اگر حمیده افغانی و زوجه محمود که تبعه مصر است باشد و حمیده در محکمه ابتدائیه مدنی علیه محمود به دلیل مقطوع بودن آلت تناسلی محمود و عدم توانایی جماع مطالبه تفریق براساس عیب را نماید و قاضی تصمیم بگیرد که جلسه قضایی به دلیل حفظ راز حمیده و محمود به صورت سری دایر شود، در این جلسه حمیده (مدعی) محمود (مدعی علیه)، قیوم و فاروق وکلای حمیده و

محمود، جمشید و ویس شاهدان، حمید داکتر طب (اهل خبره) و سمیع ترجمان محمود مصری می توانند اشتراک نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اشخاصی است که در جلسه سری می توانند اشتراک نمایند.

#### ماده ۴۴: تکمیل سن پانزده سالگی برای اشتراک در جلسه قضایی

«شخصی که سن (۱۵) سالگی را تکمیل نکرده و شامل قضیه نباشد در جلسات قضائی اشتراک کرده نمی تواند.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۴۰ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۴۰ ق. ا. م. م تمام دعاوی مدنی باید به صورت علنی دایر شوند و همه اشخاص ذی‌علاقه اعم از شهروندان، رسانه ها، دانشجو یان، ستاژران، ناظرین و نظیر اینها بتوانند در آن اشتراک نمایند. استثنای این قاعده این است که اشخاصی که سن ۱۵ سالگی را تکمیل نکرده باشند و شامل قضیه نباشند نمی توانند در جلسات قضایی اشتراک نمایند. به حیث مثال، اگر احمد پانزده ساله باشد و مدعی و مدعی علیه نباشد نمی توانند در جلسات قضایی اشتراک نمایند.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که هر شخص می تواند در جلسه قضایی مدنی اشتراک نماید مشروط بر این که سن ۱۵ سالگی را تکمیل نموده باشد. همچنین، اگر فرد شامل قضیه باشد و سن پانزده سالگی را تکمیل نکرده باشد، می تواند در جلسه قضایی اشتراک کند. اما، اگر سن ۱۵ سالگی را تکمیل نکرده باشد و شامل قضیه نباشد، نمی تواند در جلسه قضایی اشتراک نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی شرط اشخاصی است که می توانند در جلسه قضایی علنی اشتراک نمایند.

#### ماده ۴۵: جایجایی شاملین قضیه در محل های مربوط

«تحریرات محکمه مکلف است قبل از دایر شدن جلسه، مدعی و مدعی علیه یا ممثل قانونی شان، شهود، اهل خبره و ترجمان را در محل مختص به آن جایجا نماید.»

تعریف مدعی، مدعی عیه، ممثل قانونی، شهود، اهل خبره و ترجمان گذشت. طبق نص این ماده تحریرات محکمه مکلف است قبل از دایر شدن جلسه، مدعی و مدعی علیه یا ممثل قانونی شان، شهود، اهل خبره و ترجمان را در محل مختص به آن جایجا نماید. تحریرات طبق نص این ماده یکی از وظایف اداری را ایفا می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی تحریرات محکمه و ایجاد نظم در جلسه قضایی است.

#### ماده ۴۶: وارد شدن هیأت قضایی در اطاق جلسه

«هیأت قضائی زمانی وارد اطاق جلسه می گردد که وقت تدویر جلسه آماده و اشخاص مندرج ماده (۴۵) حاضر گردیده باشند.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۴۵ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هیأت قضائی زمانی وارد اطاق جلسه می گردد که وقت تدویر جلسه آماده و مدعی، مدعی علیه، شهود، اهل خبره، ترجمان و وکلای مدافع مدعی و مدعی علیه حاضر گردیده باشند. به حیث مثال، اگر حمیده افغانی و زوجه محمود که

تبعه مصر است باشد و حمیده در محکمه ابتدائیه مدنی علیه محمود به دلیل مقطوع بودن آلت تناسلی محمود و عدم توانایی جماع مطالبه تفریق براساس عیب را نماید و هیأت قضایی تصمیم به رسیدگی قضیه بگیرند، هیأت قضایی زمانی باید وارد اطاق جلسه شود که حمیده (مدعی) محمود (مدعی علیه)، قیوم و فاروق وکلای حمیده و محمود، جمشید و ویس شاهدان، حمید داکتر طب (اهل خبره) و سمیع ترجمان محمود همه حاضر باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

#### ماده ۴۷: به پا ایستادن حاضرین جلسه

«حین داخل شدن هیأت قضائی به اتاق جلسه تمام حاضرین به پا ایستاده می شوند. زمانی که قضات اخذ موقع نمودند بجای خود می نشینند.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) حین داخل شدن هیأت قضائی به اتاق جلسه تمام حاضرین به پا ایستاده می شوند. به حیث مثال، در مثال بالا، در وقت داخل شدن هیأت قضایی در جلسه، مدعی، مدعی علیه، شهود، ترجمان، اهل خبره، وکیل مدافع، شهودندان و سایر اشخاص حاضر در جلسه باید به پا ایستاده شوند.

۲) زمانی که قضات اخذ موقع نمودند، مدعی، مدعی علیه، شهود، ترجمان، اهل خبره، وکیل مدافع، شهودندان و سایر اشخاص حاضر در جلسه باید بجای خود بنشینند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف حاضرین در جلسه و تنظیم رفتار آنها و احترام قایل شدن به هیأت قضایی است.

#### ماده ۴۸: اعلان رسمیت جلسه و معرفی شاملین قضیه

«رئیس جلسه قضائی رسمیت جلسه را به نام خداوند توانا و دادگر افتتاح، ترکیب هیأت قضائی، خارنوال و اهل خبره، ترجمان و منشی جلسه را به اطلاع حاضرین می رساند.»

طبق نص این ماده رئیس جلسه قضایی که یک تن از قضات محکمه ابتدائیه مدنی است مکلف است رسمیت جلسه را به نام خداوند توانا و دادگر افتتاح و ترکیب هیأت قضایی، خارنوال، اهل خبره، ترجمان و منشی جلسه را به اطلاع اشخاص حاضر در جلسه برساند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ عقد را نماید و جلسه قضایی دایر شود، رئیس هیأت قضایی باید بگوید به نام خداوند دادگر و توانا جلسه را آغاز می نمایم. سپس، هر یک از قضات، خارنوال، اهل خبره، ترجمان و منشی را باید معرفی نماید.

پیش بینی خارنوال در نص این ماده توجیه پذیر به نظر نمی رسد زیرا خارنوال نماینده دولت است و از حق الله یا حق اجتماع دفاع می نماید و یکی از ارکان مهم در دعوی جزایی است و در دعاوی مدنی به استثنای دعوی تفریق به سبب غیبت شوهر، اداره مال غایب و نظیر اینها که خارنوال از غایب نمایندگی می نماید، در سایر دعاوی مدنی در جلسه قضایی حضور ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف رئیس هیأت قضایی و تنظیم چگونگی جلسه قضایی است.

#### ماده ۴۹: توضیح حق ها و مکلفیت های شاملین قضیه

«رئیس جلسه قضائی حقوق و وجایب و مکلفیت های اشخاص شامل قضیه و جلسه را توضیح و به منشی جلسه قضایی دستور قرائت اجندای جلسه را صادر و بعد از معرفی مدعی و مدعی علیه و یا ممثل قانونی آنها رسیدگی قضیه را آغاز می نماید.»

تعریف ممثل قانونی و مدعی و مدعی علیه گذشت. طبق نص این ماده رئیس جلسه قضائی مکلف است حقوق و، وجایب و مکلفیت های اشخاص شامل قضیه و جلسه را توضیح و به منشی جلسه قضایی دستور قرائت اجندای جلسه را صادر و بعد از معرفی مدعی و مدعی علیه و یا ممثل قانونی آنها رسیدگی قضیه را آغاز نماید.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ عقد را نماید رئیس هیأت قضایی باید حق ها و مکلفیت های مدعی، مدعی علیه، وکیل، ولی، وصی و قیم، اهل خبره، شهود، ترجمان و سایر اشخاص دخیل در قضیه را توضیح دهد و به منشور جلسه قضایی دستور دهد تا اجندای جلسه قضایی را معرفی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف رئیس هیأت قضایی و تنظیم چگونگی جلسه قضایی است.

#### ماده ۵۰: موقع دادن به مدعی و مدعی علیه جهت قرائت دعوی و دفاع

«رئیس جلسه حین رسیدگی قضیه نخست به مدعی یا ممثل قانونی او و سپس به مدعی علیه و یا ممثل قانونی او موقع می دهد تا دعوی و دفاع شان را قرائت نمایند.»

تعریف قضیه، مدعی، مدعی علیه و ممثل قانونی گذشت. طبق نص این ماده رئیس جلسه حین رسیدگی قضیه نخست به مدعی یا ممثل قانونی او و سپس به مدعی علیه و یا ممثل قانونی او موقع می دهد تا دعوی و دفاع شان را قرائت نمایند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود در کمتر از یک متر به طرف خانه او کلکین بزرگ باز نموده است، رئیس هیأت قضایی مکلف است اول به احمد یا وکیل احمد اجازه بدهد تا صورت دعوی خویش را قرائت نماید و سپس به محمود یا وکیل محمود اجازه بدهد تا صورت دفاع خویش را قرائت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی رئیس هیأت قضایی است.

#### ماده ۵۱: ارایه توضیحات توسط طرفین

«طرفین دعوی به کمال آزادی مطالعات خود را قرائت و توضیحات می دهند. قبل از ختم گفتار یکطرف طرف دیگر حق ندارد صحبت جانب مقابل را قطع کند.»

از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد.

نخست این که طرفین دعوی به کمال آزادی می توانند مطالعات خود را قرائت و توضیحات دهند. منظور از طرفین دعوی مدعی و مدعی علیه است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود در کمتر از یک متر به طرف خانه او کلکین کلان باز نموده است، احمد و محمود می توانند با کمال آزادی صورت دعوی و دفاع خویش را قرائت نمایند.

دوم این که قبل از ختم گفتار یکطرف طرف دیگر حق ندارد صحبت جانب مقابل را قطع کند. به حیث مثال، اگر احمد شروع به قرائت صورت دعوی ارایه توضیحات نماید، محمود نمی تواند حرف های



احمد را قطع نماید. همچنین، اگر محمود شروع به قرائت صورت دفاع و توضیحات نماید، احمد نمی تواند حرف های محمود را قطع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حق ها و تکالیف و تنظیم رفتار مدعی و مدعی است.

#### ماده ۵۲: استیضاح مدعی، مدعی علیه و سایر اشخاص ذیربط در قضیه

«استیضاح از مدعی، مدعی علیه و سایر اشخاص ذیربط از صلاحیت رئیس جلسه بوده هرگاه در جریان محاکمه مطالبی نزد اعضای قضائی جلسه قابل استیضاح باشد به اجازه رئیس جلسه از طرفین استفسار به عمل می آید.».

تعریف مدعی و مدعی علیه گذشت. منظور از سایر اشخاص اهل خبره، شاهد، مترجم، وکیل مدافع و نظیر اینها است. استیضاح از ریشهٔ وضع گرفته شده است که در لغت به معنی طلب وضاحت و توضیح خواستن و بازخواست است.<sup>۱۱۰</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، استیضاح طلب وضاحت خواستن و توضیح خواستن قاضی است از ناظر وقف، اهل خبره، ناظر وصی، مدعی، مدعی علیه، شاهد، اهل خبره و نظیر اینها. استفسار در لغت به معنی توضیح و تفسیر خواستن، جو یا شدن، پرسیدن، پرسش و سؤال است.<sup>۱۱۱</sup> به نظر می رسد در اصطلاح اصول محاکمات مدنی استفسار خواستن و طلب تفسیر و وضاحت است توسط قاضی از شاملین قضیه مانند مدعی، مدعی علیه، شهود و نظیر اینها. از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

نخست این که استیضاح از مدعی، مدعی علیه و سایر اشخاص ذیربط از صلاحیت رئیس جلسه است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود در کمتر از یک متر به طرف خانه او کلکین کلان باز نموده است و احمد و محمود صورت دعوی و دفاع خویش را قرائت نمایند، قاضی می تواند جهت معلومات بیشتر از احمد، محمود، اهل خبره و شاهد استیضاح نماید.

دوم این که هرگاه در جریان محاکمه مطالبی نزد اعضای قضائی جلسه قابل استیضاح باشد به اجازه رئیس جلسه از طرفین استفسار به عمل آورد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید، فاروق و قیوم قاضی باشند و برای فاروق و قیوم برخی توضیحات مبهم باشد، می توانند به اجازه جمشید احمد، محمود، شاهدان و اهل خبره را مورد استفسار قرار بدهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری رئیس هیأت قضایی و اعضای هیأت قضایی و تکلیف اشخاص شامل قضیه است.

#### ماده ۵۳: ثبت و ضبط جریان محاکمه توسط منشی

«منشی جلسه مکلف است تمام جریان محاکمه را به ارتباط دعوی و مدافعات شهادت شهود و اظهارات اهل خبره بدون کم و کاست قید محضر جلسه نموده و در پای آن امضای رئیس و اشخاص مربوط را اخذ نماید.».

110. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 10/3/2017).

111. <https://Ibid>, (Last visit: 10/3/2017).

محاکمه در لغت به معنی دادرسی و قضاوت است که جمع آن محاکمات است.<sup>۱۱۲</sup> مدافعات جمع مدافعه است. مدافعه در لغت به معنی دفاع است.<sup>۱۱۳</sup> تعریف شهادت، شهود و اهل خبره گذشت. محضر اسم مکان از ریشه «حضر» گرفته شده است که در لغت به معنی حضور، جای حضور، پیشگاه و دفتر ثبت اسناد است.<sup>۱۱۴</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، محضر سندی است که در آن منشی جلسه قضایی مباحث جلسه قضایی را ثبت و ضبط می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که محمود فابریکه را در نزدیک منزل من ساخته است و دود، صدا، لرزه و نظیر اینهای فابریکه به من ضرر می رساند، منشی جلسه قضایی مکلف است جریان محاکمه را در محضر ثبت و ضبط نماید و امضای رئیس جلسه، مدعی، مدعی علیه و سایر اشخاص ذیدخل در قضیه را اخذ نماید.

#### ماده ۵۴: رهبری جلسه توسط رئیس جلسه

«رهبری و انتظام جلسه قضائی از صلاحیت رئیس جلسه می باشد.».

طبق نص این ماده رهبری نظم دادن جلسه قضایی از صلاحیت رئیس جلسه قضایی است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، فاروق قاضی و در عین حال رئیس هیأت قضایی باشد، فاروق مکلف است جلسه قضایی و جریان محاکمه را رهبری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی رئیس هیأت قضایی است.

#### ماده ۵۵: اطاعت از اوامر رئیس جلسه و رعایت نظم توسط شاملین قضیه

«اشخاص شامل قضیه، ممثل قانونی طرفین دعوی، شهود، اهل خبره، مترجمین و سایر شاملین جلسه قضائی مکلف به رعایت نظم جلسه و اطاعت از اوامر رئیس جلسه می باشند.».

تعریف ممثل قانونی، طرفین دعوی، شهود، اهل خبره و مترجم گذشت. مترجمین جمع مترجم است. طبق نص این ماده اشخاص شامل قضیه، ممثل قانونی طرفین دعوی، شهود، اهل خبره، مترجمین و سایر شاملین جلسه قضائی مکلف به رعایت نظم جلسه و اطاعت از اوامر رئیس جلسه می باشند.

به حیث مثال، اگر حمیده تبعه افغانستان و زوجه محمود که تبعه مصر است باشد و حمیده در محکمه ابتدائیه مدنی علیه محمود به دلیل عدم انفاق مطالبه تفریق براساس عدم انفاق را نماید و هیأت قضایی تصمیم به رسیدگی قضیه بگیرند، حمیده (مدعی) محمود (مدعی علیه)، قیوم و فاروق وکلای حمیده و محمود، جمشید و ویس شاهدان، حمید داکتر طب (اهل خبره) و سمیع ترجمان محمود همه مکلف اند نظم جلسه قضایی را رعایت و از دساتیر رئیس هیأت قضایی یا رئیس جلسه اطاعت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکلیف شاملین قضیه و ضمانت اجرای ماده ۵۴ ق. ا. م. است.

#### ماده ۵۶: به پا ایستادن شاملین قضیه در وقت اظهارات و توضیحات

112. Ibid, (Last visit: 6/15/2019).

113. Ibid, (Last visit: 6/15/2019).

114. Ibid, (Last visit: 4/1/2018).

«مدعی، مدعی علیه و یا ممثل قانونی آنها، شهود، اهل خبره و مترجمین مکلف اند حین اظهارات و توضیح مطالب به پا بایستند مگر اینکه رئیس جلسه اجازه نشستن را به آنها بدهد.».

از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که مدعی، مدعی علیه و یا ممثل قانونی آنها، شهود، اهل خبره و مترجمین مکلف اند حین اظهارات و توضیح مطالب به پا بایستند. به حیث مثال، در مثال بالا، حمیده و محمود مکلف اند صورت دعوی و دفاع خویش را ایستاده قرائت نمایند. در صورتی که قیوم و فاروق بالترتیب وکلای حمیده و محمود باشند مکلف اند صورت دعوی و دفاع را ایستاده قرائت نمایند.

همچنین، سمیع مکلف است اظهارات و توضیحات حمیده و محمود را ایستاده برای قاضی و سایر شاملین قضیه ترجمه نمایند. جمشید و ویس مکلف اند ایستاده شهادت بدهند. استثنای این اصل این است که رئیس جلسه به حمیده، محمود، سمیع، ویس و جمشید اجازه بدهد نشسته صورت دعوی و دفاع را قرائت و ترجمان توضیحات طرفین دعوی را ترجمه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکلیف شاملین قضیه است.

#### ماده ۵۷: تأدیپ شخص محل نظم جلسه

«شخصی که نظم جلسه را بر هم می زند رئیس جلسه او را اخطار می دهد. در صورت تخلف رئیس می تواند اخلال کننده را از اتاق جلسه خارج نماید.».

از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱) شخصی که نظم جلسه را بر هم می زند رئیس جلسه او را اخطار می دهد. اخطار از ریشه «خطر» است که در لغت به معنی اعلام خطر است.<sup>۱۱۵</sup> همچنین، اخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.<sup>۱۱۶</sup> در اصطلاح حقوقی اخطار عبارت از هشدار است که در موارد لازم به افراد از سوی مراجع ذیصلاح جهت عدم اجرای کاری داده می شود.<sup>۱۱۷</sup> همچنین، ضرورت انجام یا عدم انجام کاری را به کسی یاد آوری کردن اخطار است.<sup>۱۱۸</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ویس بخواهد نظم جلسه را بر هم بزند، رئیس جلسه مکلف است او را اخطار بدهد.

۲) در صورت تخلف رئیس می تواند اخلال کننده را از اتاق جلسه خارج نماید. تخلف در لغت به معنی نقض عهد، تجاوز، پیمان شکنی، سرپیچی و تخطی است.<sup>۱۱۹</sup> به شخصی که مرتکب تخلف می شود، متخلف می گویند. در اصطلاح حقوق جزا به نظر می رسد تخلف عبارت از سرپیچی و نقض قانون است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، سمیع از قواعد مربوط به اصول محاکمات مدنی تخلف نماید، رئیس جلسه مکلف است سمیع را از اتاق جلسه خارج نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در

۱۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.  
116. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید 6/4/2016)

۱۱۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.  
118. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید 6/4/2016)

119. Ibid, (Last visit: 17, 12, 2017).

نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری رئیس جلسه قضایی و ضمانت اجرای قواعد مربوط به نظم جلسه است.

#### ماده ۵۸: تکرار تخلف مدعی، مدعی علیه و وکیل آنها و جزای نقدی و حبس الی یک هفته

«هرگاه اخلال کننده نظم جلسه مدعی، مدعی علیه یا ممثل قانون آنها باشد در صورت تکرار تخلف محکمه می تواند اخلال کننده را به جزای نقدی که از سه هزار افغانی بیشتر نباشد یا حبس الی یک هفته محکوم نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه اخلال کننده نظم جلسه مدعی، مدعی علیه یا ممثل قانون آنها باشد در صورت تکرار تخلف محکمه می تواند اخلال کننده را به جزای نقدی که از سه هزار افغانی بیشتر نباشد یا حبس الی یک هفته محکوم نماید. ماده ۱۳۹ کد جزا در تعریف جزای نقدی می گوید: «جزای نقدی عبارت است از مکلف ساختن محکوم علیه به پرداخت مبلغ محکوم بها به خزانه دولت.»

به حیث مثال، اگر حمیده تبعه افغانستان و زوجه محمود که تبعه مصر است باشد و حمیده در محکمه ابتدائیه مدنی علیه محمود به دلیل عدم انفاق مطالبه تفریق براساس عدم انفاق را نماید و هیأت قضایی تصمیم به رسیدگی قضیه بگیرند، حمیده (مدعی) محمود (مدعی علیه)، قیوم و فاروق وکلای حمیده و محمود، جمشید و ویس شاهدان، حمید داکتر طب (اهل خبره) و سمیع ترجمان محمود همه مکلف اند نظم جلسه قضایی را رعایت و از دساتیر رئیس هیأت قضایی یا رئیس جلسه اطاعت نمایند.


در صورتی که حمیده، محمود یا قیوم یا فاروق برای بار دوم نظم جلسه را اخلال نمایند، رئیس هیأت قضایی می تواند حمیده، محمود یا وکلای حمیده و محمود را به جریمه نقدی که از سه هزار افغانی بیشتر نباشد یا حبس الی یک هفته محکوم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه و پیش بینی ضمانت اجرای قواعد مربوط به نظم جلسه قضایی است.

#### ماده ۵۹: اخلال نظم جلسه توسط خانونال مدنی

«اگر اخلال کننده خانونال مدنی باشد محکمه با صدور قرار قضائی به تعویض وی اقدام می نماید.»

طبق نص این ماده اگر اخلال کننده خانونال مدنی باشد محکمه می تواند با صدور قرار قضائی به تعویض وی اقدام نماید. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است<sup>۱۲۰</sup> در دعاوی مدنی با توجه به این که منافع عامه دخیل نیست و معمولاً نظم عمومی بر هم نمی خورد، خانونال یکی از ارکان دعوی نیست. اما، خانونال مدنی بیشتر در قضایی غایب و تفریق به سبب غیاب به نمایندگی از غایب به عنوان وکیل مسخر یا وکیل غایب نقش بازی می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد شوهر حمیده غایب باشد و حمیده به دلیل غیابت احمد از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید و در اثر مطالبه محکمه مدنی از لوی خانونالی، جمشید به عنوان خانونال مدنی

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل سوم: جریان رسیدگی قضایای مدنی در محاکم  ۷۱

معرفی شود تا به عنوان وکیل مسخر احمد در محکمه حضور یابد، اما جمشید نظم جلسه را بر هم بزند، قاضی می تواند با صدور قرار قضایی که تعریف آن گذشت، جمشید را عوض نماید و از لوی خارنوالی خارنوال مدنی دیگر مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نظم جلسه و صلاحیت تخییری قاضی است.

#### ماده ۶۰: اخلال نظم جلسه توسط وکیل مدافع

«در صورتی که اخلال کننده وکیل مدافع باشد محکمه او را مطابق احکام قانون تأدیب می نماید.».

تعریف وکیل گذشت. تأدیب از ریشه «ادب» گرفته شده است که در لغت به معنی ادب کردن است.<sup>۱۲۱</sup> همچنین، تأدیب در لغت به معنی تنبیه کردن، کیفر دادن، جزا دادن، تربیت کردن و اصلاح کردن است.<sup>۱۲۲</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، تأدیب عبارت از مجازات و تنبیه کردن مجرم و متخلف است. طبق نص این ماده در صورتی که اخلال کننده وکیل مدافع باشد محکمه او را مطابق احکام قانون تأدیب می نماید. ایرادی که در نص این ماده و سایر مواد ق. ا. م. م وجود دارد این است که احکام مربوط به تأدیب در خصوص وکیل مدافع وجود ندارد و بنابراین به نظر می رسد در این خصوص خلاء احکام در ق. ا. م. م وجود دارد.

به حیث مثال، اگر احمد در خصوص زمین فروخته شده محمود، علیه جمشید که زمین را خریده است از طریق وکیل خویش دعوی شفعه نماید و وکیل نظم جلسه را اخلال نماید، قاضی می تواند وکیل را تأدیب نماید. طبق رویه عملی در صورت اخلال نظم جلسه معمولاً محکمه مکتوب به انجمن وکلای مدافع می فرستد و انجمن مستقل وکلای مدافع مطابق قانون وکلای مدافع و سایر قوانین مربوط وکیل مدافع را تأدیب می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نظم جلسه و صلاحیت تخییری قاضی است.

#### ماده ۶۱: ارتکاب قباح و جنحه در محکمه

«هرگاه شخص در جلسه قضائی مرتکب جرم قباح و یا جنحه گردد از طرف محکمه مطابق به احکام قانون مجازات می گردد.».

قباح از قبیح گرفته شده است که در لغت به معنی زشتی و زشت شدن است.<sup>۱۲۳</sup> ماده ۲۹ کُد جزا در تعریف قباح می گوید: «قباح جرمی است که برای آن در این قانون صرف جزای نقدی تعیین شده باشد.» جنحه در لغت به معنی جرم و گناه کوچک است.<sup>۱۲۴</sup> ماده ۲۸ کُد جزا در تعریف جنحه می گوید: «جنحه جرمی است که جزای آن در این قانون حبس متوسط، حبس قصیر، بدیل حبس یا جزای نقدی تعیین شده باشد.» قانونگذار جزا برای جرم های جنحه و قباح معیار های کلی را وضع کرده است و مصادیق را مشخص نساخته است. طبق این مواد، هر جرمی که مجازات آن جزای نقدی باشد، قباح است. به عنوان مثال، اگر مدعی تکراراً نظم جلسه را اخلال نماید و قاضی مدعی را مطابق ماده ۵۶ ق. ا. م. م به جزای نقدی سه هزار افغانی محکوم نماید، جرم مدعی قباح تلقی می گردد زیرا

۱۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۶.

122. <https://www.vajehyab.com> (2016 /8 /19) (آخرین بازدید 19/8/2016).

123. Ibid, (2016 /3 /9) (آخرین بازدید 9/3/2016).

124. Ibid, (2016 /15 /5) (آخرین بازدید 5/15/2016).

مجازات آن جریمه نقدی است. همچنین، هر جرمی که جزای آن حبس متوسط (بیش از یک سال تا پنج سال)، حبس قصیر (از سه ماه تا یک سال)، بدیل حبس یا جزای نقدی باشد، جنحه است. به حیث مثال، اگر مدعی و مدعی علیه در محکمه جنگ نمایند و مدعی علیه مدعی را با کارد مجروح نماید و قاضی مدعی علیه را به یک سال مجازات محکوم نماید، جرم مدعی علیه جنحه است. قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۶۱ ق. ا. م. م از «از طرف محکمه مطابق به احکام قانون مجازات می گردد» سخن می گوید. به نظر می رسد این مجازات توسط محکمه مدنی ای که نظم آن اخلاص گردیده است صادر می گردد. صدور حکم جزایی توسط محکمه مدنی در نگاه اول خلاف اصل عدم صلاحیت محاکم به نظر می رسد. زیرا، محاکم مدنی صلاحیت صدور حکم جزایی را ندارند. اما، اگر اندکی دقت نماییم این نتیجه از نص ماده ۶۱ ق. ا. م. م استنباط می گردد که قانونگذار ا. م. م برخلاف قواعد عمومی مربوط به صلاحیت، این صلاحیت را به محکمه مدنی اعطا نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نظم جلسه و صلاحیت تخییری قاضی است.

#### ماده ۶۲: صدور حکم در خصوص مجازات های مواد (۵۸) الی (۶۰)

«محکمه مجازات مندرج مواد (۵۸) الی (۶۰) این قانون را به داخل حکم قضائی واجب التعمیل تعیین و حکم مذکور غیر قابل استیناف است.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۵۸ الی ۶۰ ق. ا. م. م است. از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد. نخست این که محکمه مکلف است مجازات مندرج مواد (۵۸) الی (۶۰) ق. ا. م. م را به داخل حکم قضائی واجب التعمیل تعیین نماید. بنابراین، قاضی مکلف است در خصوص مجازات مندرج در مواد ۵۸ الی ۶۰ ق. ا. م. م حکم صادر نماید نه قرار. به حیث مثال، اگر اخلاص کننده نظم قضایی مدعی، مدعی علیه یا وکیل آنها باشد، در صورت تکرار تخلف محکمه می تواند اخلاص کننده را به جزای نقدی که از سه هزار افغانی بیشتر نباشد یا حبس الی یک هفته محکوم نماید. همچنین، اگر اخلاص کننده خارنوال مدنی باشد محکمه با صدور حکم به تعویض وی باید اقدام نماید. قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۶۲ ق. ا. م. م از حکم سخن می گوید و در ماده ۵۹ از قرار و به نظر می رسد که میان ماده های ۶۲ و ۵۹ ق. ا. م. م تعارض وجود دارد. همچنین، اگر اخلاص کننده وکیل مدافع باشد محکمه او را باید مطابق احکام قانون تأدیبه نماید. در این سه صورت، محکمه مکلف است حکم صادر نماید. دوم این که این حکم محکمه قابل استیناف خواهی نیست. بنابراین، مدعی، مدعی علیه، خارنوال مدنی و وکیل مدافع نمی توانند در صورت مجازات علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف استیناف خواهی نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۶۲ ق. ا. م. م پیش بینی ضمانت اجرای مواد ۵۸ الی ۶۰ ق. ا. م. م است.

#### ماده ۶۳: لغو حکم مجازات مندرج مواد ۵۸ الی ۶۰

«در حالات مندرج مواد (۵۸) الی (۶۰) این قانون محکمه می تواند قبل از ختم جلسه حکم صادر شده را لغو نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۵۸ الی ۶۰ ق. ا. م. م است. از نص این ماده استنباط می گردد قاضی محکمه ابتدائیه صلاحیت دارد قبل از ختم جلسه حکم مجازات اشخاص مدعی، مدعی علیه، وکیل مدافع و خارنوال مدنی را قبل از جلسه قضایی لغو نماید. لغو که در لغت به

معنی باطل کردن است<sup>۱۲۵</sup> به حیث مثال، اگر اخلال کننده نظم قضایی مدعی، مدعی علیه یا وکیل آنها باشد، در صورت تکرار تخلف محکمه می تواند اخلال کننده را به جزای نقدی که از سه هزار افغانی بیشتر نباشد یا حبس الی یک هفته محکوم نماید. همچنین، اگر اخلال کننده خارنوال مدنی باشد محکمه با صدور قرار قضائی به تعویض وی باید اقدام نماید. همچنین، اگر اخلال کننده وکیل مدافع باشد محکمه او را باید مطابق احکام قانون تأدیب نماید. اما، مطابق ماده ۶۳ ق. ا. م. ق. مدنی می تواند قبل از ختم جلسه از صدور حکم مجازات مدعی، مدعی علیه، وکیل مدافع و خارنوال مدنی انصراف ورزد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. ق. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری قاضی است.

#### ماده ۶۴: محاکمه مرتکب جنحه و جنایت در محکمه مجاور قریب

«هرگاه محکمه در جرم جنحه در همان جلسه قضائی متهم را محکوم به جزا ننماید و یا جرم ارتكابه جنایت باشد محکمه مکلف است محضر واقعه را ترتیب و امر گرفتاری متهم را صادر و موضوع را به خارنوال مربوط احاله نماید. اصدار حکم در این مورد در محکمه مجاور قریب صورت می گیرد.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۶۱ ق. ا. م. ق. است. چنانچه گفته شد، ایرادی که در نص ماده ۶۱ وجود دارد این است که محکمه مدنی می تواند شخص را به دلیل ارتكاب قباحت یا جنحه که تعریف هر دو گذشت مجازات نماید. به منظور رفع این نقیصه، ماده ۶۴ ق. ا. م. ق. دو گزینه برای محکمه مدنی ارائه می نماید. نخست این که محکمه مدنی شخصی را که مرتکب جرم جنحه شده است مجازات نماید، موضوع در محکمه ابتدائیه مدنی مختومه است.

اما، اگر قاضی به هر دلیلی نخواهد شخصی را که مرتکب جنحه شده است مجازات نماید، قاضی مکلف است محضر واقعه را ترتیب نماید و امر گرفتاری متهم را صادر و موضوع را به خارنوال احاله نماید. متهم در لغت به معنی در مظان اتهام، مورد تهمت قرار گرفته، بدنام و تهمت زده شده و در معرض اتهام است.<sup>۱۲۶</sup> طبق ماده ۳ فقره ۱۳ قانون اجراءات جزایی: «متهم: شخصی است که بنابر ارزیابی دلایل اثبات جمع آوری شده هنگام تحقیق، به حیث مرتکب جرم تشخیص و اتهام بر وی وارد گردیده باشد.» احاله در لغت به معنی حواله دادن و واگذاشتن کار یا امری به عهده شخص دیگری، ارجاع و انتقال است.<sup>۱۲۷</sup>

همچنین، در صورتی که شخص در جریان جلسه قضایی مرتکب جنایت که تعریف آن گذشت شود، قاضی مکلف است محضر واقعه را ترتیب نماید و امر گرفتاری متهم را صادر و موضوع را به خارنوال احاله نماید. در این دو حالت، صدور حکم در مورد متهمان در محکمه مجاور قریب صورت می گیرد.

125. Ibid, (Last visit: 15/ 1/ 2018).

126. Ibid, (Last visit: 31/8/2016).

127. Ibid, (آخرین بازدید 2016 /17 /1).

عبارت محکمه مجاور قریب مبهم است. مجاور در لغت به معنی همسایه و قریب در لغت به معنی نزدیک است.<sup>۱۲۸</sup> به نظر می رسد منظور از محکمه قریب مجاور دیوان جزای محکمه ابتدائیه است. به حیث مثال، اگر احمد در جریان محاکمه در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه شهری مرتکب جنحه یا جنایت گردد، دیوان مدنی می تواند موضوع را به دیوان جزایی احاله نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.



## فصل چهارم: اجتناب و رد قاضی

قانونگذار ا. م. م در فصل چهارم احکام اجتناع و رد قاضی را تنظیم نموده است. این فصل در برگیرنده مواد ۶۵ الی ۷۸ است.

### ماده ۶۵: اجتناب رئیس و اعضای محکمه از اشتراک در محاکمه

«رئیس و اعضای محکمه هر یک در حالات آتی از اشتراک در ترکیب محاکمه و رسیدگی به دعوی مدنی اجتناب می ورزند:

۱- در صورتی که در قضیه مورد رسیدگی ذینفع و یا دعوی مربوط به اصول و فروع، زوج، زوجه و یا اقارب آنها باشد. اقارب به این منظور عبارت است از برادر، برادرزاده، خواهر، خواهرزاده، کاکا، عمه، خاله، ماما، خسر و خشو.

۲- در صورتی که در اسناد مربوط به قضیه مطروحه در محکمه سند را تحریر یا امضاء نموده یا در موضوع دعوی قبلاً به حیث خانونال، حکم، اهل خبره یا شاهد اظهار عقیده کرده باشد.

۳- در صورتی که بین رئیس یا اعضای محکمه یا یکی از طرفین قضیه دعوی موجود باشد.

۴- در صورتی که بین رئیس یا یکی از اعضای محکمه یا یک طرف دعوی خصومت قبلی موجود باشد.»

طبق نص این ماده رئیس و اعضای محکمه در چهار حالت باید از اشتراک در محاکمه اجتناب نمایند. به نظر می رسد منظور از اعضای محکمه قضات اند. تعریف محاکمه، رسیدگی و قضیه گذشت، اجتناب در لغت به معنی خودداری و پرهیز است:<sup>۱۲۹</sup>

۱- در صورتی که در قضیه مورد رسیدگی ذینفع باشد. ذینفع در لغت به معنی صاحب نفع است. در اصطلاح حقوق مدنی ذینفع عبارت است از شخصی که در قضیه ای نفع داشته باشد.<sup>۱۳۰</sup> به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه مدنی شهری کابل قاضی باشد و با جمشید و محمود شرکت مضاربه داشته باشد و فاروق علیه جمشید و محمود اقامه دعوی نماید، احمد باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی و رسیدگی به دعوی اجتناب نماید. زیرا، در این قضیه ذینفع است.

۲- در صورتی که قضیه مربوط به اصول و فروع، زوج، زوجه و یا اقارب آنها باشد. اصول جمع اصل است و اصل به سلف مستقیم شخص گویند که از درجه نخست (پدری و مادری) است و یا از درجات بعدی (نیاکان پدری) و یا مادری (اجداد مادری) است.<sup>۱۳۱</sup> فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی

129. Ibid, (Last visit: 31/8/2016).

۱۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۰۴.

۱۳۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۳۱۳ و ۳۱۴.

شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند<sup>۱۳۲</sup> و در برابر اصول استعمال می شود. زوج در لغت به معنی شوهر است. به شوهر قانونی و شرعی یک زن که با او خویشاوندی سببی زناشوهری دارد، زوج گویند.<sup>۱۳۳</sup> زوجه اسم مؤنث زوج به معنای زن، جفت و همسر است. در فقه و حقوق به زنی که به موجب رابطه سببیت (عقد شرعی و قانونی) در قید نکاح مردی باشد، زوجه گویند.<sup>۱۳۴</sup> اقارب جمع قریب از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندان، نزدیکان و فامیل است.<sup>۱۳۵</sup> در اصطلاح حقوقی، در مفهوم وسیع اقارب عبارت از اشخاصی است که شخص با آنها قرابت نسبی، سببی و رضاعی دارد مانند پدر، مادر رضاعی و خشو. اما، قانونگذار ا. م. م در نص این ماده دامنه و گستره اقارب را محدود نموده و در تعریف اقارب در مفهوم محدود می گوید: «اقارب به این منظور عبارت است از برادر، برادرزاده، خواهر، خواهرزاده، کاکا، عمه، خاله، ماما، خسر و خشو».

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه مدنی شهری کابل قاضی باشد و جمشید علیه پدر، مادر، زوجه یا اقارب احمد دعوی فسخ عقد اجاره یا دعوی عدم پرداخت اجرت اجاره را نماید، احمد باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی و رسیدگی به دعوی اجتناب نماید. همچنین، اگر حمیده در محکمه ابتدائیه شهری کابل قاضی باشد و محمود علیه جمشید شوهر حمیده دعوی عدم پرداخت دین را نماید، حمیده باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی و رسیدگی به دعوی اجتناب نماید.

۳- در صورتی که در اسناد مربوط به قضیه مطروحه در محکمه سند را تحریر یا امضاء نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد در محکمه وثایق حوزه اول کابل منحیث قاضی ایفای وظیفه نماید و قباله خانه محمود را که محمود آن را از جمشید خریداری نموده است امضا نموده باشد و سپس احمد به محکمه ابتدائیه شهری کابل تبدیل شود و در آنجا منحیث قاضی مدنی ایفای وظیفه نماید و احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم پرداخت ثمن یا پول خانه را نماید، احمد باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب ورزد. زیرا خود احمد سند (قباله قانونی) خانه را امضاء نموده است.

۴- در صورتی در موضوع دعوی قبلاً به حیث خارنوال، حکم، اهل خبره یا شاهد اظهار عقیده کرده باشد. تعریف شاهد و اهل خبره گذشت. حکم در لغت به معنی داور است.<sup>۱۳۶</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، حکم شخصی است که برای حل مشکل و یا دعوی توسط طرفین دعوی انتخاب می شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و احمد علیه محمود ادعا نماید که قباله خانه جعلی است و محمود به عنوان خارنوال، حکم، اهل خبره یا شاهد در خصوص این سند اظهار نظر کرده باشد و سپس احمد به عنوان قاضی توظیف شده باشد، باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب ورزد.

۱۳۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

۱۳۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۱.

۱۳۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۲.

۱۳۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۹۴.

۵- در صورتی که بین رئیس یا اعضای محکمه یا یکی از طرفین قضیه دعوی موجود باشد. به حیث مثال، اگر احمد در خصوص شفعه حویلی یا زمین محمود در محکمه ابتدائیه شهری حوزه اول کابل اقامه دعوی نماید و جمشید، فاروق یا قیوم رئیس هیأت قضایی یا عضو باشد و میان فاروق، قیوم یا جمشید و احمد دعوی در محکمه تجارته کابل در خصوص شرکت جریان داشته باشد، جمشید، فاروق و قیوم باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب نمایند.

۶- در صورتی که بین رئیس یا یکی از اعضای محکمه یا یک طرف دعوی خصومت قبلی موجود باشد. تعریف خصومت گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا، در صورتی که دعوی احمد و جمشید، فاروق یا قیوم در محکمه تجارته کابل حل و فصل شود، اما هنوز جمشید، فاروق یا قیوم عضو محکمه ابتدائیه شهری حوزه اول باشند، باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در ماده ۶۵ ق. ا. م. م حصر اسباب اجتناب قاضی از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی است. نص این ماده حصری به نظر می رسد. زیرا، قانونگذار ا. م. م در اخیر نص این ماده از سایر اسباب و حالات سخن نمی گوید. همچنین، اسباب مذکور در ماده ۶۵ ق. ا. م. م انضمامی نیست بلکه هر کدام مستقل به نظر می رسند. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده جلوگیری از تضاد منافع است.

#### ماده ۶۶: اجتناب قضات از اشتراک در ترکیب هیأت قضات در صورت اقارب بودن

«قضاتی که بر طبق حکم مندرج فقره (۱) ماده (۶۵) این قانون با همدیگر قرابت داشته باشند نمی توانند در ترکیب محاکمه در رسیدگی قضیه مدنی شامل شوند.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۶۵ ق. ا. م. م است. تعریف قضیه، محاکمه و قاضی گذشت. طبق نص این ماده در صورتی که دو یا بیشتر از سه تن از قضات اقارب همدیگر باشند و در دیوان مدنی یا احوال شخصیه یک محکمه ایفای وظیفه نمایند، باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب نمایند. به حیث مثال، اگر احمد در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده قاضی باشد و در عین حال جمشید برادر احمد یا پدر (اصل احمد) یا پسر احمد (فرع احمد) یا برادرزاده احمد، خواهر زاده احمد و مامای احمد باشد، احمد و جمشید مکلف اند از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب نمایند.

همچنین، اگر احمد در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده قاضی باشد و در عین حال حمیده زوجه احمد یا مادر احمد یا دختر احمد یا عمه یا خاله احمد نیز در این محکمه قاضی باشد، احمد و حمیده باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده جلوگیری از تبانی قضات به نفع یکی از طرفین دعوی، تأمین استقلال فردی هر قاضی و جلوگیری از تضاد منافع است.

#### ماده ۶۷: اجتناب قاضی از اشتراک در ترکیب قضایی در سایر حالات

«قاضی می تواند در صورت بروز اسبابی خارج از احوال مندرج در مواد ۶۵ و ۶۶ این قانون از اشتراک در رسیدگی دعاوی اجتناب نماید.»

نص این ماده با ماده ۶۵ و ۶۶ ق. ا. م. مرتبط و ارجاعی است. ماده ۶۵ ق. ا. م. م چنانچه گفته شد حصری است نه احصایی. اما، اگر مواد ۶۵، ۶۶ و ۶۷ ق. ا. م. م را در کنار هم قرار دهیم و تفسیر منطقی - ساختاری نماییم، این نتیجه به دست می آید که قانونگذار ا. م. م در ماده ۶۵ ق. ا. م. م اسباب اجتناب قاضی را حصر کرده است. اما، در ماده ۶۷ ق. ا. م. م به قاضی اجازه داده است تا در صورتی که تشخیص بدهد می تواند در سایر حالات به غیر از حالات مندرج در مواد ۶۵ و ۶۶ ق. ا. م. م از اشتراک در ترکیب قضایی اجتناب نماید. نص این ماده اختیاری و به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی صلاحیت تخییری قاضی است.

#### ماده ۶۸: اجتناب از رسیدگی بعدی قضیه

«در احوال آتی اشتراک رئیس و اعضای محکمه در رسیدگی بعدی قضیه مجاز نمی باشد:

۱- در صورت اشتراک در رسیدگی ابتدایی قضیه.

۲- در صورت اشتراک در رسیدگی قضیه در دیوان های ستره محکمه.».

طبق نص این ماده در دو حالت ذیل رئیس و عضو محکمه نمی تواند در رسیدگی بعدی یا دوباره قضیه اشتراک نماید:

۱- در صورت اشتراک در رسیدگی ابتدایی قضیه. به حیث مثال، اگر احمد در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه و لسوالی شکرده قاضی باشد یا احمد رئیس محکمه باشد و قضیه عدم فسخ عقد اجاره را در محکمه ابتدائیه رسیدگی نموده باشد، اما حکم محکمه ابتدائیه در اثر اعتراض محکوم علیه در محکمه استیناف نقض گردد و دوباره به محکمه ابتدائیه ارجاع گردد، احمد نمی تواند مجدداً قضیه را رسیدگی نماید.

۲- در صورت اشتراک در رسیدگی قضیه در دیوان های ستره محکمه. به حیث مثال، اگر احمد در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه ایفای وظیفه نماید و یا رئیس محکمه ابتدائیه باشد و به هر دلیلی قضیه ای را در یکی از دیوان های ستره محکمه مورد رسیدگی قرار دهد، نمی تواند در رسیدگی بعدی این قضیه مبادرت ورزد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اسباب اجتناب قاضی و صلاحیت تکلیفی قاضی است.

متحد المال شماره (۹۳۱ - ۱۰۰۱) مورخ ۱۳۹۱/۵/۲ ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا

ریاست محترم دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مراتب ذیل را جهت غور مقام محترم شورای عالی نگاشته اند:

طبق ماده ۶۸ ق. ا. م. م: «در احوال آتی اشتراک رئیس و اعضای محکمه در رسیدگی بعدی قضیه مجاز نمی باشد:

۱- در صورت اشتراک در رسیدگی ابتدایی قضیه.

۲- در صورت اشتراک در رسیدگی قضیه در دیوان های ستره محکمه.».

بادر نظر داشت بند یک ماده ۶۸ قانون متذکره سوال این است:

آیا رئیس یا عضو قضایی صرف در همان قضیه ای که خودش در محکمه ابتدائیه صادر نموده، در رسیده گی مرحله استینافی آن اشتراک کرده نمی تواند و یا مطلقاً در هر قضیه ای که یک بار در محکمه ابتدائیه صادر نموده باشد، ولو چند سال قبل هم باشد و فیصله صادره قبلی اش نقض گردیده ولی قضیه تا هنوز کسب قطعیت نکرده باشد باز هم قاضی مذکور در رسیدگی استینافی و انفصال همان قضیه اشتراک کرده نمی تواند و ذیصلاح دانسته نمی شود.

در زمینه طالب توضیح قانونی هستیم تا به ملاحظه آن در قضیه ای که تحت ارزیابی این دیوان است تصمیم مقتضی قانونی اتخاذ گردد.

حینی که جریان در جلسه مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۰ شورای عالی ستره محکمه مطرح بحث قرارگرفت در نتیجه قرار مصوبه ۵۳۲ هدایت ذیل صادرگردید:

«قضاتی که در محاکم ابتدائیه در رسیده گی قضیه مبادرت کرده باشند، به هیچ صورت در محاکم استیناف در رسیده گی استینافی قضیه ذکر شده اشتراک کرده نمی توانند. جریان به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار گردد.» ۱۳۷.

#### ماده ۶۹: تقدیم موضوع اجتناب به محکمه

«در صورت موجودیت حالات مندرج مواد (۶۷ و ۶۸) این قانون قاضی مکلف است موضوع اجتناب خود را در قضیه به محکمه تقدیم نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده در صورتی که قاضی به تشخیص خویش یا به دلیل اشتراک در رسیدگی ابتدائی یا رسیدگی قضیه در دیوان های ستره محکمه از رسیدگی قضیه اجتناب نماید، مکلف است موضوع اجتناب را به رئیس محکمه تقدیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده قاضی باشد و قضیه عدم فسخ عقد اجاره را در محکمه ابتدائیه رسیدگی نموده باشد، اما حکم محکمه ابتدائیه در اثر اعتراض محکوم علیه در محکمه استیناف نقض گردد و دوباره به محکمه ابتدائیه ارجاع گردد، احمد نمی تواند مجدداً قضیه را رسیدگی نماید. در این صورت، احمد مکلف است موضوع اجتناب خویش را به رئیس محکمه تقدیم نماید. همچنین، اگر احمد در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه ایفای وظیفه نماید و به هر دلیلی قضیه ای را در یکی از دیوان های ستره محکمه مورد رسیدگی قرار دهد، باید از رسیدگی بعدی قضیه اجتناب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م شناسایی مرجع تقدیم موضوع اجتناب قاضی است.

#### ماده ۷۰: مطالبه رد قاضی توسط طرفین دعوی

«طرفین دعوی می توانند در حال موجودیت یکی از حالات مندرج مواد (۶۷) و (۶۸) این قانون رد قاضی را در رسیدگی به موضوع تقاضا نمایند.»

نص این ماده با ماده ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م مرتبط و ارجاعی است. طبق مواد ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م در صورت تحقق یکی از حالات مذکور در مواد ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م قاضی باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی و رسیدگی بعدی قضیه اجتناب نماید. در صورت عدم اجتناب، طرفین دعوی می توانند رد قاضی را از محکمه مطالبه نمایند. رد در لغت به معنی بازگرداندن، غیرقابل قبول، طرد، نفی، قبول نکردن و نپذیرفتن است.<sup>۱۳۸</sup>

به حیث مثال، اگر احمد در مثال های بالا مواد ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب نرورد، جمشید و ویس هر یک می توانند از محکمه ذیصلاح مطالبه رد احمد را نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۷۰ ق. ا. م. م پیش بینی ضمانت اجرای مواد ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م است. زیرا، در صورت عدم اجتناب قاضی، قانونگذار ا. م. م به طرفین دعوی صلاحیت رد قاضی را اعطا نموده است.

#### ماده ۷۱: ميعاد و نحوه مطالبه رد قاضی

«طلب رد قاضی به صورت تحریری و مستند قبل از آغاز رسیدگی موضوع در خلال سه روز به محکمه تقدیم می گردد.»

تحریری منسوب به تحریر است. تحریر در لغت به معنی نوشتن و نوشته است.<sup>۱۳۹</sup> مستند در لغت به معنی دارای دلیل و مدرک، مبتنی بر سند است.<sup>۱۴۰</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید یا ویس بخواهند احمد قاضی به قضیه رسیدگی نمایند، باید سه روز قبل از آغاز رسیدگی قضیه توسط احمد، طلب رد احمد را از محکمه ذیصلاح به صورت نوشته و مستند به محکمه تقدیم نمایند. قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از تحریری و مستند سخن می گوید که هر دو مبهم و محل ایراد به نظر می رسند. زیرا، روشن نیست که منظور از تحریری توسط عربیضه، اعتراض و نظیر اینها است.

همچنین، به نظر می رسد منظور از مستند این است که مدعی یا مدعی علیه برای رد قاضی سند ارایه نمایند که تطبیق نص این ماده را در عمل با مشکل مواجه می نماید زیرا ارایه سند توسط طرفین مشکل به نظر می رسد. در هر حال، باید برای تحقق رد قاضی این دو شرط متحقق گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۷۰ ق. ا. م. م پیش بینی ضمانت اجرای مواد ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م است.

#### ماده ۷۲: بررسی اسباب رد توسط هیأت قضایی

۱- هیأت قضایی محکمه اسباب و دلایل رد را طی جلسه قضایی بررسی نموده در مورد قبول و عدم قبول به اکثریت آراء تصمیم اتخاذ و قرار صادر می نماید.

۲- در صورت تساوی آراء به رد قاضی ترجیح داده می شود.»

از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

138. <https://www.vajehyab.com> (2019 /6 /7 (آخرین بازدید

139. Ibid, (2019 /6 /7 (آخرین بازدید

140. Ibid, (2019 /6 /7 (آخرین بازدید

۱) هیأت قضایی محکمه اسباب و دلایل رد را طی جلسه قضایی بررسی نموده در مورد قبول و عدم قبول به اکثریت آراء تصمیم اتخاذ و قرار صادر می نماید. به حیث مثال، اگر احمد یا محمود در مثال بالا، رد قاضی را مطالبه نمایند، هیأت قضایی که مرکب از سه تن قضات اند، باید اسباب و دلایل رد را بررسی و در مورد قبول و عدم قبول آن تصمیم بگیرند و سپس تصمیم خویش را در قالب قرار صادر نمایند. در این صورت، هیأت قضایی باید در خصوص قبول و عدم قبول به اکثریت آراء تصمیم بگیرند.

۲) فقره ۲ ماده ۷۲ ق. ا. م. که می گوید: «در صورت تساوی آراء به رد قاضی ترجیح داده می شود» مبهم به نظر می رسد. زیرا، در صورتی که هیأت قضایی مرکب از سه تن قضات باشند، آراء آنها خالی از سه حالت نیست. نخست این که هر سه تن از قضات رأی مثبت یا منفی می دهند. در این صورت، قاضی یا رد یا قبول می شود. دوم این که دو تن رأی مثبت و یک تن رأی منفی می دهد. در این صورت، قاضی رد می شود. سوم این که دو تن رأی منفی و یک تن رأی مثبت می دهند. در این صورت، قاضی رد نمی شود. حالت چهارم وجود ندارد. زیرا، تعداد هیأت قضایی معمولاً سه تن اند. در صورتی که تعداد هیأت قضایی چهار تن باشد، تساوی آراء امکان پذیر است.

به حیث مثال، اگر تعداد قضات هیأت قضایی چهار تن باشند و دو تن رأی منفی و دو تن رأی مثبت بدهند، تساوی آراء قضات متصور است و در این صورت به رد قاضی ترجیح داده می شود. مصداق تطبیق نص این ماده این است که، به حیث مثال، هرگاه قضات هیأت قضایی محکمه ابتدائیه چهار تن باشند و رئیس عمومی محکمه ابتدائیه بخواهد در رأی گیری رد و قبول رد قاضی نظر دهد. در این صورت، هرگاه دو تن از قضات رأی به رد قاضی بدهند و دو تن رأی به قبول، آراء قضات مساوی (دو دو) می شود و به رد قاضی ترجیح داده می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده جلوگیری از به بن بست رسیدن محکمه در قبول و رد قاضی است.

#### **ماده ۷۳: مرجع تقدیم درخواست رد، در صورتی که در محکمه ابتدائیه قاضی یک تن باشد**

«در صورتی که در محکمه ابتدائیه يك نفر قاضی باشد تقاضای رد به محکمه فوقانی تقدیم و در حال قبول رد، قاضی دیگری به رسیدگی قضیه موظف می گردد.»

طبق نص این ماده در صورتی که در محکمه ابتدائیه يك نفر قاضی باشد تقاضای رد به محکمه فوقانی تقدیم و در حال قبول رد، قاضی دیگری به رسیدگی قضیه موظف می گردد. تعریف محکمه، قاضی، فوقانی و قضیه گذشت. به حیث مثال، اگر در محکمه ابتدائیه ولسوالی قره باغ احمد به عنوان قاضی ایفای وظیفه نماید و سایر قضات در آن وجود نداشته باشد و محمود بخواهد رد قاضی را مطالبه نماید، محمود مکلف است تقاضای رد احمد را به محکمه استیناف تقدیم نماید. محکمه استیناف در این مثال، محکمه فوقانی است. در صورتی که رد احمد توسط محکمه استیناف مورد قبول واقع گردد، محکمه استیناف مکلف است یک تن از قضات دیگر را غرض رسیدگی به قضیه توظیف نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده حکم شناسایی مرجع تقدیم درخواست رد، در صورتی که در محکمه ابتدائیه قاضی یک تن باشد، است.

#### **ماده ۷۴: مرجع مطالبه رد هیأت قضایی محکمه ابتدائیه**

«هرگاه مطالبه رد متوجه تمام هیأت قضایی محکمه ابتدائیه باشد در صورت قبول رد، هیأت قضایی دیگری از طرف محکمه فوقانی به منظور رسیدگی و صدور حکم تعیین می گردد.»

تعریف فوقانی گذشت. طبق نص این ماده هرگاه مطالبه رد متوجه تمام هیأت قضایی محکمه ابتدائیه باشد در صورت قبول رد، هیأت قضایی دیگری از طرف محکمه فوقانی به منظور رسیدگی و صدور حکم تعیین می گردد. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید در محکمه ابتدائیه ولسوالی قره باغ به عنوان قاضی ایفای وظیفه نمایند و محمود بخواهد رد آنها را مطالبه نماید، محمود مکلف است درخواست تقاضای رد احمد، محمود و جمشید را به محکمه استیناف تقدیم نماید.

محکمه استیناف در این مثال، محکمه فوقانی است. در صورتی که رد احمد، محمود و جمشید توسط محکمه استیناف مورد قبول واقع گردد، محکمه استیناف مکلف است هیأت قضایی دیگر را غرض رسیدگی به قضیه توظیف نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده حکم شناسایی مرجع تقدیم درخواست رد، در صورتی که رد متوجه هیأت قضایی به طور کل باشد، است.

#### ماده ۷۵: قبول و عدم قبول رد قضات محکمه استیناف

«هرگاه اسباب رد متوجه هیأت قضایی یکی از دیوان های ریاست محکمه ولایت یا محکمه معادل آن باشد رئیس محکمه به اشتراك يك نفر قاضی دیگر در مورد قبول و عدم قبول رد تصمیم اتخاذ می دارد. در صورتی که اسباب رد متوجه رئیس محکمه ولایت، محکمه معادل آن یا اعضای ستره محکمه باشد شورای عالی ستره محکمه در مورد تصمیم اتخاذ می کند.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) هرگاه اسباب رد متوجه هیأت قضایی یکی از دیوان های ریاست محکمه ولایت یا محکمه معادل آن باشد رئیس محکمه به اشتراك يك نفر قاضی دیگر در مورد قبول و عدم قبول رد تصمیم اتخاذ می دارد. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید در دیوان مدنی محکمه استیناف کابل یا محکمه معادل آن ایفای وظیفه نمایند و وپس رد آنها را مطالبه نماید، رئیس محکمه استیناف کابل با همکاری یک تن از قضات محکمه استیناف در مورد قبول و عدم قبول رد احمد، محمود و جمشید تصمیم اتخاذ می نماید. به نظر می رسد منظور از محکمه ولایت، محکمه استیناف است. زیرا، در هر ولایت یک محکمه استیناف وجود دارد. عبارت محکمه معادل آن در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. منظور از محکمه معادل محکمه است که برابر و معادل محکمه استیناف است. به نظر می رسد مصداق این محکمه، محکمه استیناف ملکیت ها که دو مرحله بود است.

۲) در صورتی که اسباب رد متوجه رئیس محکمه ولایت، محکمه معادل آن یا اعضای ستره محکمه باشد شورای عالی ستره محکمه در مورد تصمیم اتخاذ می کند. به حیث مثال، اگر احمد در محکمه استیناف کابل یا هرات یا یکی از دیوان های ستره محکمه منحیث رئیس محکمه استیناف یا رئیس دیوان ستره محکمه ایفای وظیفه نماید و جمشید رد احمد را مطالبه نماید، در خصوص قبول و عدم قبول رد احمد شورای عالی ستره محکمه تصمیم می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی و شناسایی مرجع مطالبه رد رئیس محکمه استیناف، رئیس محکمه معادل استیناف و عضو ستره محکمه به عنوان رئیس دیوان ستره محکمه است.

#### ماده ۷۶: تعطیل رسیدگی اصل دعوی در صورت مطالبه رد قاضی

«زمانی که موضوع رد قاضی مطرح باشد رسیدگی اصل دعوی معطل قرار داده می شود.» . نص این ماده مرتبط به مواد مربوط به رد قاضی است.»



طبق نص این ماده زمانی که موضوع رد قاضی مطرح باشد رسیدگی اصل دعوی معطل قرار داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد در دیوان مدنی محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده قاضی باشد و قضیه فسخ قضایی عقد اجاره میان جمشید و حمیده قرار باشد توسط احمد مورد رسیدگی قرار گیرد، اما حمیده رد احمد را از محکمه مطالبه نماید، رسیدگی به دعوی فسخ قضایی عقد اجاره باید تعطیل شود تا تکلیف روشن شود که آیا احمد رد می شود یا قبول. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم تعطیل رسیدگی قضیه ای که قاضی در آن رد یا قبول شود است.

#### ماده ۷۷: مجازات درخواست کننده دارای سوء نیت رد قاضی

«هرگاه موارد رد قاضی ثابت نشود محکمه ای که به عدم ثبوت رد تصمیم می گیرد درخواست کننده رد دارای سوء نیت (مدعی و مدعی علیه) را به جزای نقدی الی سه هزار افغانی محکوم می نماید.»

به نظر می رسد نص این ماده با مواد ۶۵ الی ۶۸ ق. ا. م. م که در آنها اسباب اجتناب و رد قاضی پیش بینی شده است مرتبط است. طبق نص این ماده هرگاه موارد رد قاضی ثابت نشود محکمه ای که به عدم ثبوت رد تصمیم می گیرد باید درخواست کننده رد دارای سوء نیت چه مدعی و چه مدعی علیه را به جزای نقدی الی سه هزار افغانی محکوم نماید. به حیث مثال، در صورتی که قاضی در قضیه مورد رسیدگی ذینفع باشد، باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی به گونه ای که تفصیل آن در بالا گذشت اجتناب نماید. در صورت عدم اجتناب، مدعی یا مدعی می تواند رد قاضی را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه مدنی شهری کابل قاضی باشد و با جمشید و محمود شرکت مضاربه داشته باشد و فاروق علیه جمشید و محمود اقامه دعوی نماید، احمد باید از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی و رسیدگی به دعوی اجتناب نماید. زیرا، در این قضیه ذینفع است. ذینفع بودن احمد را باید فاروق با وسایل اثبات مانند سند، شهود، سوگند و نظیر اینها به اثبات برساند. زیرا، طبق قواعد عمومی اثبات، بار اثبات بر عهده مدعی است. در صورت عدم اثبات محکمه ای که از آن تقاضای رد قاضی صورت می گیرد، می تواند مطالبه کننده رد قاضی را به جزای نقدی الی سه هزار افغانی محکوم نماید. برای این که محکمه درخواست دهنده رد قاضی را مجازات نماید، شرط است که درخواست دهنده دارای سوء نیت باشد. سوء نیت در لغت به معنی کج اندیشی و داشتن نیت بد است<sup>۱۴۱</sup> که در مقابل حسن نیت استعمال می شود. در اصطلاح اصول محاکمات مدنی، به نظر می رسد سوء نیت عبارت است از قصد درخواست دهنده رد قاضی مبنی بر نیرنگ و فریب محکمه.

به حیث مثال، در مثال بالا، برای این که محکمه بتواند فاروق را مجازات نماید، شرط است که فاروق دارای سوء نیت باشد؛ به این توضیح که فاروق بداند که احمد در قضیه ذینفع نیست، اما برای این که فاروق بتواند دفع الوقت نماید و موجب ضیاع وقت محکمه و تعطیل رسیدگی به دعوی شود، مسأله رد احمد را مطرح نماید. تشخیص سوء نیت درخواست دهنده بسیار مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد تشخیص سوء نیت درخواست دهنده را محکمه می تواند از قراین استنباط نماید.

بقیه مثال های اجتناب و رد قاضی در بالا گذشت و آن مثال ها و مصادیق طبق نص ماده ۷۷ ق. ا. م. م قابل تطبیق اند. ق. ا. م. م در جریان سال های ۱۳۶۹ هجری شمسی نافذ گردیده است و در آن زمان سه

هزار افغانی بسیار ارزش داشت؛ به این توضیح که ارزش سه هزار افغانی آن زمان تقریباً معادل پنجاه الی شصت هزار افغانی امروز بوده است. اما، امروزه سه هزار افغانی ارزش حقیقی خویش را از دست داده است و قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده مُطالبه کننده رد قاضی است.

#### ماده ۷۸: نهایی بودن قرار های رد قاضی

«قرارهایی که از طرف محکمه در مورد رد صادر می شود نهایی می باشد.».

تعریف قرار در فصل اول گذشت. طبق نص این ماده قرارهایی که از طرف محکمه ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه در مورد رد صادر می شود نهایی می باشد. به حیث مثال، اگر احمد در مثال های بالای مواد ۶۷ و ۶۸ ق. ا. م. م از اشتراک در ترکیب هیأت قضایی اجتناب نرزد، جمشید و ویس هر یک می توانند از محکمه ذیصلاح مطالبه رد احمد را نمایند. در صورت عدم قبول رد، جمشید یا ویس نمی توانند در محکمه استیناف، استیناف خواهی نمایند، زیرا قرار محکمه نهایی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم قرار های محاکم در خصوص عدم قبول رد قاضی است.

## فصل پنجم: صلاحیت رسیدگی در قضایای مدنی

نویسندگان ق. ا. م. م در فصل پنجم، مواد ۷۹ الی ۱۲۰ ق. ا. م. م احکام مربوط به صلاحیت حوزوی محاکم در قضایای مدنی را تنظیم نموده اند. چه اتباع داخلی چه اتباع خارجی در صورتی که دعوی داشته باشند، باید دعوی خویش را از محاکم ابتدائیه آغاز نمایند و صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی را باید رعایت نمایند در غیر آن دعوی آنها توسط محاکم مدنی به دلیل فقدان صلاحیت حوزه ای مورد رسیدگی قرار نخواهد گرفت. تعریف و انواع صلاحیت محاکم در فصل اول این کتاب گذشت. در این فصل، در روشنایی آنچه در خصوص تعریف و انواع صلاحیت محاکم گفته شد، صلاحیت حوزه ای رسیدگی محاکم در قضایای مدنی را مورد بحث قرار می دهیم.

#### ماده ۷۹: فیصله دعاوی مدنی در مرحله ابتدایی

«دعای مدنی در مرحله ابتدایی توسط محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی یا علاقه داری فیصله می شود جز در حالاتی که قانون طور دیگری تصریح کرده باشد.».

از نص این ماده یک اصل و یک استثنا قابل استنباط است: اصل این است که دعاوی مدنی در محکمه ابتدائیه مدنی فیصله شود. این محاکم عبارت اند از: محکمه ابتدائیه شهری و ولسوالی. در حال حاضر، محکمه ابتدائیه ناحیوی وجود ندارد. همچنین، محکمه علاقه داری در حال حاضر وجود ندارد. زیرا، ق. ا. م. در سال ۱۳۶۹ نافذ گردیده است و در آن زمان محاکم ناحیوی و علاقه داری وجود داشت. اما، امروزه این دو محکمه عملاً وجود ندارد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. استثنای این اصل رسیدگی به دعاوی توسط محاکم غیرابتدائیه شهری و ولسوالی است که در قوانین پیش بینی شده است مانند رسیدگی دعاوی توسط محاکم خاص و محاکم اختصاصی. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی حق ارتفاق، به حیث مثال، حق عبور آب از زمین محمود را نماید، باید دعوی خویش را بر حسب مورد از محکمه ابتدائیه شهری یا ولسوالی آغاز نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش حکم قاعده عمومی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی است.

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت کاپیسا:

در قانون اصول محاکمات مدنی در رابطه به ابطال قرار محکمه تحتانی توسط محکمه فوقانی کدام احکامی وجود ندارد. زیرا در صورتی که بنابر فقدان اهلیت قضاء قرار قضائی توسط محکمه تحتانی صادر گردیده باشد موجب بطلان آن می گردد نه نقض. در زمینه کاستی وجود دارد.

توضیح: حسب هدایت ماده (۷۹) قانون اصول محاکمات مدنی تمام دعاوی مدنی به جز از مواردیکه قانون به خلاف آن حکم نموده باشد، مرحله ابتدائیه آن در محکمه ابتدائیه حل و فصل می شود زمانیکه فیصله ها و یا قرار های محاکم تحتانی توسط محاکم فوقانی مواجه به بطلان گردد ارجاع آن غرض صدور فیصله جدید به محکمه ابتدائیه طبق فقره اول ماده (۳۹۸) اصول محاکمات مدنی حتمی است زیرا در صورت ابطال اجراءات محاکم تحتانی توسط محاکم فوقانی تصامیم محاکم تحتانی از بین می رود. پس محاکم فوقانی صلاحیت رسیده گی قضایا را ابتداءً ندارد. همان اسباب بطلان فیصله که در ماده (۳۹۹) قانون اصول محاکمات مدنی ذکر شده موجب بطلان قرار هم شده می تواند.<sup>۱۴۲</sup>

#### ماده ۸۰: رسیدگی به دعوی که توسط اشخاص حقیقی و حکمی در محکمه اقامه می گردد

(محکمه به رسیدگی دعاوی اقدام می نماید که از طرف شخصیت های حقوقی یا حکمی حل و فصل آن تقاضا شده باشد.)

تعریف محکمه، دعاوی که جمع دعوی است گذشت. اشخاص جمع شخص است. شخص در لغت به معنی آدمی و انسان است که جمع آن اشخاص، اشخص و شخوص نیز می باشد.<sup>۱۴۳</sup> در اصطلاح حقوق مدنی شخص موجود است که دارای حق و تکلیف است.<sup>۱۴۴</sup>

۱۴۲. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء-

ارگان نشراتی ستره محکمه، ص ۱۰۸.

۱۴۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی

یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.

۱۴۴. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص

طبق نص ماده ۸۰ ق. ا. م. م محکمه مکلف است به تمام دعاوی رسیدگی نماید که حل و فصل آن از طرف اشخاص حقیقی و حکمی تقاضا می شود. به حیث مثال، اگر احمد دعوی ایجاد حق اختصاص را بر اموال محمود در محکمه مدنی ای که عقار محمود در حوزه قضایی آن موقعیت دارد اقامه نماید، محکمه مکلف است به دعوی رسیدگی نماید. احمد و محمود در این مثال، اشخاص حقیقی اند. همچنین، اگر احمد علیه ناظر وقف یا حزب سیاسی یا انجمن دعوی نماید، محکمه مکلف است دعوی احمد را حل و فصل نماید. در این مثال، یک طرف دعوی شخص حقیقی است و طرف دیگر آن شخص حکمی. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و جواز اقامه دعوی توسط شخص حقیقی و حکمی است. دعاوی اشخاص حکمی توسط شخص حقیقی به نمایندگی از شخص حکمی صورت می گیرد.

#### ماده ۸۱: رسیدگی دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه (قاعده عمومی)

«۱- دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل می گردد؛ ۲- هرگاه مدعی علیه محل سکونت متعدد داشته باشد دعوی مدنی علیه وی در محکمه رسیدگی می شود که مدعی علیه حین استدعا در حوزه قضایی آن سکونت داشته باشد.»

از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل می گردد. تعریف دعوی و مدعی علیه در فصل اول گذشت. این قاعده عمومی است. طبق نص این ماده، هرگاه یک شخص علیه شخص دیگر بخواهد اقامه دعوی نماید، باید به محکمه محل اقامت مدعی علیه مراجعه نماید. به حیث مثال، هرگاه مدعی علیه در ولسوالی پغمان اقامتگاه داشته باشد، مدعی باید دعوی را در محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان اقامه نماید. به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی پغمان اقامتگاه داشته باشد و محمود بخواهد دعوی دین را علیه محمود اقامه نماید، احمد مکلف است دعوی خویش را در محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان اقامه نماید.

۲) اگر مدعی علیه محل سکونت متعدد داشته باشد، دعوی مدنی در محکمه ای اقامه می شود که در وقت استدعا، مدعی علیه در حوزه قضایی آن سکونت دارد. تعریف استدعا گذشت. طبق نص این ماده هرگاه یک شخص علیه شخص دیگر اقامه دعوی نماید و شخص دومی محل سکونت متعدد داشته باشد، مدعی باید به محکمه ای اقامه دعوی نماید که مدعی علیه در وقت اقامه دعوی در حوزه قضایی آن سکونت می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد در بهار در کابل زندگی نماید و در زمستان در شهر قندهار، احمد باید تشخیص دهد که احمد در کدام اقامتگاه زندگی می نماید. اگر محمود در بهار در قندهار سکونت نماید و عملاً حضور داشته باشد، احمد باید دعوی خویش در محکمه ابتدائیه شهری قندهار علیه محمود اقامه نماید. این حکم، حکم کلی تنظیم کننده صلاحیت حوزوی در قضایای مدنی است. اما، شرایط و اوضاع و احوالی وجود دارند که به موجب آنها قواعد خاص در خصوص صلاحیت حوزه ای محاکم به

شرحی که در بقیه احکام ق. ا. م. م خواهد آمد ممکن است اعمال گردند. ۱۴۵ به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی قاعده عمومی رسیدگی به دعوی است.

متحدالمال شماره (۱۱۷۲ الی ۱۲۳۷) مؤرخ ۱۳۹۶/۹/۱۱ ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه شماره (۵۵۵) مؤرخ ۱۳۹۶/۵/۱۷ شورایعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است. به تعقیب متحدالمال شماره (۱۹۲۶- ۱۹۹۹) مؤرخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۶

قبلاً شورایعالی ستره محکمه، بالاتر پیشنهاد ریاست دارالانشاء در مورد صلاحیت رسیده گی قضایای ازدواج و انحلال آن که از طرف خانم ها در محل سکونت فعلی شان علیه شوهران شان صورت میگیرد، طی تصویب شماره (۱۰۵۴) ۱۳۹۵/۱۱/۲۵ هدایت فرموده بودند که «به منظور ایجاد سهولت و جلوگیری از سرگردانی متقاضیان قضایای مربوط به ازدواج و انحلال آن صلاحیت رسیده گی همچو قضایا به محاکم محل اقامت فعلی آنان تفویض گردیده محاکم مطابق حکم قانون بر انفصال آن مبادرت ورزند.»

که هدایت فوق به عموم محاکم استیناف و مراجع مربوط متحدالمالاً اخبار گردیده است.

اکنون ریاست محکمه استیناف ولایت کابل در مورد اینکه:

«چون در سطح ولایت کابل قضایای خانواده با دو دیوان که یکی آن مربوط محکمه ابتدائیه حوزه اول و دیگر آن محکمه حوزه چهارم میباشد رسیده گی میشود، مشخص نیست که آیا محاکم مرکز هم با در نظر داشت مصوبه فوق، قضایا خانواده گی را رسیده گی نمایند یا خیر؟ به طور مثال: خانم الف باشنده فعلی ناحیه دهم شهر داری کابل، علیه شوهرش باشنده فعلی ناحیه اول شهر داری کابل، عارض و خواهان تفریق از دواج، می گردد. درین حالت کدام یک از محاکم شهر کابل صلاحیت رسیده گی حوزه وی را در قضیه متذکره دارا میباشد؟ این در حالیست که وفق هدایت فقره اول ماده (۸۱) قانون اصول محاکمات مدنی، موضوع در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل می گردد.»

مدققین قضائی ریاست تدقیق و مطالعات در مورد ذیلاً ابراز نظر نموده اند:

«منظور از تفویض صلاحیت مصرح مصوبه شماره (۱۰۵۴) ۱۳۹۵/۱۱/۲۵، در مجموع شامل دو حالت ذیل:

۱- تفویض صلاحیت رسیده گی قضایای آنعده متقاضیان ازدواج و انحلال آن که در خانه های امن بود و باش داشته باشد به محکمه محل موقعیت خانه امن.

۲- تفویض صلاحیت رسیده گی قضایای آنعده ذکور و اناث که بمنظور ازدواج از محل سکونت اصلی به محل دیگر غیر از محل اصلی خویش فرار نموده خواهان عقد ازدواج میگردند به محکمه محل اقامت فعلی ایشان می باشد.

بناءً با در نظر داشت مصوبه فوق الذکر، محاکم محل اقامت فعلی متعاقبین و محاکم محل موقعیت خانه های امن میتوانند حسب صراحت متن مصوبه شماره فوق به قضایای ازدواج و یا انحلال اشخاص فوق الذکر رسیده گی نمایند.

در سایر حالات طبق صراحت متن فقره (۱) ماده (۸۱) قانون اصول محاکمات مدنی محل رسیده گی به قضایای مدنی به شمول قضایای ازدواج و انحلال آن همانا محکمه محل سکونت مدعی علیه بوده محاکم وفقاً اجراءت بعمل آرند.».

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۶/۵/۱۷ شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا، مطرح و ذریعه تصویب شماره (۵۵۵) در زمینه هدایت ذیل صدور یافت. (نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است. به مرجعش اخبار گردد.)<sup>۱۴۶</sup>.

#### ماده ۸۲: مدعی علیه بودن زن شوهردار

(در صورتی که زن شوهر دار مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر می باشد.)

طبق نص این ماده در صورتی که زن شوهردار، مدعی علیها باشد، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر او است، زیرا اقامتگاه زن شوهر دار، اقامتگاه شوهر او است. به نظر می رسد طبق نص این ماده زن شوهردار اقامتگاه مستقل ندارد که عاری از ایراد نیست. زیرا، نص این ماده اصل برابری اتباع در برابر قانون که در ماده ۲۲ ق.ا تضمین شده است را نفی می نماید. بنابراین، نص این ماده مخالف ماده ۲۲ ق.ا به نظر می رسد. به نظر می رسد دلیل این که اقامتگاه زن شوهردار، اقامتگاه شوهر است، این است که به موجب عقد ازدواج مرد مکلف است به زوجه نفقه فراهم نماید. نفقه زوجه مطابق ق.م شامل لباس، مسکن، طعام و مصارف تداوی می شود. مسکن چیزی جز محل اقامت نیست که توسط زوج به زوجه فراهم می شود. طبق نص این ماده در صورتی که شخص ثالث علیه زن شوهردار اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح محکمه محل سکونت شوهر است.

همچنین، در صورتی که مدعی، علیه زن شوهردار بخواهد راجع به مسایل حقوق خصوصی که مانند قرارداد، شرکت و نظیر اینها اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت شوهر، زن شوهردار است. به حیث مثال، اگر جمیله با احمد در ولسوالی قره باغ زندگی نمایند و جمشید علیه جمیله دعوی داشته باشد، باید دعوی خویش را در محکمه ابتدائیه ولسوالی قره باغ اقامه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا.م.م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی در دعوی مدنی علیه زن شوهردار است.

#### ماده ۸۳: مدعی علیه بودن دختر

(در صورتی که دختر حائز سن ازدواج یا دارای اهلیت حقوقی کامل مدعی علیه باشد، رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر و یا محارم شرعی می باشد که متکفل اعاشه و پرورش وی است.)

طبق نص این ماده در صورتی که دختر سن حایز ازدواج یعنی ۱۶ ساله و یا دارای اهلیت حقوقی یعنی ۱۸ ساله و عاقل مدعی علیه باشد، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر او و یا سایر محارم شرعی او می باشد. زیرا، اقامتگاه دختر قبل از ازدواج اقامتگاه پدر و در صورت عدم

۱۴۶. احمد فهیم قویم (۱۳۹۸). مجموعه متدالمآل های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۱۷۷-۱۷۹.

موجودیت پدر اقامتگاه سایر محارم شرعی او اعم نسبی و رضایی می باشد. طبق نص این ماده، هرگاه یک شخص علیه یک دختر بخواهد در مسایل حقوق مدنی دعوی نماید، محکمه ذیصلاح، محکمه محل اقامت پدر و سایر محارم شرعی مانند برادر، پدر کلان، کاکا، ماما و امثال اینهای دختر است. به حیث مثال، اگر جمیله با پدرش در شهر مزار شریف زندگی نماید و جمشید بخواهد علیه جمیله دعوی نماید، باید دعوی را در محکمه ابتدائیه شهری مزار شریف اقامه نماید. در صورت عدم موجودیت پدر، محکمه ذیصلاح محکمه محارم شرعی جمیله مانند برادر، کاکا، ماما، برادرزاده، پدر کلان و نظیر اینها است. زیرا، فرض بر این است که جمیله در صورت عدم موجودیت پدر با یکی از محارم زندگی می نماید. ایرادی که بر نص ماده ۸۲ ق. ا. م. م وارد است بر نص این ماده نیز وارد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی در دعوی مدنی علیه دختر است.

#### ماده ۸۴: مدعی علیه بودن شخص ناقص اهلیت

«هرگاه شخص فاقد یا ناقص اهلیت، مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی یا قیم می باشد.»

ناقص اهلیت شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده است و یا به دلیل عوارض اهلیت، اهلیت او صدمه دیده است مانند مجنون، معتوه، سفیه، طفل غیر ممیز، طفل ممیز و نظیر اینها. به نظر می رسد شخص فاقد اهلیت وجود ندارد. زیرا، اطفال، مجانین، معتوهین و سفهاء اشخاص ناقص اهلیت اند. طبق نص این ماده در صورتی که شخص ناقص اهلیت، مدعی علیه باشد، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی و قیم شخص ناقص اهلیت می باشد. دلیل این که محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت ولی، وصی و قیم است، این است که افراد ناقص اهلیت اقامتگاه مستقل ندارند و اقامتگاه آنها اقامتگاه نایب قهری آنها که عبارت از ولی، وصی و قیم است می باشد. دلیل دیگر این است که در چنین دعاوی ولی، وصی و قیم به نمایندگی از فرد ناقص اهلیت باید به دفع دعوی پردازد، زیرا فرد ناقص اهلیت چنانچه از نام آن روشن است ناقص اهلیت است و یکی از شرایط دعوی واجد اهلیت بودن طرفین است. در صورتی که طرفین ناقص اهلیت باشند، نایب قراردادی مانند وکیل و نایب قهری مانند ولی، وصی و قیم آنها به نمایندگی از آنها به دعوی و دفع دعوی می پردازند. قیم شخصی است که بر محجور علیه مانند مجنون، معتوه و سفیه قیمومیت دارد. وصی شخصی است که بر طفل صغیر وصایت دارد. ولی شخصی است که بر طفل صغیر ولایت دارد. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و محمود علیه احمد ادعای شکستاندن شیشه موتر را نماید، محمود مکلف است در محکمه محل اقامت ولی، وصی یا قیم احمد اقامه دعوی نماید. مصداق ولی در نص این ماده پدر و پدر کلان احمد است. وصی شخصی است که پدر و پدر کلان احمد برای سرپرستی و وصایت امور مالی احمد در زمان حیات خویش تعیین نموده اند. اگر احمد دیوانه، معتوه و

مجنون باشد و ولی و وصی نداشته باشد و محکمه برای سرپرستی امور مالی احمد یک شخص را تعیین نماید، به این شخص قیم می گویند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی در دعوی مدنی علیه اشخاص تحت ولایت، وصایت و قیمومیت است.

### ماده ۸۵: اقامه دعوی علیه محجور، مفقود و غایب

«اقامتگاه محجور، مفقود و غایب اقامتگاه قائم مقام قانونی آنها می باشد.».

از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) اقامتگاه محجور علیه، اقامتگاه قائم مقام قانونی او است. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشته شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، صغیر، ورشکسته و نظیر اینها.<sup>۱۴۷</sup> قائم مقام در لغت به معنی جانشین است. قائم مقام محجور علیه، اگر طفل باشد ولی و وصی و اگر مجنون، معتوه، سفیه و غافل باشد قیم است. به حیث مثال، اگر احمد مجنون باشد و مدعی علیه قرار بگیرد، مدعی باید در محکمه محل سکونت قیم احمد اقامه دعوی نماید.

(۲) اقامتگاه مفقود اقامتگاه قانونی قائم مقام مفقود مانند ورثه مفقود است. مفقود اسم مفعول از ریشه «فقد» گرفته شده است که در لغت به معنی گم شدن است. بنابراین، مفقود در لغت به معنی گم شده است. براساس فقه مفقود عبارت از کسی است که از شهر و محل سکونت خود چنان ناپدید شده که اثری از او در دست نباشد و از زمان ناپدید شدن او چنان زمانی گذشته باشد که معلوم نباشد که آیا زنده است یا مرده.<sup>۱۴۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی چهار آسیاب زندگی نماید و از اقامتگاه خویش مفقود گردد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد مکلف است در محکمه ابتدائیه ولسوالی چهار آسیاب محلی که قائم مقام احمد مانند وکیل، ورثه و سایر اشخاصی که جانشین یا قائم مقام احمد تلقی می گردند، اقامه دعوی نماید.

(۳) اقامتگاه غایب اقامتگاه قانونی قائم مقام غایب مانند ورثه و وکیل غایب است. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.<sup>۱۴۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی چهار آسیاب زندگی نماید و از اقامتگاه خویش غایب گردد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد مکلف در محکمه ابتدائیه ولسوالی چهار آسیاب محلی که قائم مقام احمد مانند وکیل، ورثه و سایر اشخاصی که جانشین یا قائم مقام احمد تلقی می گردند، اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی در دعوی مدنی علیه مفقود، غایب و محجور علیه است.

۱۴۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۳۷.

۱۴۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۷۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۱.

۱۴۹. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۲.



### ماده ۸۶: مدعی علیه بودن کارکنان دولت و منسوبین قوای مسلح

«هرگاه کارکنان دولت، منسوبین قوای مسلح در قضایای مدنی مدعی علیه باشند رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل کار آنها می باشد.»

طبق نص این ماده در صورتی که کارکنان دولت و منسوبین قوای مسلح در قضایای مدنی، مدعی علیه باشند، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل کار آنها است. به نظر می رسد در مفهوم محدود کارکنان دولت شامل تمام کارکنان بست های اول الی هشتم که در بخش های اداری و مالی شورای ملی، حکومت و بخش های اداری و مالی قوه قضائیه ایفای وظیفه می نمایند می شود. منسوبین قوای مسلح شامل منسوبین پولیس، امنیت ملی و اردوی ملی می شود. به حیث مثال، اگر احمد در مرکز هرات منحیث کارکن دولت ایفای وظیفه نماید اما اقامتگاه او یکی از ولسوالی های هرات باشد و محمود علیه احمد دعوی دین داشته باشد، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی دعوی محمود علیه احمد، محکمه ابتدائیه شهری هرات است. همچنین، اگر احمد در شهر مزار شریف منحیث منسوب اردوی ملی یا امنیت ملی ایفای وظیفه نماید و اقامتگاه احمد یکی از ولسوالی های ولایت مزار باشد و محمود علیه احمد دعوی دین یا ودیعت داشته باشد، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به دعوی مدنی علیه احمد، محکمه ابتدائیه شهری بلخ است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی در دعوی مدنی علیه کارکنان دولت و منسوبین قوای مسلح است.

### ماده ۸۷: مدعی و مدعی علیه بودن مسافر و کوچی

«دعوی مسافر یا کوچی در صورتی که مدعی و مدعی علیه باشند در محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی یا علاقه داری دایر می گردد که طرفین صلاحیت رسیدگی محکمه را قبول نمایند.»

طبق نص این ماده دعوی مسافر یا کوچی در صورتی که مدعی و مدعی علیه باشند در محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی یا علاقه داری دایر می گردد که طرفین صلاحیت رسیدگی محکمه را قبول نمایند. ق. ا. م. در سال ۱۳۶۹ هجری شمسی نافذ گردید و در آن زمان محاکم ناحیوی و علاقه داری وجود داشت. اما، امروزه محاکم ناحیوی و علاقه داری وجود ندارد. بنابراین، قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد.

به حیث مثال، اگر احمد مسافر یا کوچی باشد و علیه محمود دعوی دین داشته باشد یا محمود علیه احمد دعوی دین داشته باشد، محکمه ذیصلاح محکمه ای است که احمد و محمود صلاحیت آن را قبول نموده باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی در دعوی مدنی علیه مسافر و کوچی است.

### ماده ۸۸: عدم اعتراض به صلاحیت محکمه و ذیصلاح تلقی گردیدن محکمه

«هرگاه یکی از طرفین دعوی به صلاحیت محکمه ای که به دعوی مذکور رسیدگی می کند اعتراض داشته باید اعتراض خود را قبل از دایر شدن دعوی به همان محکمه تقدیم کند در غیر آن صلاحیت محکمه قبول شده تلقی می گردد.»

نص این ماده در ماده ۲۱ ق. ا. م. م که مسأله اعتراضات ابتدایی را تنظیم می نماید نیز پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است از ق. ا. م. م حذف گردد. طبق نص این ماده هرگاه یکی از طرفین دعوی به صلاحیت محکمه ای که به دعوی رسیدگی می کند اعتراض داشته باید اعتراض خود را قبل از دایر شدن دعوی به همان محکمه تقدیم کند در غیر آن صلاحیت محکمه قبول شده تلقی می گردد. تعریف صلاحیت و دعوی و اعتراض در فصل اول و دوم گذشت. به حیث مثال، در صورتی که احمد دعوی را علیه محمود در محکمه مدنی ابتدائیه شهری زون اول کابل اقامه نماید، محمود می تواند اعتراض نماید که محکمه فاقد صلاحیت رسیدگی به دعوی است. در چنین حالتی، محمود مکلف است قبل از دایر شدن دعوی اعتراض خویش را به محکمه ابتدائیه مدنی زون اول کابل تقدیم نماید. در صورت عدم تقدیم اعتراض، فرض بر این است که محکمه واجد صلاحیت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم اعتراض به صلاحیت محکمه و ذیصلاح تلقی گردیدن محکمه است.

#### ماده ۸۹: سکونت مدعی علیه در محل سکونت مدعی برای مدت یک سال

«هرگاه مدعی علیه در محل سکونت مدعی حداقل یکسال اقامت نموده باشد محکمه ذیصلاح محکمه محل سکونت مدعی می باشد.»

طبق نص این ماده در حالتی که مدعی علیه در محل سکونت مدعی دست کم یک سال اقامت نموده باشد، محکمه ذیصلاح در رسیدگی به دعاوی مدنی، محکمه محل سکونت مدعی است. به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی شکرده محل سکونت داشته باشد و محمود نیز در ولسوالی شکرده برای مدت یک سال اقامت نموده باشد، اما سپس محمود به مرکز شهر نقل مکان نماید، احمد می تواند علیه محمود در محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده اقامه دعوی مدنی مانند تنفیذ قرارداد، عدم پرداخت دین و نظیر اینها نماید.

محل سکونت طبق نص این ماده مترادف اقامتگاه است. محل سکونت جایی است که شخص عادتاً در آن سکونت می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی یکی دیگر از استثناهای صلاحیت محاکم که عبارت از محکمه محل اقامت مدعی علیه است می باشد.

#### ماده ۹۰: اقامه دعوی مدنی علیه تاجر یا پیشه ور

«محکمه ذیصلاح برای رسیدگی معاملات مدنی تاجر یا پیشه وری که مدعی علیه باشد محکمه محل تجارت، پیشه و یا محکمه محل سکونت اصلی وی است.»

طبق نص این ماده محکمه ذیصلاح در رسیدگی به دعوی علیه تاجر و پیشه ور محکمه محل تجارت و پیشه و یا محکمه محل سکونت اصلی تاجر و پیشه ور می باشد. بنابراین، مدعی در چنین حالتی، سه گزینه دارد:

۱) اقامه دعوی مدنی در محکمه محل تجارت تاجر. تاجر در لغت به معنی سوداگر و بازرگان است که جمع آن تجار است.<sup>۱۵۰</sup> در اصطلاح حقوقی تاجر شخصی است که تجارت می کند. به حیث مثال، اگر احمد تاجر باشد و تجارتخانه احمد در شهر فیض آباد موقعیت داشته باشد و محمود بخواهد دعوی شفعه را علیه محمود اقامه نماید، احمد مکلف است در محکمه ابتدائیه شهری فیض آباد علیه محمود تاجر اقامه دعوی نماید.

۲) قانونگذار ا. م. م بعد از کلمه تاجر «یا» را استعمال نموده است. بنابراین، تاجر و پیشه ور در نص این ماده مترادف به نظر می رسند. پیشه در لغت به معنی شغل، حرفه، کار، عمل، صنعت، کسب و مشغله است.<sup>۱۵۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد تاجر یا پیشه ور باشد و تجارتخانه یا محل پیشه احمد در شهر فیض آباد موقعیت داشته باشد و محمود بخواهد دعوی شفعه را علیه احمد اقامه نماید، محمود مکلف است در محکمه ابتدائیه شهری فیض آباد علیه احمد تاجر اقامه دعوی نماید.

۳) اقامه دعوی مدنی در محل سکونت اصلی تاجر و پیشه می تواند اقامه گردد. به حیث مثال، اگر احمد تاجر یا پیشه ور باشد و تجارتخانه یا محل پیشه احمد در شهر فیض آباد موقعیت داشته باشد، اما محل سکونت اصلی احمد ولسوالی شکرده باشد و محمود بخواهد دعوی شفعه را علیه احمد اقامه نماید، محمود مکلف است در محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده علیه احمد تاجر اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محاکم مدنی در دعوی مدنی علیه تاجر و پیشه ور است.

#### ماده ۹۱: محکمه محل اقامتگاه اختیاری

«در صورتی که برای اجرای يك معامله معین قانونی اقامتگاهی اختیار گردد محکمه ذیصلاح برای رسیدگی دعوی ناشی از معامله محکمه اقامتگاه اختیار شده است.»

معامله که از ریشه «عمل» گرفته شده و به معنای با همدیگر کار کردن، عمل کردن دو جانبه، داد و ستد و تجارت کردن است<sup>۱۵۲</sup> با عقد فرقی ندارد. ولی، چنانچه رایج است در بسیاری از موارد در عقود که از طرف هر يك از طرفین عقد نسبت به دیگری تعهد و یا تملیک شده باشد، استعمال می گردد.<sup>۱۵۳</sup> به بیان دیگر، معامله بیشتر به معنای معاهده و تصرفات حقوقی دو جانبه و در مفهومی کاملاً خاصتر به معنای خرید و فروش به کار برده می شود.<sup>۱۵۴</sup>

از همین رو، به عقدی که موضوع آن ازدواج باشد، عقد و به عقدی که موضوع آن خرید و فروش باشد، معامله می گویند. اقامتگاه اختیاری، عبارت از اقامتگاه است که شخص به اختیار برای خویش بر می گزیند. در تعیین چنین اقامتگاهی جز اراده شخص هیچ اراده دیگر اعم از قانونی یا قضائی نقش ندارد و

150. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3/1/ 2018).

151. Ibid, (last visit: 4/2/2016).

۱۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۴۲.

۱۵۳. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۵۹.

۱۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۳.

تنها اراده مقیم آن را تعیین و مورد شناسائی قانون قرار می دهد.<sup>۱۵۵</sup> به عبارت دیگر: اقامتگاه اختیاری عبارت از محلی است که یک شخص انتخاب و جایگزین اقامتگاه قبلی خویش می نماید.<sup>۱۵۶</sup> به حیث مثال، هرگاه شخص بالغ و دارای اهلیت به قصد ماندن دایمی در یک شهر اقامت گزیند، در حالی که آن محل اقامت متفاوت از محل اقامت قبلی او باشد، چنین اقامتگاهی، اقامتگاه اختیاری او است.<sup>۱۵۷</sup> طبق نص ماده ۹۱ ق. ا. م. م در صورتی که برای اجرای يك معامله معین قانونی اقامتگاه اختیار گردد محکمه ذیصلاح برای رسیدگی دعوی ناشی از معامله محکمه اقامتگاه اختیار شده است. به حیث مثال، اگر یک دانشگاه در کابل یک استاد داخلی از ولایت هرات را به عنوان استاد دایمی استخدام نماید و استاد بخاطر تدریس در کابل اقامتگاه اختیار نماید در حالی که اقامتگاه اصلی او هرات باشد، در صورتی که استاد مطابق قرارداد مضامین را تدریس نماید، اما دانشگاه معاش و امتیازات او را پرداخت ننماید و استاد بخواهد علیه دانشگاه اقامه دعوی پرداخت معاش و امتیازات را نماید، محکمه ذیصلاح محکمه اقامتگاه اختیاری استاد است؛ به این توضیح که محکمه ذیصلاح محکمه ای مدنی یکی از زون های چهارگانه کابل است نه هرات. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم صلاحیت رسیدگی به دعوی توسط محکمه اقامتگاه اختیاری اشخاص است.

#### ماده ۹۲: رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه

«رسیدگی دعوی تقسیم یا ترکه از صلاحیت محکمه شهری، ناحیوی ولسوالی، علاقه داری می باشد که عین مورد تقسیم یا ترکه در حوزه آن قرار دارد. در صورت موجودیت عین در حوزه های مختلف قضایی صلاحیت رسیدگی از محکمه ای می باشد که قسمت اعظم عین در آن واقع باشد.»

تشکیلی که برای محاکم در نص این ماده پیش بینی شده است مربوط به سال های ۱۳۶۹ هجری شمسی است. در حال حاضر، محکمه ناحیوی عملاً وجود ندارد، بلکه چنانچه گفته شد، در کابل نواحی بیست و دوگانه به چهار حوزه تقسیم شده اند و چند ناحیه شامل یک حوزه می گردد. در سایر ولایات نیز یک محکمه ابتدائیه شهری وجود دارد و دعاوی مدنی ای که در هر ناحیه مرکز ولایت به وقوع می پیوندد مورد رسیدگی قرار می دهد. بنابراین، در کابل چهار محکمه ابتدائیه حوزه ای شهری وجود دارد.

همچنین، محکمه علاقه داری عملاً وجود ندارد بلکه در ولسوالی ها صرف یک محکمه ابتدائیه ولسوالی وجود دارد. بنابراین، به جز کابل در مرکز هر ولایت یک محکمه ابتدائیه شهری و در هر ولسوالی یک محکمه ابتدائیه ولسوالی وجود دارد. در هر حال، رسیدگی به دعوی ترکه از صلاحیت محکمه ابتدائیه شهری و یا ولسوالی است که عین مانند زمین و خانه و یا به طور کلی ترکه که امکان دارد عین باشد و یا پول نقد در حوزه قضایی آن محکمه قرار داشته باشد. در صورتی که قسمتی از ترکه، به حیث مثال، زمین در حوزه قضایی یک محکمه و قسمت دیگر آن در حوزه قضایی محکمه دیگر (مانند محکمه ابتدائیه

۱۵۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۰۳.

156. Peter hay, Patrick J. Borchers and Ricarhd D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th ed, USA: Foundation Press, p 10.

157. D. L. A. Barker and C. Padfield, (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 91.

ولسوالی شکرده و محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان) قرار داشته باشد، محکمه ای که قسمت بزرگ عین مانند زمین، خانه و نظیر آن در حوزه قضایی آن قرار داشته باشد، صلاحیت رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه را دارد. تعریف ترکه گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد و محمود برادر باشند و چهل جریب زمین را در ولسوالی شکرده از پدر خویش ویس به ارث ببرند و بخواهند زمین را تقسیم نمایند، محکمه ولسوالی شکرده صلاحیت تقسیم ترکه را میان احمد و محمود دارد. اما، اگر سی جریب از این زمین در ولسوالی شکرده و ده جریب دیگر آن در ولسوالی پغمان موقعیت داشته باشد، محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده صلاحیت تقسیم این زمین را دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت محکمه در خصوص تقسیم ترکه است.

متحد المال شماره ۹۱۵ الی ۹۷۴ مؤرخ ۱/۳/۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورایعالی ستره محکمه ریاست تفتیش قضایی در مورد ذیل استهدا به عمل آورده اند:

در مورد رسیدگی دعوی ترکه و تقسیم در ماده ۹۲ قانون اصول محاکمات مدنی طوری که وضاحت دارد چنین حکم شده: رسیده گی دعوی تقسیم یا ترکه از صلاحیت محکمه شهری ناحیوی ولسوالی و علاقه داری می باشد که عین مورد تقسیم یا ترکه در حوزه آن قرار دارد. در صورت موجودیت عین در حوزه های مختلف قضایی صلاحیت رسیده گی از محکمه ای می باشد که قسمت اعظم عین در آن واقع باشد.»

در زمینه قابل یاد آوری است به ملاحظه فقره اخیر ماده متذکره از قسمت اعظم عین نام برده شده است. بعضاً جمله اعظم عین را از نگاه کمیت و بعضاً از نگاه کیفیت تعبیر می نمایند. به طور مثال، هرگاه از متوفی پانزده جریب زمین در اطراف شهر کابل موجود باشد قیمت پانزده جریب متذکره بیست لک افغانی باشد یک باب سرای و ده باب دکان در مرکز شهر کابل به مساحت تخمین یک جریب متروکه مانده باشد که قیمت سرای و دکا کین متذکره ده چند قیمت املاک متذکره باشد در این صورت آیا دارایی املاکی اطراف عین شمرده می شود یا دارایی مرکز کابل که قیمت آن ده چند دارایی اطراف می باشد. موضوع احتراماً پیشنهاد شد تا ما را در روشنی قرار دهند.

نظر ریاست تدقیق و مطالعات در زمینه چنین ابراز گردیده است:

«طوری که استهدائیه مذکور تحت غور ما هیأت تدقیق قرار داده شد چنین ابراز نظر می شود که ارزش واقعی هر شی از حیث معنویت و کیفیت آن مورد اولویت قرار داده می شود نه از حیث کمیت بناءً عین مورد تقسیم یا ترکه قیمت گذاری شود. اگر بطور مثال قیمت دوکان یا سرای از قیمت زمین زیاده باشد همان محکمه می باشد که دوکان یا سرای مربوط، محکمه باصلاحیت در مورد در حوزه کاری قضایی آن قرار دارد.»

حینی که استهدائیه و نظر تدقیقی طی پیشنهادی به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه تقدیم شد طی تصویب شماره ۱۳۶ مؤرخ ۲۷/۲/۱۳۸۶ تجویز ذیل اتخاذ گردید:

«بدر نظر داشت ماده ۹۲ قانون اصول محاکمات مدنی در حالی که دعوی تقسیم یا ترکه مطرح بوده و عین مورد تقسیم یا ترکه در حوزه های مختلف قضایی قرار داشته باشد صلاحیت رسیده گی از محکمه ای می

باشد که قسمت اعم عین در آن واقع باشد. نظر ریاست تدقیق و مطالعات در قبال استهداء ریاست تفتیش: «ارزش واقعی هر شی از حیث معنویت و کیفیت آن مورد اولویت قرار داده می شود نه از حیث کمیت بناءً عین مورد تقسیم یا ترکه قیمت گزاری شود. اگر بطور مثال قیمت دوکان یا سرای از قیمت زمین زیاده باشد همان محکمه می باشد که دوکان یا سرای مربوط، محکمه باصلاحیت در مورد در حوزه کاری قضایی آن قرار دارد» عیناً تأیید گردید. همچنین در حین اجرای وثیقه ترکه خط بین ورثه و نیز اجرای وثیقه تقسیم خط بین شرکا در حالیکه عین مورد تقسیم یا ترکه واقع باشد به هر محکمه یا اداره ثبت اسنادی که ورثه یا شرکا اتفاق دارند وثیقه ترکه خط و یا تقسیم خط اجرا گردد و اگر ورثه یا شرکا در مورد تعیین محکمه یا اداره ثبت اسناد اتفاق نداشته باشند وثایق مذکور را محکمه یا اداره ثبت اسنادی که قسمت بیش قیمت عقار متروکه و یا عقار مورد تقسیم در حوزه قضایی آن قرار دارد اجرا نمایند.<sup>۱۵۸</sup>

### ماده ۹۳: عدم جواز انتقال دعوی بعد از دایر شدن در محکمه

«انتقال دعوی بعد از دایر شدن در يك محکمه و درج در فورمه خاص به محکمه دیگر جواز ندارد. در صورت تقاضای اجتناب از طرف قاضی یا رد وی از طرف مدعی علیه در همان محکمه هیأت قضایی دیگری تعیین و به دعوی رسیدگی می نماید.»

از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- انتقال دعوی بعد از دایر شدن در يك محکمه و درج در فورمه خاص به محکمه دیگر جواز ندارد. دایر در لغت به معنی در حالت فعالیت و دور زنده و چرخنده است.<sup>۱۵۹</sup> عبارت فورمه خاص مبهم است. معمولاً قانونگذار یا به دلیل عدم اطمینان یا باز گذاشتن دست تطبیق کنندگان اسم ادارات و اسناد را به طور مشخص در قانون ذکر نمی نمایند. ذکر فورمه خاص یکی از مصادیق این تکنیک ها و فنون قانونگذاری است. به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه ولسوالی سرای خواجه دعوی طلاق را علیه حمیده اقامه نماید و دعوی در محکمه دایر شود و در فورمه خاص درج گردد، انتقال این دعوی از محکمه ابتدائیه سرای خواجه به محکمه دیگر جواز ندارد.

۲- در صورت تقاضای اجتناب از طرف قاضی یا رد وی از طرف مدعی علیه در همان محکمه هیأت قضایی دیگری تعیین و به دعوی رسیدگی می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا قاضی محکمه ابتدائیه ولسوالی سرای خواجه از رسیدگی دعوی بعد از دایر شدن و ثبت آن در فورمه خاص اجتناب نماید یا حمیده رد قاضی را از محکمه ابتدائیه ولسوالی سرای خواجه مطالبه نماید و رد قاضی مورد تأیید محکمه قرار بگیرد، محکمه مکلف است قاضی دیگر را غرض رسیدگی به دعوی تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عدم جواز انتقال دعوی از یک محکمه به محکمه دیگر در صورت دایر شدن آن در محکمه است.

### ماده ۹۴: تغییر صلاحیت حوزه ای یا موضوعی محکمه

۱۵۸. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۳۴۶-۳۴۸.

«هرگاه صلاحیت حوزه وی یا موضوعی محکمه به انفاذ قانون جدید تغییر یابد رسیدگی قضیه از صلاحیت محکمه ای می باشد که دعوی در آن دایر است.»

تعریف صلاحیت و صلاحیت حوزه ای و موضوعی در فصل اول این کتاب گذشت. طبق نص این ماده هرگاه صلاحیت حوزه وی محکمه با انفاذ قانون جدید تغییر یابد رسیدگی قضیه از صلاحیت محکمه ای می باشد که دعوی در آن دایر است. معنی لغوی دایر در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر مطابق قانون در مرکز شهر یک محکمه ابتدائیه شهری وجود داشته باشد. اما، این قانون ملغی گردد و قانون جدید نافذ شود و مطابق قانون جدید محکمه ابتدائیه شهری به چهار حوزه تقسیم شود و احمد علیه محمود دعوی حق اختصاص در محکمه ابتدائیه شهری داشته باشد و این دعوی در محکمه دایر باشد، مطابق قانون جدید رسیدگی قضیه از محکمه است که دعوی در آن دایر است.

به حیث مثال، در این مثال، رسیدگی به دعوی حق اختصاص احمد علیه محمود از صلاحیت محکمه ابتدائیه شهری است. همچنین، طبق نص این ماده هرگاه صلاحیت موضوعی محکمه با انفاذ قانون جدید تغییر یابد رسیدگی قضیه از صلاحیت محکمه ای می باشد که دعوی در آن دایر است. به حیث مثال، اگر مطابق قانون دعوی حق تقدم احمد علیه محمود در محکمه مدنی دایر باشد و قانون تغییر نماید و مطابق قانون جدید این صلاحیت به محکمه دیگر داده شود، محکمه اولی مطابق قانون جدید صلاحیت رسیدگی به این دعوی را دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت محاکم در صورت تغییر صلاحیت حوزه وی یا موضوعی آنها است.

#### ماده ۹۵: رسیدگی به دعوی قضایای مدنی اتباع خارجی

«رسیدگی دعوی قضایای مدنی مربوط به اتباع خارجی مقیم در افغانستان از صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان است.»

طبق نص این ماده رسیدگی دعوی قضایای مدنی مربوط به اتباع خارجی مقیم در افغانستان از صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان است. تعریف رسیدگی، دعوی و قضیه مدنی در فصل اول این کتاب گذشت. اتباع جمع تبعه است. تبعه خارجی شخص حقیقی یا حکمی است که تابعیت دولت افغانستان را نداشته باشد. مقیم در لغت به معنی متوطن و ساکن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد مقیم شخصی است که در محلی اقامت دارد.<sup>۱۶۰</sup> قضایای مدنی اتباع خارجی معمولاً در حوزه و ساحه حقوق بین الملل خصوصی واقع می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد تبعه خارجی علیه حمیده تبعه افغانستانی دعوی نکاح، طلاق، تفریق، دین، شرکت مدنی، فسخ قرارداد و نظیر اینها داشته باشد، رسیدگی به این دعاوی در افغانستان از صلاحیت محاکم افغانستان است. همچنین، اگر احمد و محمود دو تبعه خارجی در خصوص ارث، مال منقول،

اهلیت و نظیر اینها علیه همدیگر در افغانستان دعوی داشته باشند، به دلیل دخالت عنصر خارجی در این گونه قضایا محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارند.<sup>۱۶۱</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت محاکم (مدنی و تجارتنی) افغانستان در خصوص رسیدگی به دعاوی اتباع خارجی در افغانستان است.

#### ماده ۹۶: اقامه دعوی تبعه افغانستانی علیه تبعه خارجی

هرگاه تبعه افغانی علیه تبعه خارجی بخواهد اقامه دعوی نماید، دو حالت متصور است: یا تبعه خارجی در افغانستان حضور ندارد که در این صورت تبعه افغانی باید در محاکم مملکتی که تبعه خارجی در آن اقامتگاه دارد، طبق قوانین آن مملکت اقامه دعوی نماید، و یا اینکه تبعه خارجی در افغانستان حضور دارد. در صورت دوم، ق. ا. م. م حاوی احکام معین است. طبق ق. ا. م. م محاکم افغانستان در رسیدگی به دعاوی مدنی که علیه اتباع خارجی که در افغانستان اقامتگاه دارند، ذیصلاح پنداشته می شوند. ماده ۹۶ ق. ا. م. م در این باره مقرر می دارد که:

«رسیدگی دعوی مربوط به تبعه خارجی که در افغانستان محل سکونت نداشته باشد در حالات آتی مربوط به محاکم جمهوری افغانستان می باشد:

- ۱- در صورتی که خارجی در جمهوری افغانستان از خود اقامتگاه اختیاری داشته باشد؛
- ۲- در صورتی که موضوع عقد یا محل تنفیذ آن در جمهوری افغانستان باشد؛
- ۳- در صورتی که دعوی مربوط به مطالبه ترکه در جمهوری افغانستان آغاز یافته باشد؛ و
- ۴- در صورتی که کل یا قسمتی از اموال متروکه در جمهوری افغانستان باشد.»

طبق نص این ماده تبعه افغانستانی می تواند علیه تبعه خارجی در پنج حالت ذیل در محاکم افغانستان با رعایت احکام مربوط به صلاحیت موضوعی و حوزوی محاکم اقامه دعوی نماید:

**حالت اول- در صورت داشتن محل سکونت:** اگر تبعه خارجی در افغانستان محل سکونت داشته باشد، تبعه افغانی با رعایت صلاحیت موضوعی محاکم، می تواند در محکمه محل سکونت علیه او اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد این حکم را می توان از ماده ۹۱ استخراج کرد. زیرا، مفهوم مخالف ماده ۹۱ این است که علاوه بر چهار حالت، در صورتی که تبعه خارجی در افغانستان محل سکونت داشته باشد، تبعه افغانی می تواند در محکمه محل سکونت او علیه او اقامه دعوی نماید. عبارت «محل سکونت» در ماده ۹۱ ق. ا. م. م به صورت مطلق ذکر شده است. اما، با توجه به بند اول ماده ۹۱ ق. ا. م. م که به تبعه افغانستان صلاحیت می دهد که علیه خارجی ای که اقامتگاه اختیاری در افغانستان دارد اقامه دعوی نماید و با توجه به این که عبارت «محل سکونت» یا «محل اقامت» در مواد ۹۷، ۹۹، ۸۲، ۸۳ و ۸۴ ق. ا. م. م مترادف با اقامتگاه اجباری است، از نص ماده ۹۱ ق. ا. م. م نیز مفهوم اقامتگاه اجباری استنباط می گردد.

۱۶۱. جهت مطالعه مفصل در خصوص حقوق و تکالیف اتباع خارجی و دعاوی اتباع خارجی در افغانستان نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۹). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی افغانستان، فصل حقوق و تکالیف اتباع خارجی، چاپ یازدهم، کابل: انتشارات سعید.



**حالت دوم- در صورت داشتن اقامتگاه اختیاری:** اگر تبعه خارجی در افغانستان اقامتگاه اختیاری داشته باشد، تبعه افغانی می تواند با رعایت صلاحیت موضوعی محاکم و با توجه به موضوع دعوی علیه تبعه خارجی در محکمه محل اقامت او اقامه دعوی نماید. تعریف اقامتگاه اختیاری گذشت. به حیث مثال، اگر جان تبعه امریکا در افغانستان اقامت گزیند، این اقامتگاه اقامتگاه اختیاری او است. اگر جمشید تبعه افغانستان علیه جان دعوی فسخ قرارداد داشته باشد، می تواند دعوی خویش را در محکمه محل اقامت جان اقامه نماید.

**حالت سوم- در صورتی که موضوع عقد یا محل تنفیذ آن افغانستان باشد:** موضوع عقد عبارت از مقصد اصلی انعقاد عقد است و محل همان معقود علیه است و آن عبارت از هر آن چیزی است که عقد به خاطر آن منعقد می گردد.<sup>۱۶۲</sup> به عنوان مثال، در اجاره خانه محل عقد خانه و موضوع عقد انتفاع از منفعت خانه است، یا در عقد بیع، مبیعه محل عقد و انتقال ملکیت مبیعه از بایع به مشتری موضوع عقد است و یا در عقد هبه، موهوبه محل عقد و انتقال ملکیت موهوبه از واهب به موهوب له موضوع عقد است.<sup>۱۶۳</sup>

هرگاه عقدی میان تبعه خارجی و افغان منعقد شده باشد و موضوع آن در افغانستان وجود داشته باشد، تبعه افغانی می تواند علیه تبعه خارجی در محاکم افغانستان اقامه دعوی نماید، مانند اینکه: عقد خرید و فروش (بیع) باشد و موضوع آن موتر و امثال آن باشد، و موتر در افغانستان وجود داشته باشد. همچنین، در صورتی که محل تنفیذ عقد افغانستان باشد، تبعه افغانی می تواند علیه تبعه خارجی در محاکم افغانستان اقامه دعوی نماید، مانند: انتقال ملکیت مبیع (موتر) از بایع خارجی به تبعه افغانی، یا تنفیذ هبه (انتقال ملکیت موهوبه از واهب خارجی به موهوب له افغانی) و امثال اینها.

به حیث مثال، اگر زید تبعه امارات متحده عربی به احمد تبعه افغانستان صد عراده موتر به فروش رساند و موترها در افغانستان موجود باشند و زید موترها را در افغانستان تسلیم احمد نماید و احمد بخواهد علیه زید اقامه دعوی نماید، محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به این دعوی را دارد. زیرا، موضوع عقد که موترها است در افغانستان است. همچنین، محل تنفیذ عقد که عبارت است از تسلیم موترها توسط زید به احمد و تسلیم پول توسط احمد به زید در این مثال افغانستان است.

**حالت چهارم- در صورتی که دعوی مربوط به مطالبه ترکه در افغانستان آغاز شده باشد:** تعریف ترکه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد تبعه مصر با حمیده تبعه ایران در افغانستان ازدواج نمایند و سپس احمد وفات نماید و از خود مال و دارایی به جای گذارد و احمد و حمیده دارای یک پسر به نام محمود باشند، در صورتی که حمیده بخواهد از محکمه مطالبه تقسیم ترکه را نماید، محاکم افغانستان در تقسیم ترکه ذیصلاح شناخته می شود.

**حالت پنجم- در صورتی که کل یا قسمتی از اموال متروکه در افغانستان باشد:** در صورتی که کل یا قسمتی از متروکه در افغانستان باشد، نیز محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به قضیه را که دارای

۱۶۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۳.

۱۶۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۳.

عنصر خارجی است، دارد (ماده ۹۱ بند ۴). به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد و حمیده بعد از ازدواج به مصر یا ایران بروند اما احمد از خود متروکه در افغانستان به جا گذاشته باشد، محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به قضیه تقسیم ترکه را دارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده احصای حالاتی که است به موجب آنها محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به دعاوی را که مدعی علیه تبعه خارجی است دارد.

### ماده ۹۷: محکمه ذیصلاح در دعاوی تفریق براساس غیابت و مفقودیت

«رسیدگی دعوی تفریق به سبب غیابت یا مفقودی زوج از صلاحیت محکمه محل سکونت مدعی می باشد.»

تعریف دعوی در فصل اول گذشت. طبق نص این ماده در دعوی تفریق به سبب غیابت و یا مفقودی زوج محکمه ذیصلاح، محکمه محل سکونت مدعی است. تفریق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.<sup>۱۶۴</sup> چون این جدایی میان زن و مرد توسط قاضی گاه در اثر مطالبه زن، مانند: عدم انفاق شوهر، وجود عیب جنسی در شوهر، حبس و غیبت شوهر صورت می پذیرد آن را تفریق قضایی می گویند. در اصطلاح حقوق مدنی به نظر می رسد تفریق قضایی عبارت است از طلاق زوجه توسط قاضی در اثر تقاضای زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، حبس، غیابت، ضرر، ارتداد یکی از زوجین، ایلاء، ظهار و لعان. تعریف مفقود گذشت. به حیث مثال، اگر احمد از محل اقامت خویش مفقود گردد و زوجه او مطالبه تفریق قضایی به دلیل مفقود بودن او نماید، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت زوجه احمد.

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد به جمهوری اسلامی ایران برود و غایب گردد، حمیده می تواند در محکمه ذیصلاح مراجعه و مطالبه تفریق قضایی نماید. در هر دو مثال، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت حمیده است. به حیث مثال، اگر حمیده در ولسوالی پغمان زندگی نماید، می تواند به محکمه ابتدائیه مدنی، دیوان احوال شخصیه ولسوالی پغمان مراجعه نماید. به نظر می رسد هدف ق. ا. م. م در نص ماده ۹۷ ق. ا. م. م پیش بینی صلاحیت محکمه در دعاوی تفریق براساس غیابت و مفقودیت شوهر است.

طبق ق. م. م فرق غایب با مفقود این است که مدت غیابت سه سال و از مفقودیت چهار سال. در خصوص مفقود محکمه ذیصلاح باید حکم موت فرضی را صادر نماید، اما برای این که محکمه ذیصلاح زوجه غایب را به نمایندگی از غایب طلاق بدهد باید برای غایب وکیل مسخر تعیین نماید. وکیل مسخر معمولاً یکی از خارنوالان مدنی از لوی خارنوالی در اثر مطالبه محکمه تعیین می شود. اقامتگاه غایب معلوم است اما از اقامتگاه و خود مفقود خبری در دسترس نیست.

### ماده ۹۸: محکمه ذیصلاح در دعوی تفریق به سبب حبس

«رسیدگی دعوی تفریق به سبب حبس علیه زوج محبوس مطابق احکام قانون از صلاحیت محکمه محل حبس زوج می باشد.».

حبس در لغت به معنی بازداشتن، زندانی کردن، زندان، بازداشت، ضبط و نگهداری است.<sup>۱۶۵</sup> در اصطلاح حقوق جزا، ماده ۱۳۹ کد جزا در تعریف حبس می گوید: «حبس عبارت است از زندانی ساختن محکوم علیه به حکم قطعی یا نهایی محکمه در یکی از محابس که از طرف دولت به این منظور اختصاص یافته است.» طبق نص این ماده در دعوی تفریق براساس حبس زوج، محکمه ذیصلاح، محکمه محل حبس زوج است. مدعی در این دعوی زوجه است که می تواند در محکمه ای که محل حبس زوج در حوزه قضایی آن موقعیت دارد علیه شوهر مبنی بر تفریق قضایی بعد از سپری شدن ۵ سال اقامه دعوی نماید. به حیث مثال، اگر احمد زوج حمیده مرتکب قتل و محکوم به ده سال حبس در اثر حکم قطعی محکمه شود، حمیده می تواند بعد از سپری شدن پنج سال از محکمه محل اقامت خویش مطالبه تفریق نماید. به نظر می رسد هدف ق. ا. م. در نص ماده ۹۸ ق. ا. م. پیش بینی صلاحیت محکمه در دعاوی تفریق براساس محبوس بودن شوهر است.

#### ماده ۹۹: محکمه ذیصلاح در دعوی تفریق براساس ضرر

«اقامه دعوی به سبب ضرر علیه زوجی که در افغانستان محل سکونت و یا اقامت داشته مدعی علیه بعد از تحقق اسباب ضرر، زوجه خود را ترک و به خارج فرار نموده باشد در محکمه محل سکونت زوجه صورت می گیرد.».

طبق نص این ماده اقامه دعوی به سبب ضرر علیه زوجی که محل اقامت و یا سکونت در افغانستان داشته است و بعد از تحقق اسباب ضرر از افغانستان به خارج از افغانستان فرار نموده باشد، در محکمه محل سکونت زوجه صورت می گیرد. به نظر می رسد اقامتگاه و محل سکونت در نص این ماده مترادف استعمال شده اند. برخی نویسندگان در خصوص تفاوت محل سکونت و اقامتگاه می نویسند: میان اقامتگاه و محل سکونت دو تفاوت وجود دارد. محل سکونت عبارت از محلی است که شخص در آن زندگی می نماید. یک شخص می تواند چندین محل سکونت داشته باشد. به حیث مثال، خانه در شهر، خانه در ساحل، واحد مسکونی (آپارتمان) در مملکت دیگر. اما، اقامتگاه عبارت از محلی است که: (۱) یک شخص از نظر فیزیکی در آن حضور دارد؛ و (۲) شخص قصد دارد آن محل را خانه دائمی خود بسازد.<sup>۱۶۶</sup> طبق نص این ماده، زوجه می تواند علیه شوهر خویش در محکمه محل سکونت خویش اقامه دعوی نموده و مطالبه تفریق قضایی براساس ضرر نماید. به حیث مثال، اگر حمیده و احمد زن و شوهر باشند و هر دو در ولسوالی سرای خواجه زندگی نمایند و احمد حمیده را لت و کوب و سپس از افغانستان فرار نماید و حمیده بخواهد به دلیل ضرر جسمی از احمد تفریق قضایی بگیرد، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت زوجه یعنی محکمه ابتدائیه ولسوالی سرای خواجه است. به نظر می رسد

165. <https://www.vajehyab.com> (2016 /8 /26 (آخرین بازدید

166 . William P. Statsky (\_\_\_\_). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 256.

هدف ق. ا. م. م در نص ماده ۹۹ ق. ا. م. م پیش بینی صلاحیت محکمه در دعوی تفریق براساس ضرر است.

**ماده ۱۰۰: محکمه ذیصلاح در دعوی علیه شخصی که افغانستان را بدون مجوز قانونی ترک نموده است**

«محکمه با صلاحیت برای اقامه دعوی علیه شخصی که بدون مجوز قانونی افغانستان را ترک نموده باشد در حالات آتی محکمه محل سکونت مدعی می باشد: ۱- دعوی نفقه زوجه، اصول و فروع؛ ۲- دعوی ثبوت نسب؛ ۳- دعوی سلب ولایت؛ و ۴- دعوی سلب وصایت و قیمومیت.»

طبق نص این ماده در حالات ذیل محکمه ذیصلاح برای اقامه دعوی علیه شخصی که افغانستان را بدون مجوز قانونی ترک نموده باشد از صلاحیت محکمه محل سکونت مدعی است.

**۱) دعوی نفقه زوجه:** نفقه از ریشه نفق گرفته شده است که در لغت به معنی بیرون کردن به نیکویی و هر آن چیزی است که شخص هزینه زندگی افراد تحت تکفل خود می کند. همچنین، نفقه به معنی هزینه و مصرف نیز است.<sup>۱۶۷</sup> و در اصطلاح به صورت عموم نفقه عبارت از تهیه خوراک، البسه و مسکن برای کسی که نفقه او بر منفق واجب است، می باشد. ولی، به صورت اخص، نفقه زن هر آن چیزی است که به محض انعقاد عقد ازدواج به نفع زن بر عهده مرد قرار می گیرد که شامل خوراک، پوشاک، مسکن و مصارف تداوی می گردد. تعریف زوجه گذشت.

در صورتی که شوهر نفقه زوجه خویش را تأمین ننماید و از افغانستان بدون مجوز قانونی فرار نماید، زوجه می تواند در محکمه محل سکونت خودش علیه شوهر اقامه دعوی نماید و یا از شوهر مطالب تأمین نفقه شود و یا تفریق براساس عدم انفاق نماید. عبارت «بدون مجوز قانونی» در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد، زیرا مفهوم مخالف نص این ماده این است که هرگاه شوهر با مجوز قانونی افغانستان را ترک نماید، زوجه نمی تواند علیه او اقامه دعوی مبنی بر پرداخت نفقه و یا تفریق براساس عدم انفاق نماید در حالی که به نظر می رسد در هر دو صورت زوجه چنین حقی دارد.

**۲) دعوی نفقه اصول:** تعریف اصول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد نفقه پدر یا مادر خویش را تأمین ننماید و افغانستان را بدون مجوز قانونی ترک نماید و پدر و مادر احمد بخواهند علیه احمد دعوی نفقه نمایند، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت پدر و مادر احمد است.

**۳) دعوی نفقه فروع:** تعریف فروع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد نفقه دختر یا پسر خویش را تأمین ننماید و افغانستان را بدون مجوز قانونی ترک نماید و دختر و پسر احمد بخواهند علیه احمد دعوی نفقه نمایند، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت پسر و دختر احمد است. دختر و پسر احمد در صورتی مستحق نفقه شناخته می شوند که صغیر، فقیر و مریض باشند. در صورت صغیر بودن، بدیهی است که

۱۶۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۴۸؛ عبدالرحمن الجزایری

(\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۲۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری

(۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۰۸.

دختر و پسر احمد اهلیت مدعی قرار گرفتن را ندارند و نایب آنها اعم از ولی غیر از پدر و وصی باید دعوی را به نیابت از احمد اقامه نمایند.

**۴) دعوی ثبوت نسب:** ثبوت نسب یکی از حق های اولاد بر والدین است. در صورتی که والدین نسب طفل را نفی نمایند، طفل حق دارد علیه والدین اقامه دعوی برای اثبات نسب خویش نماید. به حیث مثال، اگر محمود طفل احمد و حمیده باشد، اما احمد نسب محمود را نفی نماید، به عنوان مثال، بگوید محمود اصلاً طفل من نیست و افغانستان را بدون مجوز قانونی ترک نماید و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت محمود است. در صورتی که محمود صغیر و ناقص اهلیت باشد، نایب محمود اعم از ولی غیر از پدر و وصی باید به نیابت از احمد دعوی را اقامه نمایند.

**۵) دعوی سلب ولایت:** تعریف دعوی و ولایت گذشت. سلب در لغت به معنی ربودن، نفی و گرفتن است.<sup>۱۶۸</sup> طبق نص این ماده در دعوی سلب ولایت محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت مدعی است. سلب ولایت خالی از دو حالت نیست:

نخست این که قاضی به دلیل سوء تصرف ولایت ولی را سلب نماید. به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود باشد و احمد در اموال محمود سوء تصرف نماید، به حیث مثال، بدون احتیاط با موتر محمود رانندگی و به موتر ضرر وارد نماید، قاضی می تواند ولایت احمد را سلب نماید. در این صورت، مدعی ولی و مدعی علیه قاضی یا محکمه است. اقامه این دعوی در صورت تقصیر قاضی و مسؤولیت مدنی دولت مطرح است که به بحث آن در این مختصر نمی گنجد.

دوم این که شخص سوم ولایت ولی را سلب نماید و ولی علیه شخص سوم، به حیث مثال، جمشید اقامه دعوی نماید. در این صورت، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت ولی است. فرض دوم توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، طبق ق. م سلب ولایت ولی از صلاحیت محکمه است.

**۶) دعوی سلب وصایت:** تعریف دعوی، وصایت و سلب گذشت. در دعوی سلب وصایت محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت مدعی است. به حیث مثال، اگر احمد صغیر باشد و ولی نداشته باشد و ولی او یا قاضی جمشید را غرض اداره امور مالی احمد تعیین نموده باشند و سلب وصایت جمشید، جمشید وصی احمد است.

در صورت سوء تصرف جمشید و وارد شدن ضرر بر اموال احمد، جمشید می تواند دعوی سلب وصایت را در محکمه محل اقامت خویش اقامه نماید. دو فرضی که در خصوص سلب ولایت مطرح است در خصوص سلب وصایت نیز می تواند مطرح گردد که به بحث آن در بالا گذشت.

**۷) دعوی سلب قیمومیت:** تعریف دعوی، قیمومیت و سلب گذشت. در دعوی سلب قیمومیت محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت مدعی است. به حیث مثال، اگر احمد مجنون باشد و ولی و وصی نداشته باشد و قاضی جمشید را غرض اداره امور مالی احمد تعیین نماید، جمشید قیم احمد است. در صورت سوء تصرف جمشید و وارد شدن ضرر بر اموال احمد و سلب قیمومیت جمشید،

جمشید می تواند دعوی سلب وصایت را در محکمه محل اقامت خویش اقامه نماید. دو فرضی که در خصوص سلب ولایت و وصایت مطرح است در خصوص سلب قیمومیت نیز می تواند مطرح گردد که بحث آن در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی محکمه ذیصلاح در دعوی علیه شخصی که افغانستان را بدون مجوز قانونی ترک نموده است، می باشد.







## فصل ششم: اجراءات مربوط به قضایای خانواده

قانونگذار ا. م. م در فصل ششم قضایای را که مربوط خانواده می شود، پیش بینی نموده است.

### ماده ۱۰۱: قضایای مربوط به خانواده

(موضوعات ذیل شامل قضایای خانواده است:

- ۱- ازدواج و حقوق ناشی از آن.
- ۲- حقوق ناشی از معاشرت زوجیت.
- ۳- منازعات مالی ناشی از رابطه زوجیت.
- ۴- دعوی مربوط به نسب.
- ۵- مسایل مربوط به حضانت و نفقه طفل.
- ۶- انحلال ازدواج به هر علتی که باشد.
- ۷- مسایل مربوط به زوج غایب و مفقود.
- ۸- سایر موضوعاتی که مطابق احکام قانون از قضایای خانوادگی تشخیص گردد.

تعریف قضیه در فصل اول این کتاب گذشت. خانواده بر اقاربی گفته می شود که این اقارب دارای یک اصل مشترک باشند. به حیث مثال، اگر احمد، محمود، حمیده و جمیله با هم برادر و خواهر باشند و همه متولد از قیوم و ذاکره باشند، احمد، محمود، حمیده، جمیله و قیوم و ذاکره همه اقارب یا خویشاوند نسبی (خونی) اند. احمد، محمود، حمیده و جمیله دارای اصل مشترک اند. اصل مشترک آنها قیوم و ذاکره است. اما، در مفهوم محدود و عرفی فامیل یا خانواده بر زن و شوهر اطلاق می گردد. طبق این تعریف به محض این که یک پسر با یک دختر ازدواج نماید، فامیل تشکیل می شود.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، به محض ازدواج فامیل کوچک احمد و حمیده ایجاد می شود. طبق نص ماده ۱۰۱ ق. ا. م. م موضوعات ذیل شامل قضایای فامیلی می شود:

۱) ازدواج و حقوق ناشی از آن و حقوق ناشی از آن: ازدواج در لغت به معنی نکاح، نزدیکی، ضم، جمع،<sup>۱۶۹</sup> پیوند، پیوستن،<sup>۱۷۰</sup> وطی،<sup>۱۷۱</sup> عقد<sup>۱۷۲</sup> و ازدواج نیز به کار رفته است.<sup>۱۷۳</sup> فقهای حنفیه بر این باور

۱۶۹. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۹.

۱۷۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۸۰.

۱۷۱. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۹)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۶۵۱۳.

۱۷۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۰؛ و عبدالحمید

محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۹.

اند که نکاح عبارت از عقدی است که افادهٔ ملک متعه می‌کند؛ یعنی: موجب می‌شود که زن و شوهر بتوانند از همدیگر استمتاع جنسی بگیرند.<sup>۱۷۴</sup> حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. حق های ناشی از ازدواج مهر، نفقه، تمتع جنسی، ارث و نظیر اینها است که برخی متوجه زوج و برخی متوجه زوجه می‌شود.

**۲) حقوق ناشی از معاشرت زوجیت:** حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. معاشرت از ریشهٔ «عشر» گرفته شده است که در لغت به معنی با همدیگر زندگی کردن، با یکدیگر دوستی و آمیزش داشتن است.<sup>۱۷۵</sup> همچنین، معاشرت در لغت به معنی اختلاط و آمیزش، الفت، مصاحبت و همدمی است.<sup>۱۷۶</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می‌رسد معاشرت عبارت از زندگانی و آمیزش زن و شوهر با همدیگر است. زوجیت در لغت به معنی زناشویی و زناشوهری است. با توجه به معنی لغوی معاشرت و زوجیت به نظر می‌رسد مصداق های حق های ناشی از معاشرت مهر، نفقه، ارث، تمتع جنسی و نظیر اینها است. با پذیرش این نظر، فقره های اول و دوم نص مادهٔ ۱۰۱ ق. ا. م. م شبیه همدیگر اند.

**۳) منازعات مالی ناشی از رابطه زوجیت:** منازعات جمع منازعه است. منازعه از ریشهٔ «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است که جمع آن منازعات است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.<sup>۱۷۷</sup> منازعات مالی منازعاتی اند که موضوع آنها مال است. به حیث مثال، اگر حمیده دعوی پرداخت مهر را علیه شوهر خویش اقامه نماید، دعوی حمیده منازعه مالی ناشی از رابطهٔ زناشوهری میان او و احمد است.

**۴) دعوی مربوط به نسب:** نسب مصدر است و در لغت به معنی انتساب، قرابت و خویشاوندی، نژاد، اصل، خاندان، سلسله، رگ و ریشه و پیوند است که جمع آن انساب است. نسب امری است که به واسطهٔ انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطهٔ طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی مادر و دیگری پدر می‌باشد، موجود می‌گردد. روی همین دلیل فقهاء در تعریف نسب می‌گویند: نسب عبارت از رابطه ای است خونی میان فرزند و نیاکانش که او را در زمرهٔ خاندان آنها قرار می‌دهد. حقوقدانان نسب را عبارت از رابطه ای خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری و یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند می‌دانند.<sup>۱۷۸</sup> به حیث مثال، اگر محمود طفل احمد و حمیده باشد، اما

۱۷۳. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (\_\_\_\_): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۳۰۹۷.

۱۷۴. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۹.

۱۷۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۰۰.

176. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 8/31/ 2016).

۱۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.

۱۷۸. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشتون الاسلامیة، ص ۲۳۱؛ سید حسن امامی

(۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۵)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۱۶۰ و ۱۶۱؛ محمد جواد مغنیه

(۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سربابی، تهران:

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل ششم: اجراءات مربوط به قضایای خانواده ۱۰۹

احمد نسب محمود را نفی نماید، به عنوان مثال، بگوید محمود اصلاً طفل من نیست و محمود بخواد علیه احمد اقامه دعوی نماید، این دعوی قضیه خانوادگی است.

(۵) مسایل مربوط به حضانت و نفقه طفل: حضانت در لغت به معنی به در آغوش گرفتن، به آغوش چسپاندن، در کنار گرفتن، پروردن کودک و دایگی کردن، حفظ و نگهداری و پرورش کودک است.<sup>۱۷۹</sup> حضانت عبارت است از تربیت و حفظ کسی است که به سبب عدم تمیز در امور خود مستقل نیست، مانند: طفل و مجنون کبیر.<sup>۱۸۰</sup> تعریف نفقه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و طفلی به نام محمود داشته باشند و احمد حمیده را طلاق بدهد و در خصوص نفقه و حضانت طفل میان احمد و حمیده منازعه ایجاد شود، این منازعه مربوط به قضایای خانواده یا فامیل می شود.

(۶) انحلال ازدواج به هر علتی که باشد: انحلال از ریشه «حل» گرفته شده است که در لغت به معنی گشوده شدن، گشاده گردیدن، حل شدن، باز شدن، نابود شدن، از بین رفتن، تعطیل شدن و متلاشی شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به از اثر انداختن یک عمل حقوقی درست به اراده کسی که چنین حقی دارد، انحلال گویند.<sup>۱۸۱</sup> عقد ازدواج ممکن است از طریق فسخ، طلاق، خلع و تفریق قضایی منحل گردد. به حیث مثال، اگر عقد ازدواج حمیده با احمد به دلیل فسخ، طلاق، خلع، تفریق قضایی، فسخ و فوت منحل گردد، این انحلال مربوط به حقوق فامیل و قضایای خانواده است.

(۷) مسایل مربوط به زوج غایب و مفقود: تعریف غایب و مفقود و فرق غایب با مفقود در فصل صلاحیت محاکم گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد غایب یا مفقود گردد و حمیده به دلیل غیابت و مفقودیت احمد در محکمه ابتدائیه مدنی محل اقامت خویش اقامه دعوی نماید، این دعوی مربوط به قضایای خانواده است.

(۸) سایر موضوعاتی که مطابق احکام قانون از قضایای خانوادگی تشخیص گردد: نص ماده ۱۰۱ ق. ا. م. م احصایی است نه حصری زیرا، قانونگذار ا. م. م. برخی مصادیق قضایای را که مربوط به فامیل می شود احصاء کرده است و باب قیاس سایر مصادیق را با این مصادیق باز گذاشته است. زیرا، قانونگذار ا. م. م. در اخیر نص ماده ۱۰۱ ق. ا. م. م. از سایر موضوعات مطابق قانون سخن می گوید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص ماده ۱۰۱ ق. ا. م. م. پیش بینی قضایای که مربوط به حقوق فامیل می شود است.

## ماده ۱۰۲: صدور قرار در خصوص انصراف از دعوی نامزدی

انتشارات ققنوس، ص ۹۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۴۶.

۱۷۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۵۳-۴۵۵؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۲۹۵؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۲۸؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۹۹.

۱۸۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۲۹۵ و ۷۲۹۶.

۱۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۷۳ و ۴۷۴.

(۱- انصراف از دعوی نامزدی در صورت احاله به محکمه به داخل قرار قضائی رسیدگی می‌گردد؛ و ۲- قرار محکمه در مورد انصراف از دعوی نامزدی قطعی بوده قابل رسیدگی محکمه فوقانی نمی‌باشد.)

از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

۱) انصراف از دعوی نامزدی در صورت احاله به محکمه به داخل قرار قضائی رسیدگی می‌گردد. تعریف دعوی و قرار در فصل اول گذشت. انصراف در لغت به معنی صرف نظر کردن است. نامزدی اسم منسوب به نامزد است. نامزد در لغت به معنی کاندید، کانیدها، پسر و دختری که برای ازدواج قرار گذاشته باشند است.<sup>۱۸۲</sup> طبق ماده ۶۴ ق.م: «نامزدی وعده به ازدواج است [...]». احاله در لغت به معنی حواله دادن و واگذاشتن کار یا امری به عهده شخص دیگری، ارجاع و انتقال است.<sup>۱۸۳</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده نامزد گردد و سپس حمیده دعوی انصراف از نامزدی را در محکمه ذیصلاح اقامه نماید، محکمه ذیصلاح مکلف است در خصوص این انصراف قرار قضائی صادر نماید.

۲) قرار محکمه در مورد انصراف از دعوی نامزدی قطعی بوده قابل رسیدگی محکمه فوقانی نمی‌باشد. تعریف فوقانی گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محکمه ابتدائیه در خصوص انصراف از نامزدی حمیده قرار صادر نماید، این قرار قطعی است و احمد نمی‌تواند علیه آن استیناف خواهی نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا.م.م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه در خصوص انصراف از دعوی نامزدی است.

#### ماده ۱۰۳: استرداد هدایا

«استرداد هدایا مطابق به احکام قانون صرف از نامزد مطالبه شده می‌تواند.»

طبق نص این ماده استرداد هدایا مطابق به احکام قانون صرف از نامزد مطالبه شده می‌تواند. استرداد به معنی بازگرداندن، بازدهی و بازپس گرداندن است.<sup>۱۸۴</sup> هدایا جمع هدیه است. هدیه از ریشه «هدی» گرفته شده است که در لغت به معنی تحفه است و در اصطلاح ماده ۸۳۴ مجله الاحکام در تعریف هدیه می‌گوید: «هدیه عبارت از مالی است که برای تکریم و احترام شخص به او اعطاء یا ارسال می‌گردد.» به حیث مثال، اگر احمد با حمیده نامزد گردد و سپس نامزدی میان احمد و حمیده منحل گردد، با توجه به این که احمد به حمیده یا برعکس حمیده به احمد هدیه داده باشد، این هدیه یا هدایا صرف از احمد یا حمیده می‌تواند مطالبه گردد. به حیث مثال، اگر احمد به حمیده ساعت طلا به عنوان هدیه داده باشد و حمیده از نامزدی منصرف شود، احمد استرداد ساعت طلا را صرف از حمیده می‌تواند مطالبه نماید نه از پدر و سایر اقارب حمیده. زیرا، قانونگذار ا.م.م در نص این ماده از نامزد سخن می‌گوید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا.م.م در نص این ماده پیش بینی حکم استرداد هدیه است.

#### ماده ۱۰۴: تکمیل معلومات در خصوص عقد نکاح قبل از دروان دعوی نکاح

182. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

183. Ibid, (2016 /17 /1 (آخرین بازدید 1/17/2016).

۱۸۴. حمید رضا مخدوم (۱۳۸۷). نقش انترپول در استرداد مجرمین و راه‌های بهینه کردن آن، مجله کلاگه، دور دوم، شماره ۴۰، صص

«۱- محکمه قبل از دوران دعوی نکاح اطمینان خود را در مورد شهرت عقد حاصل می نماید؛ و ۲- معلومات در مورد شهرت عقد نکاح از حاضرین محفل عقد صورت می گیرد.»

طبق نص این ماده محکمه مکلف است قبل از دوران دعوی نکاح اطمینان خود را در مورد شهرت عقد حاصل نماید. عبارت در مورد شهرت عقد نازیبا به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار ا. م. این است که قاضی مکلف است قبل از دوران دعوی نکاح در خصوص عقد نکاح معلومات حاصل نماید. به این منظور، قاضی می تواند از حاضرین در مجلس عقد، به حیث مثال، شهود نکاح معلومات حاصل نماید.

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و حمیده دعوی مهر را علیه احمد اقامه نماید، قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است قبل از به دوران انداختن دعوی مهر، معلومات خویش را از شهود یا سایر اشخاصی که در محفل عقد نکاح حضور داشته اند تکمیل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۱۰۵: صدور قرار در خصوص رد یا دوران دعوی نکاح

«اجراءات و رسیدگی محکمه بعد از اخذ معلومات مبنی بر دوران دعوی نکاح یا رد دعوی به داخل قرار قضایی به عمل می آید و این قرار قطعی است.»

طبق نص این ماده اجراءات و رسیدگی محکمه بعد از اخذ معلومات مبنی بر دوران دعوی نکاح یا رد دعوی به داخل قرار قضایی به عمل می آید و این قرار قطعی است. تعریف قرار قضایی در فصل اول این کتاب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و حمیده دعوی مهر را علیه احمد اقامه نماید، قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است قبل از به دوران انداختن دعوی مهر، معلومات خویش را از شهود یا سایر اشخاصی که در محفل عقد نکاح حضور داشته اند تکمیل نماید. سپس در خصوص دوران دعوی یا رد دعوی قاضی باید قرار قضایی صادر نماید. این قرار قطعی و غیرقابل استیناف خواهی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۱۰۶: ایجاد اختلاف در خصوص اقامتگاه مدعی علیها و صلاحیت حوزه ای محکمه

«۱- هرگاه حین رسیدگی دعوی نکاح در مورد محل بود و باش مدعی علیه اختلافی رونما گردد، محکمه راجع به تعیین محل اقامت مدعی علیها با نظر داشت مصالح طرفین تجویز اتخاذ می نماید؛ ۲- در تجویز محکمه راجع به تعیین محل اقامت زن محل اقامت پدر، پدر کلان، برادر و بالترتیب محارم شرعی زن و موقعیت مؤسسات خیریه شامل می باشد؛ و ۳- محکمه می تواند با مطالعه مصالح طرفین در تعیین یکی از محلات متذکره تصمیم اتخاذ نماید.»

نص این ماده مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده هرگاه حین رسیدگی دعوی نکاح در مورد محل بود و باش مدعی علیه اختلافی رونما گردد، محکمه راجع به تعیین محل اقامت مدعی علیها با نظر

داشت مصالح طرفین تجویز اتخاذ می نماید. تجویز در لغت به معنی جایز دانستن، جایز شمردن، اجازه دادن و روا دانستن است.<sup>۱۸۵</sup>

قانونگذار ا. م. از یکطرف کلمه «مدعی علیه» را که برای مذکر استعمال می شود، به کار برده است و سپس کلمه «مدعی علیها» را که برای مؤنث به کار می رود. استعمال این کلمات باعث می شود که نتوان فهمید و استنباط کرد که مدعی در نص این ماده زوجه است یا زوج. اما، اگر به فقره ۲ نص این ماده نگاه کنیم این نتیجه به دست می آید که مدعی در نص این ماده شوهر و زوجه مدعی علیها است. زیرا، قانونگذار ا. م. م در نص فقره ۲ این ماده از «تعیین محل اقامت زن» سخن می گوید. محل اقامت در نص این ماده مترادف با اقامتگاه است و آن محلی است که شخص عادتاً در آن زندگی می نماید. بنابراین، اگر در وقت رسیدگی به دعوی در خصوص اقامتگاه زن اختلاف پیش آید، محکمه می تواند در تجویز راجع به تعیین محل اقامت زن محل اقامت پدر، پدر کلان، برادر و بالترتیب محارم شرعی زن و موقعیت مؤسسات خیریه را مدنظر بگیرد.

به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و با احمد در کابل زندگی نماید، اما اقامتگاه پدر حمیده در هرات و از برادر حمیده در کابل و از کاکای حمیده در بامیان باشد و بعد از ایجاد تنش میان احمد و حمیده، حمیده در خانه امن در هرات زندگی نماید و احمد علیه حمیده اقامه دعوی نکاح را نماید و در خصوص اقامتگاه حمیده که با درنظرداشت آن صلاحیت محکمه ذیصلاح تعیین می شود، محکمه می تواند با درنظرداشت اقامتگاه حمیده یا پدر، کاکا، برادر و یا محل خانه امن در خصوص صلاحیت حوزه ای خویش تصمیم بگیرد.

همچنین، در مثال فرضی بالا، محکمه می تواند با توجه به مصالح احمد و حمیده تصمیم اتخاذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۰۷: حل و فصل دعوی طبق اجندای عاجل

«هرگاه زن در یکی از محلات مندرج فقره (۲) ماده (۱۰۶) این قانون اقامت داشته باشد حل و فصل دعوی مربوط تابع اجندای عاجل است.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۱۰۶ ق. ا. م. م است. اجندای عاجل در ق. ا. م. م تعریف نشده است. طبق نص این ماده، حل و فصل دعوی در مثال فرضی بالا، تابع اجندای عاجل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۰۸: فسخ عقد نکاح

«اقامه دعوی فسخ نکاح منکوحه به علت عدم تکمیل اهلیت ازدواج در هنگام عقد بعد از تکمیل سن (۱۷) سالگی جواز ندارد.».

طبق نص این ماده اقامه دعوی فسخ نکاح منکوحه به علت عدم تکمیل اهلیت ازدواج در هنگام عقد بعد از تکمیل سن (۱۷) سالگی جواز ندارد. فسخ در لغت به معنی نقض، زایل کردن، از بین بردن و از هم جدا کردن است و در اصطلاح فقهی فسخ عبارت است از، از اثر انداختن يك عقد از بنیاد و کان لم یکن گردانیدن ارادی عقد.<sup>۱۸۶</sup> همچنین، فسخ نقض عقد است.<sup>۱۸۷</sup> منکوحه اسم مفعول از ریشه «نکح» گرفته شده است که در لغت به معنی نکاح شده و نکاح شونده است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی منکوحه زنی است که در قید نکاح دیگری می یابد. طبق ماده ۷۰ ق. م سن ازدواج برای دختر شانزده سال و برای پسر هجده سال است. سن اهلیت و اقامه دعوی برای دختر و پسر هجده سالگی است.

با توجه به آنچه گفته شد، اگر حمیده سن شانزده سالگی را تکمیل نماید و در سن هفده سالگی بخواهد نکاح خویش را به دلیل فقدان شرایط صحت ازدواج با شوهرش فسخ نماید، نمی تواند در محکمه فامیلی دعوی فسخ را به دلیل عدم تکمیل سن هجده سالگی اقامه نماید. زیرا، در این فرض ازدواج حمیده صحیح است اما دعوی او صحیح نیست. به نظر می رسد در چنین حالتی حمیده می تواند دعوی فسخ را از طریق ولی و به طور عام نایب خویش اقامه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ ازدواج توسط زنی که میان سن شانزده الی هجده قرار دارد است.

#### ماده ۱۰۹: استفاده از اهل خبره و مطلع در تثبیت اهلیت ازدواج

«تثبیت اهلیت ازدواج طبق احکام مندرج فصل دهم این باب صورت می گیرد.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام مندرج در فصل دهم است. احکام فصل دهم ق. ا. م. م مخصوص استفاده از اهل خبره و مطلع در قضایای مدنی است. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد ازدواج نموده باشد و در خصوص سن و اهلیت ازدواج حمیده سؤال مطرح گردد، قاضی می تواند از اهل خبره و افراد مطلع در تثبیت اهلیت حمیده استفاده نماید. تفصیل احکام مربوط به اهل خبره و مطلع در فصل دهم خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده جلوگیری از تکرار احکام مندرج در فصل دهم ق. ا. م. و ارجاع به این احکام است.

#### ماده ۱۱۰: تعیین حکمان عادل در دعوی تفریق به سبب ضرر

۱۸۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۴۹؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۳۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۶۱.

«هرگاه در دعوی تفریق به سبب ضرر، ضرر مورد ادعا موجه نباشد و نزد محکمه خوف شقاق و اختلاف بین زوجین متصور گردد محکمه دو نفر شخص عادل را یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجه جهت اصلاح آنها به حیث حکم تعیین می نماید.»

تعریف دعوی در فصل اول گذشت. تفریق به سبب ضرر، طلاق زوجه است توسط محکمه ذیصلاح به نمایندگی از زوج در اثر مطالبه زوجه به سبب ضرر وارد بر زوجه توسط زوج. مؤجه در لغت به معنی توجیه پذیر، پسندیده، معقول و پذیرفتنی است.<sup>۱۸۸</sup> شقاق در لغت به معنی اختلاف، شگاف و دشمنی است.<sup>۱۸۹</sup> حکم در لغت به معنی داور است.<sup>۱۹۰</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، در مفهوم محدود حکم شخصی است که برای حل مشکل و یا دعوی توسط قاضی تعیین می شود. عادل در لغت به معنی دادگر و دادگستر است. در اصطلاح حقوقی عادل شخصی است که رفتارش توأم با عدل و داد است.<sup>۱۹۱</sup> به حیث مثال، اگر حمیده به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید و ادعا نماید که شوهرش او را لت و کوب کرده است یا شوهرش او را به فحاشی دستور می دهد، اما نتواند ادعای خود را با اسناد، شاهدان و نظیر اینها ثابت نماید، اما اصرار بر تفریق نماید، محکمه دو شخص عادل را به عنوان حکم تعیین می نماید. به عنوان نمونه، قاضی می تواند احمد یکی از اقارب حمیده و محمود یکی از اقارب شوهر حمیده را به عنوان حکمان تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر عدم اثبات ادعا توسط زوجه و اصرار زوجه مبنی بر تفریق و صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۱۱۱: عدم جواز تعیین حکمان بیشتر از دو بار در دعوی تفریق به سبب ضرر

«در دعوی تفریق به سبب ضرر، حکم بیش از دو مرتبه تعیین شده نمی تواند.»

طبق نص این ماده در دعوی تفریق به سبب ضرر، حکم بیش از دو مرتبه تعیین شده نمی تواند. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، در نظریات اشخاصی که به حیث حکم تعیین شده اند، اختلاف موجود گردد، از طرف محکمه مکلف به تجدید نظر می گردند. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر مطالبه تفریق نماید، اما نتواند با ارایه وسایل اثبات ضرر را ثابت نماید و اصرار بر تفریق نماید و محکمه جمشید و ویس را به عنوان حکم تعیین نماید، جمشید و ویس مکلف اند علل اختلاف میان احمد و حمیده را پیدا نمایند. در صورتی که در نظریات ویس و جمشید اختلاف پیدا شود، به حیث مثال، ویس بگوید حمیده علت اصلی اختلاف است و جمشید بگوید احمد علت اصلی اختلاف است، قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است جمشید و ویس را مجبور به تجدید نظر در نظریات آنها نماید. در صورت دوام اختلاف محکمه اشخاص دیگری را مطابق حکم مندرج ماده (۱۸۶) ق. م به حیث حکم تعیین می نماید.

188. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید 27 / 8 / 2016).

189. Ibid, (2016 / 8 / 27).

190. Ibid, (2016 / 8 / 27).

191. Ibid, (last visit: 7/15/2018).



به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ویس و جمشید به اختلاف نظر ادامه بدهند، محکمه می تواند قیوم و فاروق را مطابق نص ماده ۱۸۶ ق. م به عنوان حکم تعیین نماید. در این صورت، فاروق و قیوم باید عادل و از اقارب احمد و حمیده باشند. در صورت عدم موجودیت، اقارب، حکمان می توانند غیر اقارب احمد و حمیده باشند. تعیین حکمان بیش از دو بار جواز ندارد و بنابراین قاضی باید در خصوص تفریق زوجیت تصمیم اتخاذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۱۱۱ ق. ا. م. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۱۱۲: صدور حکم توسط محکمه به استناد به دلایل حکمین

«محکمه به استناد دلایل فراهم شده توسط حکمین حکم خود را موجه صادر می نماید.»

طبق نص این ماده محکمه مکلف است به استناد دلایل فراهم شده توسط حکمین حکم خود را موجه صادر می نماید. معنی لغوی موجه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر مطالبه تفریق نماید، اما نتواند با ارایه وسایل اثبات ضرر را ثابت نماید و اصرار بر تفریق نماید و محکمه جمشید و ویس را به عنوان حکم تعیین نماید، جمشید و ویس مکلف اند علل اختلاف میان احمد و حمیده را پیدا نمایند. پس از پیدا کردن علل اختلاف جمشید و ویس مکلف اند نظریات خویش را به محکمه ارایه نمایند و محکمه مکلف است به استناد به دلایل و نظریات ارایه شده توسط ویس و جمشید در خصوص تفریق حمیده حکم صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۱۱۲ ق. ا. م. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۱۱۳: عدم جواز توجیه سوگند در دعوی تفریق به سبب ضرر

«توجیه سوگند در دعاوی تفریق به سبب ضرر صورت نمی گیرد.»

تعریف سوگند در فصل وسایل اثبات دعوی خواهد آمد. قانونگذار ا. م. م در نص این ماده سوگند را به صورت مطلق استعمال نموده است. بنابراین، روشن نیست که آیا منظور قانونگذار ا. م. م در نص این ماده سوگند قاطع است یا سوگند متمم. با توجه به قاعده حقوقی - فقهی «مطلق تا وقتی که دلیل تغییر آن طور صریح یا ضمنی موجود نگردد، به اطلاق خود باقی می ماند.» (ماده ۷۱۳ ق. م و ماده ۶۴ مجله الاحکام) به نظر می رسد که این سوگند هم شامل سوگند قاطع می شود و هم شامل سوگند متمم. سوگند قاطع عبارت از سوگندی است که مدعی می تواند در صورت انکار مدعی علیه و نداشتن سایر وسیله اثبات دعوی از مدعی علیه بخواهد تا سوگند یاد نماید که مدعی علیه حق مدعی را پرداخته است و یا مدعی بر مدعی علیه هیچ حقی ندارد. قسم متمم عبارت از قسمی است که قاضی آن را جهت تکمیل علم خود به هر طرفی که خواسته باشد، در صورت عدم کافی بودن دلیل راجع می نماید.<sup>۱۹۲</sup> طبق نص ماده ۱۱۳ ق. ا. م. م توجیه سوگند در دعاوی تفریق به سبب ضرر صورت نمی گیرد. بنابراین، مدعی و مدعی علیه و نیز قاضی نمی توانند در دعاوی تفریق براساس ضرر از سوگند به عنوان یکی از وسایل اثبات استفاده نمایند. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر وارد توسط

۱۹۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۵۷۳؛ محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۲۸.

احمد شوهرش مطالبه تفریق نماید، اما نتواند با ارایه وسایل اثبات مانند سند، شاهدان، ضرر را ثابت نماید، قاضی مکلف است احمد را برائت دهد. در این صورت، قاضی نمی تواند سوگند را متوجه احمد نماید. به حیث مثال، قاضی از احمد مطالبه نماید تا سوگند یاد نماید که من به حمیده ضرر وارد نکرده ام. همچنین، احمد و حمیده نمی توانند برای اثبات و رد ضرر سوگند را متوجه همدیگر نمایند. به حیث مثال، حمیده از احمد نمی تواند بخواهد تا احمد سوگند یاد نماید که بر حمیده ضرر وارد نکرده است. همچنین، احمد نمی تواند از حمیده مطالبه نماید که سوگند یاد کنید که من به شما ضرر وارد کرده ام. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۱۱۳ ق. ا. م. م پیش بینی استثنای اثبات تفریق به سبب ضرر توسط سوگند است. لذا، طرفین دعوی در دعوی تفریق براساس ضرر باید به سایر وسایل اثبات مانند سند، شهود، اقرار و قرائن متوسل شوند.

#### ماده ۱۱۴: صدور حکم تفریق به سبب عیب

«هرگاه عیب زوج در خلال مدت یکسال مرفوع نگردد محکمه بانظر داشت حکم ماده (۱۷۹) قانون مدنی به تفریق بین زوجین حکم می نماید.»

نص این ماده ناظر بر تفریق براساس عیب و مرض زوج است. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۱۷۹ ق. م است. طبق این قاعده هرگاه عیب زوج در خلال مدت یکسال مرفوع نگردد محکمه بانظر داشت حکم ماده (۱۷۹) قانون مدنی به تفریق بین زوجین حکم می نماید. به حیث مثال، اگر احمد شوهر حمیده مجنون دوره ای باشد یا به مرض سل مبتلا باشد و محکمه یک سال به شوهر حمیده غرض تداوی مهلت بدهد، اما تداوی مرض نتیجه مثبت نداشته باشد، محکمه باید تفریق به سبب مرض و عیب را میان حمیده و احمد جاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و مورد حمایت قرار دادن زن است.

#### ماده ۱۱۵: اعلام موضوع به شوهر در دعوی تفریق به سبب غیابت

«در دعوی تفریق به سبب غیابت در صورتی که زوج مسکن معلوم معین داشته باشد محکمه موضوع را به زوج غائب کتباً اعلام نموده مدتی را جهت عودت به مسکن زوجه و یا خواستن وی به اقامت گاه خودش برای زوج تعیین نماید.»

طبق نص این ماده در صورتی که زوجه از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی به سبب غیاب را نماید، محکمه موضوع را به زوج غایب به صورت کتبی باید اعلام نماید و مدتی را تعیین نماید تا شوهر یا به اقامتگاه خویش بر گردد و یا زوجه را به اقامتگاه خویش طلب نماید. به حیث مثال، اگر حمیده و احمد و زن و شوهر باشند و احمد به ایران یا پاکستان برود و برای مدت سه سال از اقامتگاه خود بدون عذر معقول غایب باشد و حمیده متضرر شود و در محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق به دلیل غیاب شوهر نماید، محکمه باید موضوع را به زوج غایب کتباً ابلاغ نماید. دلیل ابلاغ کتبی این است که زوج اولاً در غیابت زنده است و ثانیاً اقامتگاه معلوم دارد. در ابلاغ محکمه باید مدتی را تعیین نماید تا یا شوهر بر گردد تا تفریق جلوگیری به عمل آید یا زوجه را به اقامتگاه خود طلب نماید

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل ششم: اجراءات مربوط به قضایای خانواده ۱۱۷

تا ضرر معنوی از زوجه دفع گردد و به تبع آن از تفریق جلوگیری به عمل آید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرط تفریق به سبب غیابت است.

#### ماده ۱۱۶: تعیین وکیل برای غایب

«در صورتی که زوج غایب با وجود وصول اعلام محکمه و انقضای مدت معینه به غیابت خود ادامه دهد محکمه با تعیین وکیل برای غائب به موضوع رسیدگی می نماید.»

طبق نص این ماده در صورتی که زوج غایب با وجود وصول اعلام محکمه و انقضای مدت معینه به غیابت خود ادامه دهد محکمه با تعیین وکیل برای غایب به موضوع رسیدگی می نماید. در عمل، به وکیل غایب وکیل مسخر می گویند. در خصوص تفصیل تعیین وکیل مسخر و شرایط وکیل مسخر ق. ا. م. م مسکوت است. در عمل، وکیل مسخر در اثر تقاضای رسمی محکمه ذیصلاح از میان خائرنوالان مدنی خائرنوالی تعیین می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم صلاحیت تکلیفی قاضی است. در مورد تعیین وکیل مسخر برای غایب متحدالمال های مختلف ستره محکمه وجود دارد که در ذیل احکام مربوط نقل گردیده است.

#### ماده ۱۱۷: اعلان از طریق رادیو برای زوج غایب

«هرگاه زوج غایب مسکن معلوم و معین نداشته باشد و یا وصول اعلام تحریری به زوج غایب ممکن نباشد موضوع با تعیین مدت احضار ذریعه رادیو اعلام می گردد مدت به این منظور از تاریخ اعلام کمتر از یک ماه بوده نمی تواند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه زوج غایب مسکن معلوم و معین نداشته باشد و یا وصول اعلام تحریری به زوج غایب ممکن نباشد موضوع با تعیین مدت احضار ذریعه رادیو اعلام می گردد مدت به این منظور از تاریخ اعلام کمتر از یک ماه بوده نمی تواند. مسکن در لغت به معنی محل سکونت است. مسکن در نص این ماده مترادف با اقامتگاه است. تعریف وصول، اعلام، تحریری و احضار قبلاً گذشت.

دلیل اعلام از طریق رادیو این است که ارزان ترین و مؤثرترین در دسترس ترین وسیله ارتباطات بصری در جریان سال های ۱۳۶۹ رادیو بوده است. به نظر می رسد امروزه محکمه می تواند از سایر وسایل ارتباط جمعی و رسانه های اجتماعی مانند صفحه رسمی فیسبوک محکمه، صفحه رسمی تویتر و نظیر اینها موضوع را به شوهر اعلام نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۱۸: تعیین وکیل مسخر برای غایب

«در صورتی که زوج غایب با وجود اعلان رادیو بدون ازایه عذر قانونی در مدت معین حاضر نگردد محکمه بعد از تعیین وکیل مسخر در موضوع رسیدگی و به تفریق بین زوجین حکم می نماید.»

نص این ماده شبیه ماده ۱۱۶ ق. ا. م. م است. تفاوت نص ماده ۱۱۸ ق. ا. م. م با ماده ۱۱۶ ق. ا. م. م این است که قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۱۱۸ ق. ا. م. م عبارت «باوجود اعلان رادیو» و در نص ماده ۱۱۶ ق. ا. م. م عبارت «باوجود وصول اعلان» را استعمال نموده است و در ماده ۱۱۶ ق. ا. م. م کلمه «وکیل»

و در ماده ۱۱۸ ق. ا. م. م کلمه «وکیل مسخر» و در ماده ۱۱۸ ق. ا. م. م کلمه «به موضوع رسیدگی می نماید» و در ماده ۱۱۸ ق. ا. م. م «در موضوع رسیدگی و به تفریق بین زوجین حکم می نماید» را استعمال نموده است. پیش بینی یک حکم در دو ماده ق. ا. م. م محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است این دو ماده با همدیگر ادغام گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۱۹: تفریق به سبب مفقودیت شوهر

«دعوی انحلال ازدواج علیه زوج مفقود که حیات و ممات آن معلوم نباشد با نظر داشت حکم ماده (۳۲۶) قانون مدنی قبل از انقضای مدت چهار سال جواز ندارد.»


طبق نص این ماده دعوی انحلال ازدواج علیه زوج مفقود که حیات و ممات آن معلوم نباشد با نظر داشت حکم ماده (۳۲۶) قانون مدنی قبل از انقضای مدت چهار سال جواز ندارد. تعریف ازدواج، دعوی، انحلال و مفقود گذشت. به حیث مثال، اگر احمد از اقامتگاه خویش مفقود گردد و حیات و ممات او معلوم نباشد و حمیده زوجه احمد از محکمه ذیصلاح به دلیل مفقودیت احمد مطالبه تفریق نماید، محکمه نمی تواند حمیده را به نمایندگی از احمد طلاق دهد مگر این که چهار سال بگذارد. پیش بینی نص این ماده در ق. ا. م. م که قانون شکلی است محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، این قاعده ماهوی یا متنی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط تفریق به سبب مفقودیت شوهر است.

#### ماده ۱۲۰: رعایت احکام ق. م در تفریق به سبب عیب، ضرر، عدم انفاق و غیابت زوج

«در تعیین حکم و مسایل مربوط به آن و رد دعاوی تفریق به سبب عیب ضرر و عدم انفاق و غیابت زوج محکمه احکام قانون مدنی را نیز رعایت می نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام مندرج ق. م در خصوص تعیین حکم، تفریق به سبب عیب، ضرر، عدم انفاق و غیابت زوج است.<sup>۱۹۳</sup> طبق نص این ماده در تعیین حکم و مسایل مربوط به آن و رد دعاوی تفریق به سبب عیب ضرر و عدم انفاق و غیابت زوج محکمه احکام قانون مدنی را نیز رعایت می نماید. به حیث مثال، اگر حمیده علیه احمد زوج خویش به دلیل ضرر، عیب، عدم انفاق و غیابت دعوی تفریق را در محکمه ذیصلاح اقامه نماید، محکمه مکلف است احکام مندرج ق. م در خصوص تعیین حکم، تفریق به سبب عیب، ضرر، عدم انفاق و غیابت زوج را رعایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

۱۹۳. در این خصوص ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل، فصل انحلال عقد ازدواج، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل ششم: اجراءات مربوط به قضایای خانواده  ۱۱۹



## فصل هفتم: رسیدگی به قضایای حقوق عامه

چنانچه در ذیل ماده ۹ این قانون گفته شد، در نظام حقوقی افغانستان تا کنون قانون اصول محاکمات اداری به صورت مستقل و محاکم اداری مانند برخی نظام ها از جمله جرمنی و فرانسه وجود ندارد. دعاوی اداری که در مفهوم محدود دعوی حقوق عامه یا قضیه حقوق عامه یاد می شود از سوی دیوان های حقوق محاکم ابتدائیه و استیناف و دیوان حقوق عامه و احوال شخصیه مطابق قواعد اصول محاکمات مدنی حل و فصل می گردد. برخی مثال های دعاوی حقوق عامه یا اداری دعوی ابطال تصمیم خلاف قانون اداره، دعوی جبران خسارت، دعوی بستن غیرقانونی سلمانی، دوکان، شفاخانه، عدم اعطای جواز، اعطای جواز غیرقانونی و امثال اینها اند.

قانون اجراءات اداری در سال گذشته وضع و نافذ گردید. این قانون قسماً ماهوی و قسماً شکلی است. احکام ماهوی این قانون حقوق و تکالیف شهروندان و ادارات دولتی را تنظیم می نماید. احکام شکلی این قانون به صورت قسمی قواعد رسیدگی به دعاوی اداری را در مراجعه شبه قضایی در چهارچوب حکومت تنظیم می نماید. نظریه طرح قانون اصول محاکمات اداری برای تطبیق احکام این مطرح گردیده است که بحث آن در ذیل ماده ۹ این قانون گذشت. این تحولاتی است که در جریان سال های ۱۳۹۰ الی اکنون در افغانستان به وقوع پیوسته است. اما، با توجه به این که تاکنون نظام حقوقی افغانستان از نظام قضای واحد پیروی می نماید، قانونگذار ا. م. م در فصل هفتم، مواد ۱۲۱ الی ۱۲۶ احکام مربوط به قضایای حقوق عامه را تنظیم نموده است. این احکام با توجه به گسترش دعاوی اداری، حاکمیت قانون، مسؤلیت مدنی دولت و نظیر اینها بسنده نیست و قابل توصیه است این احکام ملغی و قانون اصول محاکمات اداری تصویب گردد.

### ماده ۱۲۱: تقدیم عریضه مربوط به دعاوی حقوق عامه به محکمه

«عریض مربوط به دعاوی حقوق عامه مستقیماً به محکمه شهری کابل محاکم ولایات یا لوی ولسوالی تقدیم و در موضوع به ترتیب ذیل اجراءات می گردد:

- ۱- ابلاغ کتبی محتویات عریضه به اداره قضایای دولت.
- ۲- مطالبه سوابق قضیه، حضور نماینده قضایای دولت و ممثل قانونی شخصیت های حکمی با تعیین تاریخ.
- ۳- استماع اظهارات و دفاع طرفین قضیه در جلسه مقدماتی.»

طبق نص این ماده عریض مربوط به دعاوی حقوق عامه مستقیماً به محکمه شهری کابل، محاکم ولایات یا لوی ولسوالی تقدیم می گردد. عریض جمع عریضه است. بحث محاکم شهری کابل گذشت. عبارت محاکم ولایات در نص این ماده مبهم و محل ایراد است زیرا روشن نیست که منظور

قانونگذار از محاکم ولایت کدام محاکم است. همچنین، در نص این ماده روشن نیست که منظور محکمه ابتدائیه ولایات است یا استیناف.

به نظر می‌رسد منظور قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از محاکم ولایات، محاکم ابتدائیه ولسوالی‌ها، محاکم ابتدائیه شهری و محاکم استیناف است. زیرا، دعاوی حقوق عامه یا دعاوی اداری در مرحله ابتدائیه توسط دیوان حقوق عامه محاکم ابتدائیه و در مرحله استینافی توسط دیوان حقوق محکمه استیناف حل و فصل می‌گردد. طبق رویه عملی محاکم لوی ولسوالی در حال حاضر وجود ندارد. در صورت تقدیم عریضه به محکمه ابتدائیه شهری یا ولسوالی، محاکم شهری و ولسوالی قرار ذیل باید عمل نمایند:

۱) ابلاغ کتبی محتویات عریضه به اداره قضایای دولت. تعریف ابلاغ قبلاً گذشت. ریاست عمومی قضایای دولت در چهارچوب وزارت عدلیه وجود دارد و به نمایندگی از دولت از حق و نفع دولت در دعاوی ای که یکطرف آن شخص حقیقی یا حکمی حقوق خصوصی و طرف دیگر آن اداره دولتی است، دفاع می‌نماید. چون نظام اداری افغانستان متمرکز و غیرمترکم است، در دعاوی ای که علیه ادارات دولتی اقامه می‌گردد، کارمندان اداره قضایای دولت به عنوان وکیل مدافع دولت از حق دولت دفاع و برای احقاق آن دعوی می‌نمایند.

بنابراین، در دعاوی اداری هر اداره از خود وکیل مدافع یا نماینده ندارد. همچنین، اداره دولتی برای دعاوی اداری وکیل مدافع آزاد استخدام نمی‌نمایند. تشکیل و وظایف این اداره در قانون قضایای دولت تنظیم گردیده است و بحث آن از موضوع این کتاب خارج است. به حیث مثال، اگر شهرداری بدون موجب زمین احمد را استملاک نماید و احمد بخواهد علیه شهرداری اقامه دعوی نماید، باید عریضه خویش را به محکمه ذیصلاح ابتدائیه شهری یا ولسوالی تقدیم نماید. این دعوی را در حقوق افغانستان دعوی حقوق عامه و سایر نظام های دعوی اداری می‌نامند. طبق جزء ۱ ماده ۱۲۱ ق. ا. م. م مدعی شخص حقیقی و حکمی حقوق خصوص و دولت مدعی علیه است. به همین سبب، جزء ۱ ماده ۱۲۱ ق. ا. م. م قاضی محکمه ذیصلاح را مکلف نموده است تا محتویات عریضه را به کارمند ریاست عمومی قضایای دولت ابلاغ نماید. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، اگر احمد علیه شهرداری کابل عریضه نماید، محکمه ذیصلاح مکلف است محتویات عریضه را به ریاست عمومی قضایای دولت ابلاغ نماید.

۲) مطالبه سوابق قضیه، حضور نماینده قضایای دولت و ممثل قانونی شخصیت های حکمی با تعیین تاریخ. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد ادعای استملاک غیرقانونی زمین را علیه شهرداری اقامه نماید، محکمه ذیصلاح مکلف است سوابق قضیه را از اداره شهرداری مطالبه نماید. همچنین، محکمه ذیصلاح مکلف است حضور نماینده قضایای دولت را مطالبه نماید و تأریخ جلسه قضایی را تعیین نماید. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و یک اداره دولتی متنازع فیه باشد، کارمند ریاست عمومی قضایای دولت، ممثل دولت است و اراده اداره را تمثیل می‌نماید.

۳) استماع اظهارات و دفاع طرفین قضیه در جلسه مقدماتی. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، محکمه مکلف است اظهارات و دفاع احمد و نماینده قضایای دولت را در جلسه قضایی استماع نمایند. استماع



باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل هفتم: رسیدگی به قضایای حقوق عامه ۱۲۳

در لغت به معنی شنیدن است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده به رسمیت شناختن دعوای اداری و پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### **ماده ۱۲۲: صدور قرار دوران دعوی در صورت ایجاب رسیدگی**

«هرگاه بعد از استماع اظهارات و دفاع، محکمه در نتیجه ارزیابی دلایل طرفین دریابد که حل منازعه ایجاب رسیدگی را می کند قرار خود را مبنی بر دوران دعوی صادر می نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه بعد از استماع اظهارات و دفاع، محکمه در نتیجه ارزیابی دلایل طرفین دریابد که حل منازعه ایجاب رسیدگی را می کند قرار خود را مبنی بر دوران دعوی صادر می نماید. به حیث مثال، اگر نماینده قضایای دولت ادعا نماید که سه صد جریب زمین در پغمان که تحت ید احمد است ملکیت دولت است، محکمه مکلف است بعد از شنیدن اظهارات نماینده قضایای دولت و دفاع احمد و حصول اطمینان از این که قضیه ایجاب رسیدگی را می نماید، قرار خویش را مبنی بر دوران دعوی صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### **ماده ۱۲۳: صدور قرار عدم دوران دعوی در صورت ایجاب رسیدگی**

«در صورتی که محکمه در جلسه مقدماتی به این نتیجه برسد که نزاع اصلاً ایجاب رسیدگی محکمه را نمی نماید قرار خود را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر می کند.»

طبق نص این ماده در صورتی که محکمه در جلسه مقدماتی به این نتیجه برسد که نزاع اصلاً ایجاب رسیدگی محکمه را نمی نماید قرار خود را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر می کند. به حیث مثال، اگر نماینده قضایای دولت ادعا نماید که سه صد جریب زمین در پغمان که تحت ید احمد است ملکیت دولت است، محکمه مکلف است بعد از شنیدن اظهارات نماینده قضایای دولت و دفاع احمد و حصول اطمینان از این که قضیه ایجاب رسیدگی را نمی نماید، قرار خویش را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### **ماده ۱۲۴: عدم قطعی بودن قرار مندرج ماده ۱۲۲ ق. ا. م. م**

«قرار قضائی مندرج ماده (۱۲۲) این قانون قطعی نبوده به اثر شکایت طرف قضیه یا اعتراض نماینده قضایای دولت قابل رسیدگی مجدد در دیوان مربوط ستره محکمه می باشد.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۲۲ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده قرار قضائی مندرج ماده (۱۲۲) این قانون قطعی نبوده به اثر شکایت طرف قضیه یا اعتراض نماینده قضایای دولت قابل رسیدگی مجدد در دیوان مربوط ستره محکمه می باشد. تعریف قرار و قطعی و اعتراض گذشت. عبارت «دیوان مربوط ستره محکمه» در نص این ماده محل ایراد به نظر رسد. زیرا، اگر مواد ۱۲۱ الی ۱۲۳ ق. ا. م. م را کنار هم قرار دهیم و تفسیر ساختاری- منطقی نماییم به نظر می رسد این نتیجه به دست می آید که این قرار ها توسط دیوان های حقوق عامه محاکم ابتدائیه صادر می شوند و مرجع اعتراض این قرار ها محاکم استیناف مرکز و ولایات است. در حالی که قانونگذار ا. م. م در نص

این ماده از «دیوان مربوط ستره محکمه» سخن می گوید. بنابراین، طبق نص این ماده قرارها لزوماً باید توسط محاکم استیناف صادر شود که خلاف قواعد عمومی صلاحیت محاکم که تفصیل آن در فصل صلاحیت حوزه ای و موضوعی محاکم گذشت است. با توجه به آنچه گفته شد، قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد. طبق نص این ماده دو حالت متصور است:

۱) اگر مدعی علیه ریاست عمومی قضایای دولت و مدعی شخص حقیقی و حکمی حقوق خصوصی باشد، مدعی می تواند علیه قرار مندرج ماده ۱۲۲ ق. ا. م. در دیوان حقوق عامه محکمه استیناف اعتراض نماید. به حیث مثال، اگر نماینده قضایای دولت ادعا نماید که سه صد جریب زمین در پغمان که تحت ید احمد است ملکیت دولت است و محکمه بعد از شنیدن اظهارات نماینده قضایای دولت و دفاع احمد قرار خویش را مبنی بر دوران دعوی صادر نماید، احمد می تواند علیه این قرار در دیوان حقوق عامه محکمه ذیصلاح استیناف اعتراض نماید.

۲) اگر مدعی علیه شخص حقیقی و حکمی حقوق خصوصی و مدعی ریاست عمومی قضایای دولت باشد، مدعی می تواند علیه قرار مندرج ماده ۱۲۲ ق. ا. م. در دیوان حقوق عامه محکمه استیناف اعتراض نماید. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که سه صد جریب زمین در پغمان که تحت ید اداره دولتی است ملکیت احمد است، محکمه بعد از شنیدن اظهارات احمد و دفاع نماینده قضایای دولت قرار خویش را مبنی بر دوران دعوی صادر نماید، نماینده قضایای دولت می تواند علیه این قرار در دیوان حقوق عامه محکمه ذیصلاح استیناف اعتراض نماید. به نظر هدف قانونگذار ا. م. در نص ۱۲۴ ق. ا. م. پیش بینی حکم عدم قطعی بودن قرار مندرج ماده ۱۲۲ ق. ا. م. است.

#### ماده ۱۲۵: مواصلت قضیه به ریاست عمومی قضایای دولت و ارجاع آن به محکمه

«هرگاه در قضیه ای که به اداره قضایای دولت مواصلت می نماید قناعت طرف مقابل بدون رسیدگی محکمه حاصل نشود اداره قضایای دولت قضیه را غرض حل و فصل به محکمه مربوط ارجاع می نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه در قضیه ای که به اداره قضایای دولت مواصلت می نماید قناعت طرف مقابل بدون رسیدگی محکمه حاصل نشود اداره قضایای دولت قضیه را غرض حل و فصل به محکمه مربوط ارجاع می نماید. براساس این ماده، مدعی اول به اداره قضایای دولت باید مراجعه نماید و در صورتی که ریاست عمومی قضایای دولت نتواند قناعت مدعی را فراهم نماید، مکلف است قضیه را به منظور حل و فصل به دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه ذیصلاح ارجاع دهد. همانطور که قضایای مدنی اول به ریاست حقوق وزارت عدلیه ارجاع می گردد، طبق نص این ماده قضایای حقوق عامه اول باید به ریاست عمومی قضایای دولت وزارت عدلیه ارجاع گردد. اما، این که چطور ریاست عمومی قضایای دولت قناعت مدعی را فراهم نماید ق. ا. م. سکوت است که محل ایراد به نظر می رسد. ایراد دیگری که در نص این ماده به نظر می رسد این است که ریاست عمومی قضایای دولت در این فرض مدعی علیه است نه مرجع ثالث و چگونه ممکن است مدعی علیه قناعت مدعی را فراهم نماید و نقش حکم، وسیط و مصلح را ایفا نماید در حالی که خودش مدعی علیه است.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل هفتم: رسیدگی به قضایای حقوق عامه ۱۲۵

به حیث مثال، اگر شهرداری دوکان گل فروشی احمد را بدون موجب مهر و لاک نماید نماید و همه گل های احمد در داخل دوکان خشک شود و احمد نتواند برای مدت سه ماه در دوکان کار نماید، احمد مستحق جبران خسارت خشکیدن گل ها و جبران خسارت از دست دادن عاید است. به اولی خسارت مالی و به دومی خسارت کسر عواید یا خسارت عدم النفع می گویند. در صورتی که احمد این قضیه را به ریاست عمومی قضایای دولت ببرد، ریاست عمومی قضایای دولت مکلف است قناعت احمد را فراهم نماید. در صورت عدم فراهم شدن قناعت احمد، ریاست عمومی قضایای دولت مکلف است قضیه را به دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه ذیصلاح ارجاع دهد و نماینده قضایای دولت به عنوان مدعی علیه در محکمه حضور یابد و از قانونی بودن تصمیم اداری شهرداری دفاع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی ریاست عمومی قضایای دولت است.

#### ماده ۱۲۶: رعایت احکام مواد ۱۲۲ و ۱۲۳ در دعاوی حقوق عامه

«در مورد موضوعاتی که از طرف اداره قضایای دولت به محکمه ارجاع می شود رعایت احکام مندرج مواد (۱۲۲ و ۱۲۳) این قانون حتمی است.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده های ۱۲۲ و ۱۲۳ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده در مورد موضوعاتی که از طرف اداره قضایای دولت به محکمه ارجاع می شود رعایت احکام مندرج مواد (۱۲۲ و ۱۲۳) این قانون حتمی است. به حیث مثال، اگر نماینده قضایای دولت ادعا نماید که سه صد جریب زمین در پغمان که تحت ید احمد است ملکیت دولت است، محکمه مکلف است بعد از شنیدن اظهارات نماینده قضایای دولت و دفاع احمد و حصول اطمینان از این که قضیه ایجاب رسیدگی را می نماید، قرار خویش را مبنی بر دوران دعوی صادر نماید.

همچنین، اگر نماینده قضایای دولت ادعا نماید که سه صد جریب زمین در پغمان که تحت ید احمد است ملکیت دولت است، محکمه مکلف است بعد از شنیدن اظهارات نماینده قضایای دولت و دفاع احمد و حصول اطمینان از این که قضیه ایجاب رسیدگی را نمی نماید، قرار خویش را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۱۲۶ ق. ا. م. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۲۷: صدور حکم براساس مدارک اثباتیه

«محکمه در دعوی حقوق عامه به اساس مدارک اثباتیه چون اسناد و شهود حکم خود را صادر می نماید.»

طبق نص این ماده محکمه مکلف است در دعوی حقوق عامه به اساس مدارک اثباتیه چون اسناد و شهود حکم خود را صادر می نماید. تعریف مدارک اثباتیه در فصل وسایل اثبات خواهد آمد. قانونگذار ا. م. م برخی مصادیق مدارک اثباتیه را در نص ماده ۱۲۸ ق. ا. م. م پیش بینی نموده است که عبارت اند از: اسناد و شهود. به حیث مثال، اگر شهرداری دوکان گل فروشی احمد را بدون موجب مهر و لاک نماید نماید و همه گل های احمد در داخل دوکان خشک شود و احمد نتواند برای مدت سه ماه در دوکان کار نماید و احمد قضیه را به دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه ذیصلاح ارجاع دهد، محکمه

مكلف است براساس مدارك اثباتیه حكم صادر نماید. طبق قواعد عمومی اثبات ارایه وسایل اثباتیه بر عهده مدعی است.

بنابراین، احمد مكلف است خشکیدن گل ها و عدم كار و كسب عاید برای سه ماه را توسط اسناد و دو شاهد و سایر مدارك اثباتیه ثابت و سپس محكمه براساس این اسناد حكم نماید. همچنین، اگر نماینده قضایای دولت ادعا نماید كه سه صد جریب زمین در پغمان كه تحت ید احمد است ملكیت دولت است، نماینده قضایای دولت باید این ادعا را توسط مدارك اثباتیه مانند سند، شاهدان و سایر مدارك اثباتیه ثابت و محكمه براساس مدارك اثباتیه ارایه شده توسط نماینده قضایای دولت، قضیه را حل و فصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص ماده ۱۲۷ ق. ا. م. پیش بینی صلاحیت تكلیفی محكمه است.

قانونگذار ا. م. م در فصل هشتم احکام مربوط به اطلاع، جلب و احضار را تنظیم نموده است.

#### ماده ۱۲۸: اطلاع و جلب طرف دعوی

«محکمه طرف دعوی را مستقیماً اطلاع و یا ذریعه مراجع مربوط جلب می نماید.».

طبق نص این ماده محکمه طرف دعوی را مستقیماً اطلاع و یا ذریعه مراجع مربوط جلب می نماید. به نظر می رسد منظور از طرف دعوی مدعی علیه است. اطلاع در لغت به معنی وقوف، آگاهی دادن و خبر دادن است.<sup>۱۹۴</sup> جلب در لغت به معنی علاقه مند کردن، به سوی خود کشیدن، جذب کردن، دستگیر کردن، بازداشت کردن، ربودن و فراخواندن است.<sup>۱۹۵</sup> در اصطلاح حقوقی، جلب دعوت کردن هر شخصی است که محکمه تشخیص دهد مطابق احکام قانون بیان یا حضور او در اجراءات محکمه مفید و مؤثر است مانند شهود، مدعی علیه، اهل خبره و نظیر اینها. به شخصی که جلب می شود، مجلوب می گویند.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی عدم پرداخت اجرت اجاره را در محکمه ذیصلاح اقامه نماید، محکمه مکلف است محمود را اطلاع دهد یا توسط پولیس جلب نماید. جلب توسط حوزه مربوطه پولیس صورت می گیرد. بنابراین، اداره جلب، حوزه مربوطه پولیس در سراسر این فصل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۱۲۹: احضار شخص ثالث و اهل خبره

«محکمه می تواند حضور اهل خبره و شخص ثالثی را که توضیحات او برای روشن شدن قضیه موثر باشد تقاضا نماید.».

طبق نص این ماده محکمه می تواند حضور اهل خبره و شخص ثالثی را که توضیحات او برای روشن شدن قضیه موثر باشد تقاضا نماید. تعریف اهل خبره در فصل اول گذشت. شخص ثالث، شخصی است که نه مدعی و نه مدعی علیه است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی باز کردن کلکین در مسافه کمتر از یک متر را در محکمه ذیصلاح اقامه نماید و خواهان مسدود شدن کلکین محمود و دفع ضرر شود، قاضی می تواند حضور انجنیر ساختمانی ناحیه مربوط و جمشید همسایه احمد و محمود را تقاضا نماید. انجنیر ساختمانی ناحیه مربوطه مصداق اهل خبره و جمشید مصداق و مثال شخص ثالث در این مثال فرضی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۳۰: جلب طرفین توسط محکمه

«هرگاه یکی از طرفین به روز معین به محکمه حاضر نگردد از طرف محکمه جلب می شود.».

طبق نص این ماده هرگاه یکی از طرفین به روز معین به محکمه حاضر نگردد از طرف محکمه جلب می شود. تعریف جلب در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد دعوی غبن در تقسیم و نقض تقسیم را علیه

194. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 17, 12, 2017).

195. Ibid, (Last visit: 17, 12, 2017).

محمود شریکش در محکمه اقامه نماید و محکمه تأریخ جلسه قضایی را در روز معین تعیین نماید. اما، احمد و محمود در آن روز حاضر نگردند، محکمه می تواند هر دو را توسط پولیس حوزه مربوطه به محکمه جلب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۳۱: محتویات و عناصر اساسی فورمه جلب

«فورمه جلب در يك اصل و دوکاپی ترتیب و حاوی مراتب ذیل است:

- ۱- اسم و آدرس محکمه.
- ۲- شهرت و آدرس دقیق طرف دعوی.
- ۳- تأریخ و وقت حضور.
- ۴- معرفی موضوع.
- ۵- تذکرات به مجلوب در قسمت تهیه و ارایه اسناد مربوط به موضوع.
- ۶- اخطار از عواقب عدم حضور.»

طبق نص این ماده فورمه جلب که تعریف آن در بالا گذشت باید در یک اصل و دو کاپی ترتیب شود و در برگیرنده اسم و آدرس محکمه، شهرت و آدرس مدعی علیه، تأریخ و وقت حضور مدعی علیه در جلسه قضایی، معرفی موضوع، تذکرات به مجلوب در خصوص تهیه و ارایه اسناد مربوط به دعوی و تذکر و اخطار آثار عدم حضور مجلوب در محکمه. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نقض تقسیم را نماید، محکمه باید فورمه جلب را در یک اصل و دو کاپی ترتیب و یک کاپی آن را به محمود از طریق پولیس حوزه مربوطه بفرستد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و محتویات و عناصر مهم فورمه جلب است.

#### ماده ۱۳۲: تقاضای حضور طرفین، شهود و اهل خبره با وسایل ممکن

«محکمه می تواند به هر وسیله ممکن به شمول تیلفون و تلگراف حضور طرفین دعوی، شهود و اهل خبره را تقاضا نماید.»

طبق نص این ماده محکمه می تواند به هر وسیله ممکن به شمول تیلفون و تلگراف حضور طرفین دعوی، شهود و اهل خبره را تقاضا نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی باز کردن کلکین در مسافه کمتر از یک متر را در محکمه ذیصلاح اقامه نماید و خواهان مسدود شدن کلکین محمود شود، قاضی می تواند حضور انجنیر ساختمانی ناحیه مربوط، جمشید همسایه احمد و محمود و احمد و محمود را توسط وسایل ممکن ارتباطات مطالبه نماید. به نظر می رسد تلگرام از لسانی فرانسوی وارد ادبیات دری گردیده است. در اصطلاح تگرام «telgerām» اخبار و مطالب ارسال شده یا دریافت شده به کمک دستگاه تلگراف است.<sup>۱۹۶</sup>

۱۹۶. جهت معلومات بیشتر در این خصوص ر. ک:

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل هشتم: اطلاع، جلب و احضار ۱۲۹

به نظر می‌رسد با ایجاد فن آوری های پیشرفته مانند اینترنت، ایمیل، موبایل و نظیر اینها امروزه از تلگرام استفاده نمی‌شود. قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از «وسیله ممکن» سخن می‌گوید و برخی مصادیق آن را که در جریان سال های ۱۳۷۰ هجری شمسی تیلیفون و تلگرام می‌شد احصا کرده است. به نظر می‌رسد امروزه در تفسیر موسع وسایل ممکن می‌تواند شامل تمام وسایل ارتباطات مانند تیلیفون همراه (موبایل)، سکاایپ (skype)، یاهو مسنجر (Yahoo messenger)، (Viber) و (Whatsapp) و نظیر اینها شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۳۳: فورمه جلب و احضار به شعبه جلب و احضار

(فورمه جلب محکمه، توسط مکتوب رسمی به شعبه جلب و احضار صادر می‌گردد.)

طبق نص این ماده محکمه مکلف است فورمه جلب را توسط مکتوب رسمی به شعبه جلب و احضار صادر نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت دین را اقامه نماید و محکمه بخواهد محمود را جلب نماید، محکمه مکلف است فورمه جلب را به شعبه جلب بفرستد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۳۴: فرستادن فورمه جلب به مجلوب

(شعبه جلب و احضار مکلف است فورمه جلب را به شخص مربوط و یا ممثل قانونی وی رسانیده استحضاری و امضاء او را در کاپی دوم اخذ و به محکمه بفرستد.)

طبق نص این ماده شعبه جلب و احضار مکلف است فورمه جلب را به شخص مربوط و یا ممثل قانونی وی رسانیده استحضاری و امضاء او را در کاپی دوم اخذ و به محکمه بفرستد. استحضاری اسم منسوب به استحضار است. استحضار در لغت به معنی حاضر کردن و آگاهی است.<sup>۱۹۷</sup> ممثل در لغت به معنی تمثیل کننده است. منظور از ممثل قانونی در نص این ماده اشخاصی است که اراده شخص را در صورت لزوم تمثیل می‌نماید مانند وکیل، ولی، وصی و قیم که اراده اصیل را تمثیل می‌نمایند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت دین را اقامه نماید و محکمه بخواهد محمود را جلب نماید، محکمه مکلف است فورمه جلب را به شعبه جلب بفرستد. شعبه جلب مکلف است فورمه جلب را به محمود یا ممثل قانونی محمود مانند وکیل، ولی، وصی و قیم او رسانیده حضور و امضای او را در کاپی فورمه اخذ نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۳۵: گذاشته شدن نشان انگشت مجلوب در فورمه جلب در صورت نداشتن سواد

(طبق ماده هرگاه مجلوب سواد نداشته باشد نشان انگشت او به صورت فنی و خوانا به ورق گذاشته شود.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده اگر مجلوب سواد نداشته باشد نشان انگشت او به صورت فنی و خوانا به ورق گذاشته شود. تعریف مجلوب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی فسخ عقد را اقامه نماید و محکمه محمود را از طریق حوزه مربوطه جلب نماید و کارمند حوزه ورقه جلب را به محمود برساند اما محمود سواد نداشته باشد، کارمند حوزه مربوطه باید شصت محمود را بر ورق مربوطه دریافت جلب بگیرد.

#### ماده ۱۳۶: استنکاف مجلوب از امضای فورمه جلب

«در صورتی که مجلوب از امضاء گذاشتن شصت ابا ورزد کیفیت در فورمه درج و امضاء یکی از اشخاص آتی با آن گرفته می شود:

- ۱- امضاء مسؤول شورای محل اقامت یا دو نفر همجوار یا ساکنین محل.
- ۲- امضاء آمر اداره جلب و در صورتی که استنکاف کننده کارکن اداره دولت یا مؤسسات باشد تصدیق آمر اداره مربوطه.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۱۳۵ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده در صورتی که مجلوب از امضاء و گذاشتن شصت ابا ورزد کیفیت در فورمه درج و امضاء یکی از اشخاص ذیل با آن گرفته می شود:

- ۱- امضاء رئیس شورای محل، مانند شورای انکشافی در مناطق غیرپلانی. در صورت عدم موجودیت شورا، امضای دو نفر همسایه یا ساکنین محل.
- ۲- امضای آمر اداره جلب.

۳- در صورتی که استنکاف کننده کارکن اداره دولت یا مؤسسات باشد تصدیق آمر اداره مربوطه. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و محکمه محمود را جلب نماید و محمود از امضای فورمه سرپیچی نماید، رئیس شورای محل سکونت محمود، دو تن از همسایگان محمود، آمر اداره جلب، آمر محمود در صورتی که محمود کارمند دولت یا مؤسسه باشد، فورمه را باید تصدیق و امضا نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. مدر نص ماده ۱۳۶ ق. ا. م. م پیش بینی ضمانت اجرای ماده ۱۳۵ ق. ا. م. م است.

#### ماده ۱۳۷: فرستادن فورمه جلب و احضار توسط مرجع رسمی به محکمه

«مراجع جلب و احضار با رعایت انجام مراتب مندرج ماده (۱۳۶) فورمه را توسط مکتوب رسمی به محکمه اعاده می نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۳۶ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده مراجع جلب و احضار با رعایت احکام مندرج ماده (۱۳۶) ق. ا. م. م که بحث آن در فوق گذشت، مکلف است فورمه را توسط مکتوب رسمی به محکمه اعاده نماید.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و محکمه محمود را جلب نماید، مرجع جلب و احضار مکلف است فورمه جلب را به محمود برساند. اگر محمود فورمه را امضا نماید یا از امضای فورمه سرپیچی نماید، رئیس شورای محل سکونت محمود، دو تن از همسایگان محمود، آمر اداره جلب، آمر محمود در صورتی که محمود کارمند دولت یا مؤسسه باشد، فورمه را باید تصدیق و



باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل هشتم: اطلاع، جلب و احضار ۱۳۱

امضا نمایند و مرجع جلب و احضار مکلف است توسط مکتوب رسمی فورمه را به محکمه ذیصلاح بفرستد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف مراجع جلب و احضار است.

#### **ماده ۱۳۸: فرستادن فورمه جلب به اداره دولتی، مؤسسه و تصدی**

«هرگاه مجلوب کارکن ادارات دولتی، موسسات یا تصدیها باشد فورمه جلب به اداره مربوط وی نیز فرستاده شده می تواند.».

طبق نص این ماده هرگاه مجلوب کارکن ادارات دولتی، موسسات یا تصدیها باشد فورمه جلب به اداره مربوط وی نیز فرستاده شده می تواند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد خرید قرطاسیه را نماید و محمود کارمند دولت، تصدی دولتی یا مؤسسه باشد و محکمه محمود را جلب نماید، مرجع جلب و احضار می تواند فورمه جلب را به اداره دولتی، تصدی دولتی و مؤسسه بفرستد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری اداره جلب است.

#### **ماده ۱۳۹: گزارش به تعویق افتادن جلب مجلوب به محکمه**

در صورتی که نسبت معاذیر دریافت مجلوب موقتاً به تعویق افتد مراجع مربوط مکلف است مطالب را رسماً به اطلاع محکمه رسانیده بعد از رفع موانع در طی مراحل فورمه جلب، اقدام نماید.».

طبق نص این ماده در صورتی که نسبت معاذیر دریافت مجلوب موقتاً به تعویق افتد مراجع مربوط مکلف است مطالب را رسماً به اطلاع محکمه رسانیده بعد از رفع موانع در طی مراحل فورمه جلب، اقدام نماید. معاذیر جمع معذرت و عذر است. تعریف عذر گذشت. موانع جمع مانع است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد خرید قرطاسیه را نماید و اداره جلب فورمه جلب را به محمود بفرستد اما به دلیل مرضی همسر یا خودش خارج از کشور باشد، اداره جلب مکلف است مطلب را رسماً به محکمه گزارش دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی اداره جلب است.

#### **ماده ۱۴۰: فرار کردن، غیابت و مفقودیت مجلوب**

«هرگاه مجلوب فرار، غایب یا مفقود باشد اسناد تحقیقاتی آن تکمیل و کیفیت به فورمه جلب درج و به محکمه ارسال می گردد.».

طبق نص این ماده هرگاه مجلوب فرار، غایب یا مفقود باشد اسناد تحقیقاتی آن تکمیل و کیفیت به فورمه جلب درج و به محکمه ارسال می گردد. تعریف غایب و مفقود گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد خرید قرطاسیه را نماید و اداره جلب فورمه جلب را به محمود بفرستد اما محمود از اقامتگاه خویش فرار نماید یا غایب یا مفقود گردد، اداره جلب مکلف است مطلب را رسماً به محکمه گزارش دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی اداره جلب است.

#### **ماده ۱۴۱: ابلاغ فورمه جلب به مجلوب از طریق قطعه قوای مسلح**

«در صورتی که مجلوب شامل خدمت در قوای مسلح باشد فورمه جلب از طریق قطعه مربوط به وی ابلاغ می‌گردد.».

طبق نص این ماده در صورتی که مجلوب شامل خدمت در قوای مسلح باشد فورمه جلب از طریق قطعه مربوط به وی ابلاغ می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی عدم تنفیذ قرارداد خرید قرطاسیه را نماید و محمود پولیس یا عسکر در قوای مسلح باشد، اداره جلب می‌تواند فورمه جلب را از طریق قطعه مربوط به او ابلاغ نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری اداره جلب است.

#### ماده ۱۴۲: اعاده فورمه ناتکمیل به اداره جلب توسط محکمه

«هرگاه در فورمه جلب مراتب مندرج این قانون مراعات نشده باشد فورمه از طرف محکمه به مراجع مربوط جهت تکمیل اعاده می‌گردد و مراجع جلب مکلف به تکمیل مراحل فورمه می‌باشند.».

نص این ماده مستقل نیست و مرتبط به ماده های ۱۲۸ الی ۱۴۱ ق. ا. م. است. طبق نص این ماده هرگاه در فورمه جلب مراتب مندرج این قانون مراعات نشده باشد فورمه از طرف محکمه به مراجع مربوط جهت تکمیل اعاده می‌گردد و مراجع جلب مکلف به تکمیل مراحل فورمه می‌باشند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و محکمه محمود را جلب نماید و اداره جلب احکامی که در خصوص جلب در مواد ۱۲۸ الی ۱۴۱ ق. ا. م. پیش بینی شده اند را رعایت ننماید، محکمه می‌تواند فورمه جلب را به اداره جلب اعاده نماید و اداره جلب مکلف است فورمه را تکمیل و تسلیم محکمه نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی اداره جلب و صلاحیت محکمه ذیصلاح است.

#### ماده ۱۴۳: جلب مجلوب در محکمه و ابلاغ تاریخ جلسات بعدی

«هرگاه مجلوب به محکمه حاضر و حضور بعدی وی در جلسات آتیه نیز ضروری باشد تاریخ جلسه آینده غرض استحضاری به او ابلاغ و جریان در دفتر مربوطه ثبت می‌گردد.».

طبق نص این ماده هرگاه مجلوب به محکمه حاضر و حضور بعدی وی در جلسات آتیه نیز ضروری باشد تاریخ جلسه آینده غرض استحضاری به او ابلاغ و جریان در دفتر مربوطه باید ثبت گردد. آتیه تأنیت آتی است که در لغت به معنی آینده است.<sup>۱۹۸</sup> تعریف استحضاری قبلاً گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و محکمه محمود را جلب نماید و محمود در محکمه حاضر گردد و قرار بر این شود که محمود در جلسات بعدی محکمه حاضر شود، محکمه مکلف است تاریخ جلسات بعدی را به محمود ابلاغ نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه ذیصلاح است.

#### ماده ۱۴۴: گرفتن ضمانت از مدعی علیه جهت حضور در محکمه

«در صورتی که خوف کناره گیری یا فرار طرف دعوی متصور باشد محکمه می تواند او رابه دادن ضمانت حضور مکلف نماید.»

طبق نص این ماده در صورتی که خوف کناره گیری یا فرار طرف دعوی متصور باشد محکمه می تواند او را به دادن ضمانت حضور مکلف نماید. خوف در لغت به معنی ترس است. عبارت کناره گیری در نص این ماده نازیبا است. زیرا، کناره گیری معمولاً در مفهوم ترک سمت رسمی استعمال می شود. ضمانت در لغت به معنی ضامن شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به ضامن شدن دینی و یا تعهدی از سوی کسی غیر از متعهد و یا در مواردی با سپردن مال و یا وجهی از سوی متعهد تضمین یا ضمانت گویند.

۱۹۹

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه را اقامه نماید و خوف فرار محمود نزد محکمه متصور باشد، محکمه می تواند به دادن ضمانت از سوی محمود مبنی بر حضور محمود، محمود را مکلف نماید. به حیث مثال، از محمود بخواهد تا جمشید دوست یا خویشاوند محمود در محکمه ضمانت نماید که محمود در محکمه حضور می یابد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای حضور مدعی علیه در محکمه است.

#### ماده ۱۴۵: جلب مجلوب ممتنع برای بار دوم و سوم توسط محکمه

«هرگاه مجلوب بعد از استحضاری مراجع جلب و احضار در فورمه جلب یا استحضاری در محکمه از حضور مجدد به محکمه امتناع ورزد محکمه به جلب او برای بار ثانی یا ثالث اقدام می نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه مجلوب بعد از استحضاری مراجع جلب و احضار در فورمه جلب یا استحضاری در محکمه از حضور مجدد به محکمه امتناع ورزد محکمه به جلب او برای بار ثانی یا ثالث اقدام می نماید. تعریف استحضاری در بالا گذشت. ثانی در لغت به معنی دوم و ثالث در لغت به معنی سوم است.<sup>۲۰۰</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه را اقامه نماید و محمود در فورمه جلب و احضار تعهد نماید تا که در محکمه حاضر می شود یا در محکمه برای بار اول حاضر گردد اما سپس از آمدن به محکمه پرهیز نماید، محکمه می تواند محمود را برای بار دوم و سوم جلب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای حضور مدعی علیه در محکمه است.

#### ماده ۱۴۶: تقاضای حضور مجلوب توسط محکمه از طریق رادیو و روزنامه

«هرگاه مجلوب علی الرغم تطبیق احکام مندرج ماده (۱۴۵) این قانون بازهم به محکمه حاضر نشود یا مطابق ماده (۱۴۰) این قانون فرار، غایب یا مفقود تلقی گردد تقاضای حضور او در خلال موعدی که محکمه تعیین می نماید برای آخرین بار از طریق رادیو یا روز نامه معتبر کثیرالتنشار به عمل می آید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۱۴۵ و ۱۴۰ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هرگاه مجلوب علی الرغم تطبیق احکام مندرج ماده (۱۴۵) این قانون بازهم به محکمه حاضر نشود

یا مطابق ماده (۱۴۰) این قانون فرار غایب یا مفقود تلقی گردد تقاضای حضور او در خلال موعدی که محکمه تعیین می نماید برای آخرین بار از طریق رادیو یا روز نامه معتبر کثیرالانتشار به عمل می آید. تعریف مفقود و غایب و فرق مفقود و غایب در فصل قبلی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت دین را اقامه نماید و محمود در فورمه جلب و احضار تعهد نماید که در محکمه حاضر می شود یا در محکمه برای بار اول حاضر گردد اما سپس از آمدن به محکمه پرهیز نماید، یا فرار نماید، غایب گردد یا مفقود شود، محکمه می تواند تقاضای حضور محمود را در موعدی که واگذار به تشخیص محکمه است برای آخرین بار از طریق رادیو و روزنامه به عمل آورد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای حضور مجلوب در محکمه است.

متحدالمال شماره (۲۳۴۶ - ۲۴۲۰) مؤرخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲، ریاست دارالانشاء که به اساس مصوبه شماره (۹۲۴) مؤرخ ۱۳۹۷/۱۱/۲، با تأکید به مصوبه شماره (۹۴۸) مؤرخ ۱۳۸۹/۹/۲۳، شورایی عالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است

استهدائیه محکمه ابتدائیه حوزه اول شهر کابل بعد از تصمیم شماره (۳۲۰) مؤرخ ۱۳۹۷/۹/۱۰ کمیسیون رؤسای دواوین محکمه استیناف ولایت کابل سلسلتاً، ذریعه نامه شماره (۹۹۷) مؤرخ ۱۳۹۷/۹/۲۱ ریاست تحریرات مقام ستره محکمه، غرض ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات به شرح ذیل محول گردیده بود:

«پیشنهاد دعوی حقوقی وزارت محترم مالیه مؤکل حکمی ثارنوال محمد بشیر غریق عضو مسلکی ریاست قضایای دولت کابل، مدعی بالتیابه در قضیه یک دربند حویلی واقع کاه فروشی ناحیه اول شهر کابل علیه عبدالوهاب مؤکل نور محمد ولد عبدالاحد مدعی علیه بالوکاله در دیوان حقوق عامه این حوزه تحت غور و بررسی قضایی قرار دارد. بالاثراً عدم حضور مدعی علیه، هیئت قضایی طبق هدایت مواد (۱۴۵ و ۱۴۶) قانون اصول محاکمات مدنی، بعد از سه بار جلب ذریعه مکتوب، غرض نشر اعلان رادیو موضوع را به افغان اعلانات نگاشته که آن ریاست اصلاً مکتوب محکمه را تسلیم نشده و دوباره به نسبت عدم تادیه پول اعلان مسترد می نماید. در حالیکه مدعی علیه غائب است و برای مدعی بالتیابه تفهیم شد و کاپی مکتوب به نماینده مؤکل آن سپرده شد؛ تا که همچو قضایا تکراراً وارد دیوان هذا نشود. چون مدعی دولت میباشد دوسیه را قانوناً مسترد کرده هم نمی توانیم. موضوع احتراماً تحریر شد، تا پیشنهاد هذا را به سلسله مراتب به مقامات صالحه ارجاع خواهند فرمود.

پیشنهاد فوق الذکر در جلسه تاریخی ۱۳۹۷/۶/۲۶ کمیسیون رؤسای دواوین مطرح و در جواب ذریعه مصوبه نمبر (۲۲۳) مؤرخ ۱۳۹۷/۶/۲۶ شان چنین هدایت داده اند:

«محکمه مربوط مطابق هدایت مصوبه (۹۴۸) مؤرخ ۱۳۹۷/۹/۲۳ شورایی عالی ستره محکمه اجراءات نمایند» در فقره (۲) مصوبه نمبر فوق شورایی عالی ستره محکمه تسجیل گردیده که: «... بهتر است تا اعلان به مصرف مدعی صورت گیرد... الخ» که این مصوبه در دیوان رسیدگی به قضایای تجارتي و مدنی قابل تطبیق بوده در حالیکه در قضایای حقوق عامه یکطرف دولت میباشد و مشکل اساسی این دیوان در دعوی

که دولت مدعی و اشخاص مدعی علیه آن میباشد، در صورت غیابت مدعی علیه، محکمه مطابق هدایت احکام قانون اصول محاکمات مدنی اجراءات نموده و در قسمت اعلانات ریاست افغان اعلانات پول حق النشر را مطالبه مینماید و مدعی از اخذ اعلان به این نام که ریاست قضایای دولت کدام بودیجه ندارد، ابناء میورزد و ادارات دولتی شامل دعوی منحیث مؤکلین حکمی مدعی بالنیابة همین دلیل را میاورند، پس چگونگی محکمه مطابق به مصوبه (۹۴۸) مؤرخ ۱۳۹۷/۹/۲۳ شورایعالی اجراءات نماید در حالیکه کس حاضر به نشر اعلان نباشد و دوسیه ها هم در التواء باقی مانده در مورد مجدداً طالب رهنمود و هدایت مقام عالی میباشیم.

بناءً موضوع احتراماً تحریر شد، از طریق خویش مراتب پیشنهاد هذا را بمقام صالحه ارجاع خواهند فرمود. تصمیم کمیسیون: «از اینکه محاکم در این مورد فاقد بودیجه میباشند و ریاست قضایای دولت نیز در مورد بودیجه ندارد بهتر است شورایعالی ستره محکمه وزارت عدلیه را هدایت دهند؛ تا یک مقدار پول را جهت نشر اعلانات غیابی بریاست قضایای دولت در مرکز و ولایات تخصیص دهند.» موضوع جهت اخذ رهنمود مقام محترم ارجاع گردید در مورد طوریکه لازم دانند هدایت خواهند فرمود.»

ریاست عمومی تدقیق و مطالعات بالاثراً نامه شماره (۱۱۵۷) مؤرخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۷ نظر خویش را در مورد به متن ذیل ارسال نموده است:

«چون به ارتباط مصارف اعلان، در تعرفه محصول دولتی منتشره جریده رسمی شماره (۷۱۰) مؤرخ ۱۳۶۸/۱۱/۳۰ و قانون اصول محاکمات مدنی حکمی وجود ندارد و طبق مصوبه شماره (۹۴۸) مؤرخ ۱۳۸۹/۹/۲۳ شورایعالی محترم ستره محکمه، اگر دعوی در میان اشخاص حقیقی باشد، در صورت غیابت مدعی علیه مصرف اعلان به ذمه مدعی میباشد؛ ولی در قضیه مطروحه مدعی بالنیابة نماینده قضایای دولت و غایب شخص حقیقی میباشد، از اینکه وزارت محترم عدلیه منحیث واحد مستقل بودیجوی در فصل و باب مربوط خویش بودیجه لازم دارد؛ بناءً مکلف به مصارف اعلان قضایای مندرج پیشنهاد میباشد، در صورت کمبود بودیجه میتواند تخصیص لازم را در زمینه از وزارت محترم مالیه مطالبه و آن وزارت در تأمین آن اقدام نماید.»

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۷/۱۱/۲ شورایعالی ستره محکمه، مطرح و ذریعه تصویب شماره (۹۲۴) در زمینه هدایت ذیل صدور یافت:

«نظر ریاست تدقیق و مطالعات تأیید است. موضوع طی متحدالمال به مراجع مربوط اخبار گردد.»<sup>۲۰۱</sup>

#### ماده ۱۴۷: صدور حکم غیابی در خصوص مجلوبي که بدون عذر از آمدن در محکمه پرهیز نماید

«در صورتی که مجلوب بدون عذر معقول از حضور به محکمه در موعد معینه استتکاف ورزد محکمه احکام غیابی را درباره وی تطبیق می نماید.»

نص این ماده مجمل به نظر می رسد. همچنین، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به احکامی است که در خصوص صدور حکم غیابی در ق.م وضع شده است که تفصیل آن در فصل بعدی خواهد

۲۰۱. احمد فهیم قویم (۱۳۹۸). مجموعه متحدالمال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری

آمد. طبق نص این ماده در صورتی که مجلوب بدون عذر معقول از حضور به محکمه در موعد معینه استنکاف ورزد محکمه احکام غیابی را درباره وی تطبیق می نماید. تعریف عذر گذشت. استنکاف در لغت به معنی ننگ داشتن، از انجام کاری ننگ داشتن، سر باز زدن، رد کردن، اجتناب کردن، خودداری کردن، امتناع ورزیدن و سرپیچی کردن است.<sup>۲۰۲</sup> در اصطلاح حقوقی استنکاف عبارت از عدم اجرای تعهد است.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی فسخ عقد مزارعه یا دهقانی را در اثر عذر در محکمه ذیصلاح اقامه نماید و محمود بدون داشتن عذر معقول مانند مریض بودن، مریض بودن یکی از اقارب او و نظیر اینها از آمدن و حضور در محکمه پرهیز نماید، محکمه می تواند در خصوص محمود حکم غیابی را مطابق قواعدی که تفصیل آن در فصل بعدی خواهد آمد صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای حضور مجلوب در محکمه است.

#### ماده ۱۴۸: جلب و احضار طرفین دعوی براساس تاریخ اجندا

«محکمه به اساس تاریخ اجندا به جلب و احضار طرفین دعوی اقدام می نماید. دعاوی مستعجله از این حکم مستثنی است.»

از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱) محکمه به اساس تاریخ اجندا به جلب و احضار طرفین دعوی اقدام می نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود و حمیده دعوی استحقاق صد جریب زمین تقسیم شده را اقامه نماید، محکمه مکلف است براساس تاریخ اجندا مدعی و مدعی علیهم را جلب و احضار نماید.

۲) دعاوی مستعجله از این حکم مستثنی است. مستعجله مؤنث مستعجل است. دعوی مستعجله دعوی است که باید محکمه آن را به صورت عاجل مورد رسیدگی قرار دهد. به حیث مثال، در دعوی شفعه ملک معلق می ماند و نه بایع، نه شفیع و نه مشتری می تواند به صورت مطمئن در آن تصرف نماید و یا از آن انتفاع بگیرد. از همین رو، فقرة دوم ماده ۲۲۳۳ ق. م محکمه ذیصلاح را مکلف به حل دعوی شفعه به صورت عاجل نموده است. لذا، هرگاه دعوی شفعه در محکمه اقامه شود، محکمه مکلف است آن را به صورت عاجل مورد رسیدگی قرار دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۴۹: تعیین مدت حضور مجلوب توسط محکمه

«تعیین مدت حضور مجلوب نظر به بعد مسافه محل سکونت وی و امکانات مربوط به وسایل نقلیه از صلاحیت محکمه می باشد.»

طبق نص این ماده تعیین مدت حضور مجلوب نظر به بعد مسافه محل سکونت وی و امکانات مربوط به وسایل نقلیه از صلاحیت محکمه می باشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی فسخ عقد دهقانی یا مزارعه را نماید و محکمه بخواهد محمود را جلب نماید، بادر نظر داشت مسافه اقامتگاه

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل هشتم: اطلاع، جلب و احضار ۱۳۷

محمود و محکمه و امکانات و وسایل نقلیه مانند موتر، اسپ و نظیر اینها، تعیین مدت از صلاحیت محکمه است. بنابراین، محکمه می تواند تصمیم بگیرد که محمود در چه مدت زمان باید در محکمه حضور یابد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۵۰: ابلاغ تخلف متخلف به اداره جلب توسط محکمه

«هر نوع اهمال از رعایت احکام مربوط به جلب و احضار مندرج در این فصل از جانب مراجع جلب و احضار از طرف محکمه به اطلاع آمریت این مراجع ابلاغ می گردد تا از متخلف بازخواست قانونی به عمل آید.»

طبق نص این ماده هر نوع اهمال از رعایت احکام مربوط به جلب و احضار مندرج در این فصل از جانب مراجع جلب و احضار از طرف محکمه به اطلاع آمریت این مراجع ابلاغ می گردد تا از متخلف بازخواست قانونی به عمل آید. اهمال در لغت به معنی غفلت، سهل انگاری و تقصیر است. متخلف عبارت از شخصی است که از تطبیق حکم قانون تخلف می نماید.<sup>۲۰۳</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی فسخ عقد دهقانی یا مزارعه را نماید و محکمه بخواهد محمود را جلب نماید، اما محمود از تطبیق احکام جلب تخلف نماید، محکمه مکلف است تخلف محمود را به مرجع ای جلب و احضار ابلاغ نماید تا این مرجع از محمود بازخواست قانونی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۵۱: نظارت تطبیق ماده ۱۵۰ ق. ا. م. م

«کنترول از تطبیق حکم ماده (۱۵۰) این فصل در هر پانزده روز از طرف محکمه صورت می گیرد.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۵۰ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده کنترول از تطبیق حکم ماده (۱۵۰) این فصل در هر پانزده روز از طرف محکمه صورت می گیرد. به حیث مثال، در مثال های فوق محکمه مکلف است هر پانزده روز از تطبیق حکم ماده ۱۵۰ ق. ا. م. م در خصوص جلب مجلوب باید نظارت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۵۲: مسؤولیت تحریرات محکمه از تطبیق احکام مربوط به جلب

«تحریرات محکمه از تطبیق مندرجات احکام این فصل نزد رئیس محکمه مسؤولیت دارد.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد ۱۲۸ الی ۱۵۱ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده بخش تحریرات محاکم مدنی مکلف به تطبیق احکام مواد ۱۲۸ الی ۱۵۱ ق. ا. م. م و پاسخگویی به رئیس محکمه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی تحریرات محاکم مدنی است.

## فصل نهم: احکام غیابی

ق. ا. م. م در فصل نهم مواد ۱۵۳ الی ۱۷۴ ق. ا. م. م احکام غیابی را تنظیم نموده است. احکام غیابی احکام اند که امور مربوط به غیاب مدعی یا مدعی علیه را تنظیم می نماید و به محکمه صلاحیت می دهد در صورت غیاب مدعی یا مدعی علیه حکم و قرار صادر نماید.

### ماده ۱۵۳: صدور قرار ترک خصومت در صورت غیاب عارض

«هرگاه عارض در خلال مدت (۳۰) روز دعوی مندرج عریضه خود را به محکمه تعقیب نکند مطابق احکام این قانون در غیاب وی قرار ترک خصومت صادر می گردد.»

طبق نص این ماده هرگاه عارض در خلال مدت (۳۰) روز دعوی مندرج عریضه خود را به محکمه تعقیب نکند مطابق احکام این قانون در غیاب وی قرار ترک خصومت صادر می گردد. تعریف دعوی در



باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل نهم: احکام غیابی ۱۳۹

فصل اول گذشت. تعریف عارض، عریضه و قرار گذشت. غیاب به معنای نبود، فقدان و ناپیدایی است. در اصطلاح فقهی غیاب وصفی است برای کسی یا چیزی که به چشم نیاید.<sup>۲۰۴</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود سی لک افغانی مدیون من است و در مدت سی روز صورت دعوی را به محکمه تقدیم ننماید، محکمه ابتدائیه مدنی می تواند قرار ترک خصومت را در غیاب احمد صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تعقیب دعوی توسط عارض است.

متحدالمال شماره (۱۶۲۵ - ۱۷۰۰) مؤرخ ۱۳۹۷/۹/۱۹، ریاست دارالانشاء که به اساس مصوبه شماره (۶۸۸) مؤرخ ۱۳۹۷/۸/۵، شوراییعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است خلاصه استهدائیه ریاست محکمه استیناف ولایت کابل، چنین است:

«اکثر عارضین در تجاوزیز قضایی مبنی به صحت و یا عدم صحت وثایق شرعی شان که از طریق کمیسیون رؤسای دواوین محکمه استیناف ولایت کابل به دیوان های ابتدائیه مربوط، مواصلت میورزند و بعد از تقدیم عریضه یا در ابتداء و یا هم بعد از تکمیل یک سلسله اجراءات غایب و موضوع مندرج عریضه خویش را تعقیب نمی نمایند، که در این صورت محکمه اوراق عارضین را الی مدت یکماه و یا بیشتر نگهداری، بعداً جهت حفظ به اداره حقوق مکتوبی مسترد مینماید. هرگاه عارض بعد از حفظ موضوع شان حاضر و خواهان تعقیب موضوع خویش گردند. محکمه مربوطه اوراق را از اداره حقوق مکتوبی خواسته به تعقیب اجراءات قبلی، تحقیقات خود را تکمیل و در نهایت قرار تجویزی صادر می نمایند، و رویه قضایی زون های چهار گانه ابتدائیه سابق به همین منوال بوده؛ اما مفتشین، حین بررسی قضایای سال (۱۳۹۵)، ارسال اوراق را به شکل مکتوبی موجه ندانسته و کتباً هدایت داده که باید طبق ماده (۱۵۳) قانون محاکمات مدنی در مورد قرار قضایی ترک خصومت صادر شود؛ در حالیکه این نوع اجراءات مکتوبی، رویه معمول در زون های چهارگانه بوده توسط مفتشین دیگر تأیید گردیده است. در اجراءات هیئت تفتیش دوگانگی دیده میشود، حینیکه موضوع در جلسه قضایی دیوان مربوطه مطرح گردید موفق به دریافت راه حل نگردیدیم؛ اما نظر خویش را طوری ابراز نموده ایم که قضایای تجویزی تابع غور استینافی نبوده و یک مرحله ای میباشد، که بعد از ختم تحقیقات قرار قضایی تجویزی صادر می شود. در صورت عدم مراجعه عارض دوسیه مکتوبی مسترد شود. هرگاه عارض حاضر شود طی ورقه درخواستی جدید دوسیه از مرجعش مطالبه و به ادامه تحقیقات قبلی اجراءات صورت گرفته و تصمیم اتخاذ شود و قرار ترک خصومت طبق ماده (۱۵۳) قانون مذکور موجه نمیشد. امیدواریم در جهت رفع این مشکل و هماهنگی در اجراءات محاکم، این محکمه را رهنمایی خواهند نمود.»

استهدائیه فوق جنساً غرض ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات محول گردید که در مورد مدققین قضایی با تفاهم هیئت محترم تفتیش، ذیلاً ابراز نظر نموده اند.

«هرگاه دعوی بین طرفین در محکمه مطرح بوده باشد و مدعی در خلال مدت یک ماه دعوی مندرج عریضه را در محکمه تعقیب ننماید؛ طبق احکام قانون، محکمه به ترک خصومت قرار صادر مینماید. قابل ذکر

است که اگر یک نفر عارض و یا متقاضی مطالبه تجویز قضایی را مستقیماً از محکمه نموده باشد، بعد از تقدیم عریضه بمدت یکماه غایب گردد و در رابطه کدام تحقیقاتی انجام نیافته باشد عریضه عارض حفظ میگردد و اگر عارض بعد از یک سلسله تحقیقات در مدت یکماه غایب گردد؛ ولی تجویز محکمه منوط به حضور عارض بوده باشد محکمه حسب دلالت ماده (۴۰ و ۴۱) قانون واریسی از عرایض، تجویز قضایی اتخاذ نکرده بلکه اوراق را حفظ و یا کتباً به مرجع مربوطه آن ارجاع میدارد؛ اما در صورتیکه تحقیقات لازم انجام پذیرفته باشد و در تجویز محکمه نیاز به حضور عارض و متقاضی دیده نشود، درین حال، محکمه طبق مواد قانون در زمینه تجویز قضایی اتخاذ و موضوع را کتباً به مرجع مربوطه آن ارسال مینماید. به هر صورت که باشد محل تطبیق ماده (۱۵۳) قانون اصول محاکمات مدنی همان مورد دعوی و خصومت بین طرفین است که در مورد غیابت مدعی ماده (۱۵۳) قانون اصول محاکمات مدنی تطبیق میگردد ولی در مواردیکه تقاضای عارض صرف تجویز قضایی محکمه بوده باشد، محل برای صدور قرار قضایی ترک خصومت وجود ندارد.». مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۷/۸/۵ شورایعالی ستره محکمه مطرح و طی تصویب شماره (۶۸۸) در زمینه هدایت ذیل صادر شد: «نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است، موضوع به عموم محاکم استیناف و مراجع مربوط متحدالماً اخبار گردد.». ۲۰۵

#### ماده ۱۵۴: غایب شدن مدعی بعد از تقدیم صورت دعوی

«هرگاه مدعی صورت دعوی خود را به محکمه تقدیم و بعد از دوران دعوی بدون عذر قانونی غایب شود محکمه مطابق احکام فصل (۸) این باب به جلب مدعی اقدام و در صورتی که در میعاد معینه به محکمه حاضر نشود به ترك خصومت فیصله صادر می نماید.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به احکام فصل هشتم ق. ا. م. م در خصوص جلب و احضار است. طبق نص این ماده هرگاه مدعی صورت دعوی خود را به محکمه تقدیم و بعد از دوران دعوی بدون عذر قانونی غایب شود محکمه مطابق احکام فصل (۸) این باب به جلب مدعی اقدام و در صورتی که در میعاد معینه به محکمه حاضر نشود به ترك خصومت فیصله صادر می نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود نصف حاصلات باغ را در عقد باغبانی به او نمی دهد و صورت دعوی خویش را به محکمه تقدیم نماید و بعد از دوران دعوی بدون عذر قانونی مانند مریضی، فوت یکی از اقارب، تصادم و نظیر اینها غایب شود، محکمه می تواند احمد را مطابق قواعد مندرج فصل هشتم ق. ا. م. م که تفصیل آن گذشت جلب نماید. در صورتی که احمد علی الرغم جلب در محکمه حاضر نشود، محکمه مکلف است به ترك خصومت فیصله صادر نماید. به نظر می

رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تعقیب دعوی توسط مدعی و پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۵۵: غایب شدن مدعی علیه، پس از اقرار و شهادت شهود

«هرگاه مدعی علیه، بعد از اقامه دعوی مدعی، اقرار کند و در وقت صدور حکم خود را کناره نماید یا بعد از شهادت شهود غایب گردد، محکمه در هر دو صورت مدعی علیه را حاضر حکمی دانسته در موضوع اصدار حکم می نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه مدعی علیه بعد از اقامه دعوی مدعی، اقرار کند و در وقت صدور حکم خود را کناره نماید یا بعد از شهادت شهود غایب گردد، محکمه در هر دو صورت مدعی علیه را حاضر حکمی دانسته در موضوع اصدار حکم می نماید. به حیث مثال، اگر احمد و محمود عقد مساقات یا دهقانی را منعقد نمایند و احمد سهم محمود را ندهد و محمود علیه احمد اقامه دعوی و پرداخت حاصلات ناشی از عقد باغبانی را مطالبه نماید و احمد بعد از اقامه دعوی اقرار به عدم پرداخت نماید اما در وقت صدور حکم خود را کناره نماید یا بعد از شهادت جمشید و ویس علیه احمد، احمد غایب گردد، محکمه احمد را حاضر حکمی دانسته و مکلف است حکم خویش را در خصوص پرداخت سهم احمد صادر نماید.

عبارت کناره نماید در نص این ماده نازیبا و مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از کناره نماید، غایب گردد است. شهود جمع شاهدان است. حاضر دو نوع است: حاضر حقیقی و حاضر حکمی. حاضر حقیقی، حضور در محکمه به طور فزیکتی و مادی است. حضور حکمی، حضوری است که شخص حقیقتاً در محکمه حضور ندارد. اما، قانون حضور او را به رسمیت می شناسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مدعی و جلوگیری از غایب شدن مدعی علیه پس از اقرار و شهادت شهود است و پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۵۶: غیاب مدعی بعد از عجز از احضار شهود و متوجه نمودن سوگند به مدعی علیه

«در صورتی که مدعی از احضار شهود اظهار عجز نموده سوگند طرف مقابل را تقاضا ولی هنگام اجرای تحلیف خود را کناره نماید محکمه مدعی را حاضر حکمی دانسته به حلف و یا نکول مدعی علیه حکم صادر می نماید.»

طبق نص این ماده در صورتی که مدعی از احضار شهود اظهار عجز نموده سوگند طرف مقابل را تقاضا ولی هنگام اجرای تحلیف خود را کناره نماید محکمه مدعی را حاضر حکمی دانسته به حلف و یا نکول مدعی علیه حکم صادر می نماید. تعریف مدعی، مدعی علیه، استحضاری، شاهد و عجز گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی و ادعا نماید که ده هزار دالر را به محمود داده است اما محمود در برابر تسعیر آن به احمد پول افغانی نداده است اما احمد نتواند شاهدان را در محکمه حاضر نماید تا شاهدان در خصوص عقد صرف شهادت بدهند و احمد سوگند را متوجه محمود نماید و زمانی که محمود بخواهد سوگند را اداء نماید، احمد غایب گردد، محکمه احمد را حاضر حکمی تلقی نموده

و براساس حلف و نکول (ادای سوگند و عدم ادای سوگند) محمود حکم صادر می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده جلوگیری از غیاب مدعی و پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۵۷: غیابت مدعی بعد از رد سوگند به او توسط مدعی علیه

«هرگاه مدعی علیه در مواردی که رد سوگند جواز دارد سوگند را به مدعی رد نماید و مدعی غایب گردد محکمه به نکول مدعی حکم می نماید.»

تعریف مدعی، مدعی علیه و نکول گذشت. طبق نص این ماده هرگاه مدعی علیه در مواردی که رد سوگند جواز دارد سوگند را به مدعی رد نماید و مدعی غایب گردد محکمه به نکول مدعی حکم می نماید. مواردی که در آن رد سوگند جواز دارد در نص این ماده پیش بینی نشده است. مواردی که رد سوگند جواز دارد در احکام مربوط به سوگند ق. م پیش بینی شده است.


به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض داده باشد و محمود منکر مقروض بودن گردد و احمد سایر وسایل اثبات مانند سند و شاهد نداشته باشد و در محکمه سوگند را متوجه محمود نماید و از محمود بخواهد تا سوگند اداء نماید که یک لک افغانی قرضدار نیست، محمود می تواند سوگند را متوجه احمد نماید و به احمد بگوید که شما سوگند اداء نمایید که من یک لک افغانی قرضدار شما هستم. در صورتی که احمد غایب گردد، محکمه مکلف است به نکول (خودداری از سوگند) احمد حکم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم غیابت مدعی بعد از رد سوگند به او توسط مدعی علیه و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۵۸: غیابت مدعی و تعیین وکیل

«هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلاً حاضر نگردد و یا قبل از دوران دعوی یا بعد از آن غایب گردد و مدعی به حل و فصل موضوع اصرار ورزد محکمه با رعایت احکام فصل هشتم این باب اجراءات و بعد از منقضی شدن میعاد معینه یکی از اقارب درجه اول، زوج یا زوجه غایب را وکیل تعیین و دعوی را رسیدگی می نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد مندرج فصل هشتم (احکام جلب و احضار) است. طبق نص این ماده هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلاً حاضر نگردد و یا قبل از دوران دعوی یا بعد از آن غایب گردد و مدعی به حل و فصل موضوع اصرار ورزد محکمه با رعایت احکام فصل هشتم این باب اجراءات و بعد از منقضی شدن میعاد معینه یکی از اقارب درجه اول، زوج یا زوجه غایب را وکیل تعیین و دعوی را رسیدگی می نماید. تعریف عریضه در فصل اول گذشت. تعریف جلب در فصل ششم گذشت. تعریف اقارب، زوجه و زوجه گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی حق اختصاص را نماید و محمود اصلاً در محکمه حاضر نگردد یا محمود قبل از دوران دعوی یا بعد از آن غایب گردد و احمد اصرار و پافشاری بر حل و فصل قضیه داشته باشد، محکمه مکلف است بعد از رعایت احکام مربوط به جلب و احضار که تفصیل آن در فصل هشتم گذشت، زوج یا یکی از اقارب درجه اول محمود را وکیل محمود تعیین نماید و در

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل نهم: احکام غیابی  ۱۴۳

خصوص حق اختصاص حکم صادر نماید. اقارب درجه اول محمود در این مثال پدر یا پسر محمود است. در صورتی که مدعی علیه در این مثال زوجه باشد، محکمه می تواند زوج او یا اقارب درجه اول او مانند پدر و پسر او را به عنوان وکیل تعیین و دعوی را حل و فصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم غیابت مدعی بعد از اقامه دعوی و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت ننگرهار:

در بعضی اوقات اصلاً مدعی علیه حاضر محکمه نمی شود و مدعی به حل موضوعات خویش اصرار می کند. در این حالت محکمه چه باید کند؟ آیا قانون به گرفتن وکیل مسخر از طرف مدعی علیه غایب به محکمه اجازه میدهد و یا خیر؟

**توضیح:** هرگاه مدعی عریضه اش را به محکمه تقدیم نماید و مدعی علیه اصلاً حاضر محکمه نگردیده و یا این که حاضر محکمه شود لیکن قبل از دوران دعوی یا بعد از آن غائب گردد و مدعی به حل و فصل قضیه اصرار داشته باشد محکمه بعد از اجراءات جلب و اعلان با رعایت احکام فصل هشتم باب دوم قانون اصول محاکمات مدنی طبق هدایت مواد (۱۵۹/۱۵۸) قانون اصول محاکمات مدنی به تعیین وکیل مسخر اقدام می کند گرچه در بعضی از محاکم چنین رویه اتخاذ گردیده که بعد از یک مرتبه حد اقل حضور مدعی علیه به محکمه اقدام وکیل مسخر نمایند اما ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی در مورد صراحت داشته و تعیین وکیل مسخر در هر دو صورت فوق الذکر، قانونی دانسته می شود. ۲۰۶

متحدالمال شماره (۲۶۵۰ الی ۲۷۲۳) مؤرخ ۱۳۸۹/۸/۱۱ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

مقام محترم شورای عالی طی جلسه مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۰ قرار مصوبه شماره (۷۶۰) هدایت ذیل را صادر فرمودند:

از آنجا که بعضاً به مشاهده می رسد مدعی علیه در دعاوی به محکمه حاضر نگردیده و تعلل می نماید و در نهایت باعث تأخیر در رسیدگی به همچو قضایا شده و از جانبی مدعی اصرار به رسیدگی دعوی خود دارد. بنابراین، شورای عالی با تأکید بر توضیح شماره ۱۵ در برابر پرسش ریاست محکمه استیناف ننگرهار مندرج صفحه (۱۳۵) سیمینار رؤسای محاکم منعقدۀ تاریخ ۱۲/۱۷ عقرب سال ۱۳۸۶ چنین تجویز اتخاذ کرد که حسب ماده (۱۵۸) قانون اصول محاکمات مدنی که چنین مشعر است:

«هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلاً حاضر نگردد و یا با رعایت احکام فصل هشتم این باب «اطلاع، جلب و احضار» اجراءات و بعد از منقضی شدن ميعاد معينه یکی از اقارب درجه اول، زوج یا زوجه غایب را وکیل تعیین و دعوی را رسیدگی نماید.»

در ماده ۱۵۹ قانون مذکور چنین آمده است:

«در صورتی که 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، خارنوال مدنی را به حیث وکیل غایب تعیین و دعوی رارسیدگی نماید.»

بالاثر محاکم در رسیدگی قضایای مشابه بادر نظر داشت مصوبه سیمینار مذکور رعایت نموده و از التوای رسیدگی قضایا جلوگیری نمایند.

مصوبه فوق به مقصد تسریع اجراءات به تمام محاکم و مراجع مربوط متحدالماً اخبار گردد. ۲۰۷

### ماده ۱۵۹: وکیل غایب

«در صورتی که 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 خارنوال مدنی را به حیث وکیل غایب تعیین و دعوی را رسیدگی می نماید.»

طبق نص این ماده در صورتی که 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 خارنوال مدنی را به حیث وکیل غایب تعیین و دعوی رارسیدگی می نماید. تعریف اقارب درجه اول، زوج، زوجه و تجویز گذشت. طبق فقه حنفی و ق. م شرایط وکالت عبارت از عاقل و ممیز بودن است.<sup>۲۰۸</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی حق اختصاص را نماید و محمود غایب گردد و اقارب محمود یا زوجه محمود فاقد شرایط وکالت که عبارت اند از عقل و تمیز است باشند، به عنوان نمونه، طفل و دیوانه باشند یا از پذیرش وکالت سرپیچی نمایند، در اثر تجویز محکمه خارنوال مدنی به حیث وکیل غایب باید تعیین گردد. در عمل، وکیل غایب در اثر تقاضای رسمی محکمه ذیصلاح از میان خارنوالان مدنی خارنوالی تعیین می گردد. دلیل این که خارنوال به عنوان وکیل غایب تعیین می گردد روشن نیست. به نظر می رسد دلیل این قاعده دفاع از منافع شخص غایب توسط وکیل مسخر است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم غیابت مدعی و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

متحدالآل شماره (۳۴۸-۴۳۶) مورخ ۱۳۸۵ / ۸ / ۳۶۵ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

براساس استهدائیه محکمه استیناف ولایت فاریاب در رابطه به مشکل تعیین وکیل مسخر برای مدعی علیه غائب در قضایای مدنی که باید از اقارب شان باشد و در صورت امتناع اقارب از قبولی وکالت، خارنوالی مدنی ولایت باید به حیث وکیل مسخر تعیین گردد ولی قرار معلومات خارنوالی ولایت فاریاب که خارنوالی

۲۰۷. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۲۷۷ و ۲۷۸.

۲۰۸. نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جایب، جلد (۲)، عقود معین، عقد وکال، چاپ سوم، کابل: انتشارات سعید.

مدنی نیز از تشکیل خارنوالی های مرافعه تقیص گردیده، شورای عالی ستره محکمه طی یادداشت شماره (۵۶۳) مؤرخ ۲۰/۷/۱۳۸۵ چنین هدایت صادر نمود:

«چون ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی در مورد تعیین وکیل مسخر برای غائب به قوت خود باقی و نافذ است و فعلاً به اثر قانون دیگری این تکلیف بدوش اداره دیگری گذاشته نشده بنابراین تاحین تعدیل ماده اصول محاکمات مدنی و نفاذ قانون دیگری مقام محترم لوی خارنوالی فعلاً در زمینه همکاری فرموده، به ریاست های خارنوالی های ولایات هدایت دهند تا یکنفر خارنوال را برای وکالت مسخر معرفی بدارند. موضوع در حالی که به مقام محترم لوی خارنوالی اخبار می گردد طور متحدالمال به تمام ریاست های محاکم اخبار گردد.<sup>۲۰۹</sup>

متحد المال شماره ۱۰۹۵ الی ۱۱۵۴ مؤرخ ۱۳/۳/۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

محکمه اختصاصی فامیلی کابل استهدائیه شماره (۱۲۵۲-۷۶۳) مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۵ را به متن ذیل ارایه داشته است:

«یک تعداد قضایای تفریق به سبب غیاب شوهر در این محکمه تحت بررسی قرار داشته که مراحل جلب و اعلان آن به منظور حضور شخص غایب تکمیل و مرحله بعدی آن در ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی احضار اقارب درجه اول شخص غایب به منظور وکالت از وی تصریح گردیده و اجراءات بعدی محکمه را به مشکل مواجه ساخته است؛ بدین معنی که: سکونت اصلی شخص غایب یا خارج از شهر کابل بوده و یا اینکه طبق اظهارات مدعیه ازدواج وی با شخص غایب (شوهرش) روی عوامل خاص صورت گرفته بدان ملحوظ واقعاً از محل سکونت اصلی شوهر و اقارب آن معرفت و آگاهی نداشته است در مورد طالب هدایت می باشیم.»

موضوع جهت ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات محول و پس از وصول نظر آن اداره جریان به مقام شورای عالی ستره محکمه پیشنهاد و طی یادداشت (۱۵۹) مؤرخ ۱۵/۱۲/۱۳۸۵ هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر ریاست تدقیق و مطالعات مبنی بر این که: طبق هدایت ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی که می گوید: «در صورتی که 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 خارنوال مدنی را به حیث وکیل غایب تعیین و دعوی را رسیده گی می نماید» محکمه فامیلی ذکر نموده که ماده (۱۵۹) مذکور اجراءات بعدی محکمه را به مشکل مواجه می سازد. طوری که دیده می شود در ماده مذکور هیچ نوع اشکالی راجع به اجراءات محکمه در مورد فیصله علیه زوج غایب دیده نمی شود زیرا در صورتی که اقارب درجه اول غایب روی هر دلیلی از وکالت محروم شود محکمه مربوط خارنوال مدنی را به حیث وکیل تعیین نموده به موضوع رسیدگی می نماید.

در صورتی که حیات و ممت زوج غایب معلوم نباشد محکمه مربوط طبق ماده (۱) قانون اصول محاکمات مدنی با رعایت ماده (۳۲۶) قانون مدنی در موضوع اقدام نماید عیناً تأیید است. متن یادداشت به محاکم استیناف ولایات اخبار گردد تا مطابق به آن اجراءات مقتضی قانونی همگون به عمل آورند. متن یادداشت متحدالماً به محاکم اخبار گردید تا با رعایت آن در حصه خویش اجراءات قانونی نمایند.<sup>۲۱۰</sup>

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت کاپیسا:

در ماده (۱۵۹) ق.ا.م.ا. در مورد تعیین وکیل برای غایب تعیین خارنوال مدنی تجویز گردیده حالآنکه در تشکیل فعلی خارنوالی ها خارنوال مدنی وجود ندارد اکثر خارنوالی ها از قبول وکالت امتناع و توضیح می نمایند که ما خارنوالی مدنی نداریم در مورد مشکل فوق توجه مقام عالی را خواهیم. توضیح: به موجب ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی اگر از اقارب درجه اول غایب، زوج یا زوجه وی موجود نباشد یا از وکالت امتناع ورزند از اینکه خارنوال مدنی فعلاً از تشکیل خارنوالی حذف گردیده به عوض آن از مساعدت های حقوقی مطابق ماده (۱۵۹ و ۱۶۰) قانون اصول محاکمات مدنی و یا غیر از خارنوالی مدنی خارنوال دیگری به حیث وکیل برای غایب تعیین گردد، حکم مذکور با نقض مواجه نمی گردد و اداره خارنوالی مربوط مکلف است که حین مطالبه محکمه یکی از خارنوالان را معرفی نماید.<sup>۲۱۱</sup>

#### ماده ۱۶۰: تعیین وکیل برای غایب

«تعیین وکیل برای شخص غایب از طرف محکمه به داخل اوراق حکم صورت می گیرد. این وکیل صلاحیت های دفاعی غایب را حایز می باشد.»

طبق نص این ماده تعیین وکیل برای شخص غایب از طرف محکمه به داخل اوراق حکم صورت می گیرد. این وکیل صلاحیت های دفاعی غایب را حایز می باشد. تعریف غایب گذشت. تعریف وکیل گذشت. عبارت به داخل اوراق حکم در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. در صورتی که شخص غایب باشد دو مسأله عرض وجود می نماید. نخست مطالبه تفریق توسط زوجه شخص غایب و دوم اداره اموال شخص غایب.

به حیث مثال، اگر احمد از محل اقامت خویش غایب گردد و سه سال سپری شود و احمد تجارت خانه، اموال، زمین، خانه و نظیر اینها داشته باشد و تجارت احمد در اثر غیابت او متأثر شود و همچنین زوجه احمد به دلیل غیابت احمد از نظر روحی، شهوی و ... متأثر شود و از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی نماید، برای اداره اموال احمد و نیز برای طلاق زوجه احمد، محکمه می تواند وکیل (مسخر) تعیین نماید. وکیل غایب در اثر تقاضای رسمی محکمه ذیصلاح از میان خارنوالان مدنی خارنوالی تعیین می گردد. کارویژه یا وظیفه وکیل دفاع از منافع و مصالح شخص غایب است که خیلی توجیه پذیر

۲۱۰. همان، محمد عثمان ژوبل، صص ۳۵۷ و ۳۵۸.

۲۱۱. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب، ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تامین عدالت،

ریاست نشرات ستره محکمه، صص ۱۱۰ و ۱۱۱.



به نظر نمی رسد زیرا ثارنوال معمولاً به نمایندگی از دولت در دعاوی جزایی به عنوان مدعی العموم در محکمه ظاهر می شود.

بنابراین، در مثال بالا، وکیل غایب می تواند مال و دارایی احمد را اداره نماید. همچنین، در حضور وکیل غایب، محکمه ذیصلاح می تواند زوجه احمد را در اثر مطالبه زوجه به سبب تفریق به سبب غیاب طلاق دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی حکم جواز تعیین وکیل برای شخص غایب به منظور مورد حمایت قرار دادن منافع و مصالح شخص غایب است.

#### ماده ۱۶۱: غیابت غایب در اثر عذر و معطل شدن رسیدگی قضیه الی مدت دو ماه

«در صورتی که مدعی علیه غایب عذر معقول داشته و به محکمه اطلاع بدهد به غرض رفع عذر رسیدگی قضیه الی دو ماه معطل قرار داده می شود.»

طبق نص این ماده در صورتی که مدعی علیه غایب عذر معقول داشته و به محکمه اطلاع بدهد به غرض رفع عذر رسیدگی قضیه الی دو ماه معطل قرار داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد از اقامتگاه خویش غایب باشد و محمود باغبان احمد در خصوص پرداخت سهم باغبانی علیه احمد اقامه دعوی نماید، اما احمد در اثر عذر مانند تجارت، تحصیل، وظیفه خارج از وطن باشد و عذر خویش را به محکمه اطلاع دهد، محکمه به دلیل عذر مکلف است رسیدگی به قضیه را الی مدت دو ماه معطل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی حکم غیابت غایب در اثر عذر و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۶۲: صدور حکم در صورتی که غیابت از دو ماه تجاوز نماید

«هرگاه مدت تعطیل از دو ماه متجاوز گردد محکمه می تواند در رسیدگی قضیه با استفاده از وسایل ممکنه قانونی اقدام و در حالات خاص مدت متذکره را تمدید نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه مدت تعطیل از دو ماه متجاوز گردد محکمه می تواند در رسیدگی قضیه با استفاده از وسایل ممکنه قانونی اقدام و در حالات خاص مدت متذکره را تمدید نماید. به حیث مثال، اگر احمد از اقامتگاه خویش غایب باشد و محمود باغبان احمد در خصوص پرداخت سهم باغبانی علیه احمد اقامه دعوی نماید، اما احمد در اثر عذر مانند تجارت، تحصیل یا وظیفه خارج از وطن باشد و عذر خویش را به محکمه اطلاع دهد، محکمه به دلیل عذر مکلف است رسیدگی به قضیه را الی مدت دو ماه معطل نماید.

اما، اگر این مدت از دو ماه بیشتر شود، محکمه مکلف به صدور حکم است. حالات خاص از این حکم مستثنی است. اما، قانونگذار ا. م. م. حالات خاص را احصا نکرده است که محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است این حالات با استفاده از تفسیر رسمی احصاء و شمارش شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی حکم غیابت غایب در اثر عذر و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۶۳: حضور غایب بعد از تعیین وکیل توسط محکمه

۱- هرگاه غایب بعد از تعیین وکیل از طرف محکمه، حاضر گردد محاکمه در حضور وی جریان می یابد؛ و  
 ۲- هرگاه غیابت وی مکرر و یا ناشی از تمرد و اضرار به طرف مقابل باشد این حضور اعتبار نداشته محاکمه در حضور وکیل تعیین شده از طرف محکمه ادامه می یابد.».

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) هرگاه غایب بعد از تعیین وکیل از طرف محکمه، حاضر گردد محاکمه در حضور وی جریان می یابد. به حیث مثال، اگر احمد از اقامتگاه خویش غایب باشد و محمود دهقان احمد در خصوص پرداخت سهم دهقانی علیه احمد اقامه دعوی نماید و محکمه برای محمود وکیل تعیین نماید و پس از تعیین وکیل محمود در محکمه حاضر گردد، محاکمه در حضور محمود جریان پیدا می نماید.

۲) هرگاه غیابت وی مکرر و یا ناشی از تمرد و اضرار به طرف مقابل باشد این حضور اعتبار نداشته محاکمه در حضور وکیل تعیین شده از طرف محکمه ادامه می یابد. مکرر در لغت به معنی تکرار شده، بارها و به دفعات است. تمرد در لغت به معنی سرکشی، سرپیچی و نافرمانی است. اضرار جمع ضرر است. ضرر در لغت به معنی زیان و گزند رسانیدن است.<sup>۲۱۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد از اقامتگاه خویش غایب باشد و محمود دهقان احمد در خصوص پرداخت سهم دهقانی علیه احمد اقامه دعوی نماید و محمود به منظور نافرمانی از امر محکمه یا ضرر رسانیدن به احمد تکراراً غایب گردد و محکمه برای محمود وکیل تعیین نماید و پس از تعیین وکیل محمود در محکمه حاضر گردد، این حضور اعتبار ندارد و محاکمه در حضور محمود جریان پیدا می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم حضور غایب بعد از تعیین وکیل و پیش بینی ضمانت اجرای حضور غایب است.

#### ماده ۱۶۴: غیابت مدعی بعد از توجیه سوگند توسط مدعی علیه

«هرگاه در برابر دفاع مدعی علیه به مدعی اصل، سوگند متوجه و بعداً مدعی دفع غایب گردد در این صورت محکمه به نیابت از غایب وکیل را تعیین و به مدعی اصل سوگند را توجیه می نماید. حلف و نکول در این حالت دارای اثرات قانونی می باشد.».

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) هرگاه در برابر دفاع مدعی علیه به مدعی اصل، سوگند متوجه و بعداً مدعی دفع غایب گردد در این صورت محکمه به نیابت از غایب وکیل را تعیین و به مدعی اصل سوگند را توجیه می نماید. تعریف غایب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دو لک افغانی دین نماید و محمود سوگند را متوجه احمد نماید و سپس احمد غایب گردد، محکمه به نیابت یا نمایندگی از احمد وکیل را تعیین و به احمد سوگند را توجیه می نماید. نص این ماده که می گوید به «مدعی اصل سوگند را توجیه می نماید» محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در این فرض مدعی دفع غایب است و به غایب توجیه سوگند ناممکن است. به نظر می رسد در این صورت قاضی می تواند سوگند را متوجه وکیل مدعی

غایب نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، بعد از تعیین وکیل برای احمد، قاضی از وکیل احمد بخواهد تا سوگند اداء نماید که محمود دو لک افغانی مدیون احمد است.

۲) حلف و نکول در این حالت دارای اثرات قانونی می باشد. به حیث مثال، اگر وکیل مدعی غایب سوگند را اداء نماید یا از ادای سوگند امتناع ورزد، اداء و عدم ادای سوگند دارای اثر قانونی است و بنابراین قاضی می تواند براساس آن حکم صادر نماید. به حیث مثال، اگر وکیل احمد در مثال بالا، سوگند اداء نماید که محمود دو لک افغانی مدیون احمد مؤکل من است، دین احمد بر محمود ثابت می شود. اگر وکیل احمد از ادای سوگند امتناع ورزد، دین احمد بر محمود ثابت نمی گردد و بنابراین قاضی باید محمود را برائت دهد. دلیل ترتیب اثر قانونی بر ادای سوگند و عدم ادای سوگند این است سوگند یکی از وسایل اثبات دعوی است و مانند سایر وسایل اثبات دعوی که بحث آن خواهد آمد می تواند برای اثبات یا عدم اثبات دعوی توسط طرفین دعوی مورد استفاده قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش حکم غیابت مدعی در صورت توجیه سوگند به او توسط مدعی علیه و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۶۵: شاهد نداشتن مدعی

«هرگاه مدعی شهود نداشت و حلف مدعی علیه غایب را مطالبه نمود محکمه حکم معلق به سوگند را بر غایب صادر می نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه مدعی شهود نداشت و حلف مدعی علیه غایب را مطالبه نمود محکمه حکم معلق به سوگند را بر غایب صادر می نماید. عبارت «حکم معلق به حلف» در نص این ماده مبهم و پیچیده به نظر می رسد. شهود جمع شاهد است. حلف در لغت به معنی سوگند، یمین و قسم است. معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویخته و آویزان است.<sup>۲۱۳</sup>

به حیث مثال، اگر احمد ادعای ده لک افغانی دین را علیه محمود نماید و احمد برای اثبات ادعای خویش دو تن شاهد نداشته باشد و از محکمه بخواهد تا محمود را سوگند بدهد و محمود غایب باشد، محکمه حکم معلق به سوگند را صادر می نماید. نص این ماده مجمل است و اثر حکم معلق به سوگند در نص این ماده مشخص نشده است. اما، نص این ماده مرتبط به ماده ۱۶۶ ق. ا. م. م به نظر می رسد. زیرا، نص ماده ۱۶۶ ق. ا. م. م این اجمال را تکمیل می نماید که بحث آن در ذیل ماده ۱۶۶ ق. ا. م. م خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده جواز توجیه سوگند به مدعی علیه غایب و صدور حکم معلق به سوگند مدعی علیه غایب بعد از حضور است.

#### ماده ۱۶۶: نکول حقیقی و حکمی مدعی علیه غایب

«هرگاه مدعی علیه در خلال مدت دو ماه به محکمه حاضر اما از حلف نکول نمود این نکول، نکول حقیقی و عدم حضور مدعی علیه بدون عذر به محکمه در خلال مدت معینه مذکور نکول حکمی می باشد در هر دو صورت محکمه به نکول او حکم صادر می نماید.»

به نظر می رسد نص این ماده مرتبط به ماده ۱۶۵ ق. ا. م. م است. زیرا، چنانچه گفته شد، نص ماده ۱۶۵ ق. ا. م. م مجمل است و تکلیف حکم معلق به سوگند مدعی علیه غایب در نص ماده ۱۶۵ ق. ا. م. م مشخص نشده است. طبق نص این ماده بعد از صدور حکم معلق به سوگند دو حالت متصور به نظر می رسد:

۱) هرگاه مدعی علیه در خلال مدت دو ماه به محکمه حاضر اما از حلف نکول نمود این نکول، نکول حقیقی و محکمه باید به نکول مدعی علیه حکم صادر نماید. نکول در لغت خودداری از ادای سوگند است.<sup>۲۱۴</sup> به حیث مثال، اگر احمد ادعای ده لک افغانی دین را علیه محمود نماید و احمد برای اثبات ادعای خویش دو تن شاهد نداشته باشد و از محکمه بخواهد تا محمود را سوگند بدهد و محمود غایب باشد، محکمه حکم معلق به سوگند را صادر می نماید. در صورتی که محمود در خلال مدت دو ماه به محکمه حاضر گردد و از ادای سوگند اجتناب و پرهیز نماید (از حلف نکول نماید) این اجتناب یا نکول حقیقی تلقی می گردد و حکمی را که محکمه در خصوص رد دین به احمد توسط محمود صادر می نماید، مرعی الاجراء می گردد.

۲) عدم حضور مدعی علیه بدون عذر به محکمه در خلال دو ماه نکول حکمی تلقی می شود. نکول یا خودداری از سوگند دو نوع است: نکول حقیقی که عبارت است از این که مدعی علیه از ادای سوگند در محکمه امتناع نماید. نکول حکمی که عبارت است از این که مدعی علیه غایب در محکمه در مدت دو ماه حاضر نگردد. به حیث مثال، اگر احمد ادعای ده لک افغانی دین را علیه محمود نماید و احمد برای اثبات ادعای خویش دو تن شاهد نداشته باشد و از محکمه بخواهد تا محمود را سوگند بدهد و محمود غایب باشد، محکمه حکم معلق به سوگند را صادر می نماید. در صورتی که محمود در خلال مدت دو ماه به محکمه بدون داشتن عذر مریضی، تصادم و نظیر اینها حاضر نگردد، عدم حضور بدون عذر، نکول حکمی تلقی می شود و حکمی را محکمه در خصوص رد دین به احمد توسط محمود صادر می نماید، مرعی الاجراء می گردد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۱۶۶ ق. ا. م. م پیش بینی اثر صدور حکم معلق به سوگند مدعی علیه غایب است. با پذیرش این فرضیه، تدوین احکام مندرج در مواد ۱۶۵ و ۱۶۶ ق. ا. م. م در دو مواد جداگانه گمراه کننده است. قابل توصیه است در صورت تعدیل، احکام این دو مواد در یک ماده مدغم شوند.

**ماده ۱۶۷: حضور و عدم حضور مدعی علیه غایب در مدت دو ماه**

«۱- هرگاه مدعی علیه غایب در میعاد معینه حاضر و در برابر ادعای مدعی سوگند یاد نماید به قطع خصومت مدعی حکم صادر گردد؛ و ۲- آمادگی مدعی علیه به حلف بعد از سپری شدن میعاد دو ماه اعتبار ندارد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) هرگاه مدعی علیه غایب در میعاد معینه حاضر و در برابر ادعای مدعی سوگند یاد نماید به قطع خصومت مدعی حکم صادر گردد. به حیث مثال، اگر احمد ادعای ده لک افغانی دین را علیه محمود نماید و احمد برای اثبات ادعای خویش دو تن شاهد نداشته باشد و از محکمه بخواهد تا محمود را سوگند بدهد و محمود غایب باشد، محکمه حکم معلق به سوگند را صادر می نماید. در صورتی که محمود در خلال مدت دو ماه به محکمه حاضر گردد و سوگند یاد نماید که مدیون احمد نیست، ادعای احمد علیه محمود ثابت نمی گردد و قاضی مکلف است حکم به قطع خصومت صادر نماید.

۲) آمادگی مدعی علیه به حلف بعد از سپری شدن میعاد دو ماه اعتبار ندارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بعد از دو ماه در محکمه حاضر شود و برای حلف یا ادای سوگند آمادگی نشان بدهد، این آمادگی و ادای سوگند به دلیل انقضای مدت اعتبار ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم حضور و عدم حضور مدعی علیه غایب در مدت دو ماه است.

#### ماده ۱۶۸: غیابت ولی، وصی، قیم و وکیل غایب

«هرگاه ولی، قیم یا وکیل غایب دعوی را تعقیب ننماید محکمه نسبت عدم حضور و تعقیب آنها به ترك خصومت حکم نکرده در صورت دوام غیابت عوض قیم، وصی یا وکیل غایب شخص دیگری را به حیث ممثل قانونی و در صورت سلب ولایت از ولی دیگری را به حیث وصی تعیین و در موضوع حکم خود را صادر می نماید.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) هرگاه ولی، قیم یا وکیل غایب دعوی را تعقیب ننماید محکمه نسبت عدم حضور و تعقیب آنها به ترك خصومت حکم نکرده در صورت دوام غیابت عوض قیم، وصی یا وکیل غایب شخص دیگری را به حیث ممثل قانونی تعیین و در موضوع حکم خود را صادر می نماید. تعریف ولی، وصی، قیم و وکیل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی تقسیم اموال مشاع (مشترک) را اقامه نماید و احمد غایب باشد و ولی، قیم و وکیل احمد نیز غایب باشند و ادعای احمد را تعقیب ننمایند، قاضی نمی تواند به ترك خصومت به دلیل غیابت محمود و نایبین محمود حکم صادر نماید بلکه قاضی می تواند شخص دیگری را به عنوان ممثل قانونی محمود به عوض ولی، قیم و وکیل محمود تعیین نماید و دعوی را حل و فصل نماید. پرسش این است که این شخص کیست؟ در پاسخ به این سؤال ق. ا. م. م ساکت است. به نظر می رسد این صلاحیت به قاضی واگذار شده است.

۲) در صورت سلب ولایت از ولی، قاضی می تواند شخص دیگری را به حیث وصی تعیین و در موضوع حکم خود را صادر می نماید. سلب در لغت به معنی ربودن، نفی و گرفتن است.<sup>۲۱۰</sup> تعریف ولایت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود باشد و با موتر محمود بدون احتیاط رانندگی نماید و به موتر ضرر وارد نماید، قاضی می تواند ولایت احمد را محدود یا سلب نماید. در این صورت، اگر جمشید علیه احمد ادعای داشتن دین را نماید، قاضی می تواند ویس را به عنوان وصی احمد تعیین نماید و به دعوی رسیدگی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم غیابت ولی، وصی، قیم و وکیل غایب است.

#### ماده ۱۶۹: عدم تعقیب دعوی توسط وکیل

«هرگاه وکیل دعوی، دعوی موکل خود را تعقیب ننماید محکمه صرف یکبار موضوع را به موکل ابلاغ و در صورت حضور موکل یا تعیین وکیل جدید به حل و فصل دعوی می پردازد در صورت عدم توجه موکل به ابلاغ محکمه به ترك خصومت حکم می نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه وکیل دعوی، دعوی موکل خود را تعقیب ننماید محکمه صرف یکبار موضوع را به موکل ابلاغ و در صورت حضور موکل یا تعیین وکیل جدید به حل و فصل دعوی می پردازد. در صورت عدم توجه موکل به ابلاغ، محکمه باید به ترك خصومت حکم نماید. مؤکل شخصی است که دیگری را جهت اجرای تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود می سازد. تعریف ابلاغ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب نماید و محمود برای اعاده زمین خویش جمشید را وکیل بگیرد و وکیل بعد از اقامه دعوی در محکمه ذیصلاح دعوی محمود را تعقیب ننماید، محکمه صرف یک دفعه به محمود ابلاغ می نماید. در صورتی که محمود در محکمه حاضر گردد یا محمود وکیل جدید استخدام نماید، محکمه مکلف است به دعوی رسیدگی نماید. در صورتی که محمود به ابلاغ محکمه توجه ننماید، محکمه مکلف است به ترك خصومت حکم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم تعقیب دعوی توسط وکیل است.

متحدالمال شماره (۶۷۳ - ۷۴۶) مؤرخ ۱۳۹۷/۴/۱۱، ریاست دارالانشاء که به اساس مصوبه شماره (۱۸۳) مؤرخ ۱۳۹۷/۲/۱۱، شورایعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است، ریاست دارالانشاء شورایعالی پیشنهادیه خویش را به جلسه مؤرخ ۱۳۹۷/۲/۱۱ شورایعالی ستره محکمه، به متن ذیل تقدیم نموده است:

«از آنجا که فیصله های نهایی مبنی بر ترك خصومت "محاکم مماثل" طبق قانون بالاتر مطالبه محکوم علیه قضیه تابع پروسه تجدیدنظر خواهی بوده و یک قسمت قابل ملاحظه قضایای تجدید نظر خواهی ناشی از همین بابت بوده و از طرف هم اکثراً همچو قضایا در جلسات شورای عالی به دلیل اینکه در ماهیت موضوع رسیده گی محاکماتی صورت نگرفته مواجه به لغو می گردد. بدلیل اینکه، اصحاب دعاوی قضایای شانرا تعقیب نمی نمایند و به بهانه های که گویا ولی، وصی، قیم و یا هم وکیل مربوط، دعاوی شان را عند

المحکمه تعقیب نموده اند محاکم بدون در نظر داشت مواد (۱۶۸ و ۱۶۹) قانون اصول محاکمات مدنی به صدور فیصله های ترک خصومت اقدام نموده و عارض تجدید نظر خواه میگردد که این موضوع از یک طرف سبب پریشانی اصحاب دعاوی گردیده و از طرف دیگر باعث تراکم کاری در بخش تجدید نظر این ریاست میگردد.»

شورای عالی در زمینه طی تصویب شماره (۱۸۳) مؤرخ ۱۳۹۷/۲/۱۱ ذیلاً هدایت فرمودند: «متن پیشنهاد تأیید است، محاکم غرض جلوگیری از سرگردانی اصحاب دعاوی و قانونیت روند محاکمه مواد (۱۶۸ و ۱۶۹) قانون اصول محاکمات مدنی را جدراً رعایت نموده سعی نمایند؛ تا موضوع را در ماهیت دعوی رسیده گی نموده و به آن نقطه پایان دهند. موضوع به عموم محاکم متحدالماً اخبار گردد.» متن تصویب فوق بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط متحدالماً اخبار شد؛ تا آنرا به مراجع ذیربط تعمیم نموده مطابق آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.<sup>۲۱۶</sup>

#### ماده ۱۷۰: حدود صلاحیت های وکیل غایب

۱- وکیل غایب صلاحیت اقرار، ابراء، اصلاح، قناعت و سایر اقداماتی را که به ضرر غایب تمام شود حایز نمی باشد؛ ۲- صلاحیت وکیل تعیین شده از طرف محکمه با نظر داشت حکم ماده (۱۶۳) این قانون بعد از اطلاع و حاضر شدن شخص غایب ختم می شود.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) وکیل غایب صلاحیت اقرار را ندارد. تعریف اقرار در فصل وسایل اثبات خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین را نماید و محمود غایب باشد و قاضی برای محمود وکیل تعیین نماید، وکیل محمود صلاحیت اقرار را ندارد. بنابراین، وکیل محمود نمی تواند اقرار نماید که مؤکل من مدیون احمد بوده است.

۲) وکیل غایب صلاحیت ابراء را ندارد. ابراء از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حق ثابت در ذمه است. در اصطلاح حقوق مدنی، به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند مانند اینکه: شخصی دینی را که بر عهده دیگری دارد، ساقط نماید.<sup>۲۱۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و قاضی برای اداره اموال احمد جمشید را وکیل تعیین نماید و محمود مدیون احمد از دینی که احمد بر عهده محمود دارد انکار نماید و جمشید وکیل احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محمود از جمشید بخواهد تا محمود را ابراء دهد، جمشید این صلاحیت را ندارد.

۳) وکیل غایب صلاحیت اصلاح را ندارد. اصلاح در لغت به معنی آشتی، صلح، آشتی دادن و صلح کردن است.<sup>۲۱۸</sup> در اصطلاح شرعی صلح عبارت از عقدی است که جهت رفع منازع وضع گردیده

۲۱۶. احمد فهیم قویم (۱۳۹۸). مجموعه متحدالماًل های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۲۳۲ و ۲۳۳.

۲۱۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۳۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰.

است.<sup>۲۱۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و قاضی برای اداره اموال احمد جمشید را وکیل تعیین نماید و محمود مدیون احمد از دینی که احمد بر عهده محمود دارد انکار نماید و جمشید وکیل احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محمود از جمشید بخواهد محمود زمین خویش را به احمد در بدل دین بدهد، جمشید صلاحیت این صلح را ندارد.

۴) وکیل غایب صلاحیت قناعت که به ضرر غایب تمام شود حایز نمی باشد. به حیث مثال، اگر احمد وکیل جمشید غایب باشد و احمد در خصوص دین جمشید که بر عهده محمود است اقامه دعوی نماید، اما محکمه حکم خویش را به نفع محمود صادر نماید، احمد صلاحیت قناعت به این حکم را ندارد و باید علیه این حکم استیناف خواهی نماید.

۵) وکیل غایب صلاحیت سایر اقداماتی را که به ضرر غایب تمام می شود ندارد. نص این ماده احصایی است نه حصری. زیرا، قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از سایر اقدامات شبیه صلح، قناعت و اقرار سخن می گوید. بنابراین، نص این ماده باب قیاس را برای تطبیق کنندگان ق. ا. م. م باز گذاشته است و تطبیق کنندگان ق. ا. م. م می توانند هر اقدامی را که به نفع غایب باشد انجام دهند و از هر اقدامی که شبیه اقرار، صلح، قناعت و نظیر اینها است و به ضرر غایب تمام می شوند، خودداری نمایند.

۶) صلاحیت وکیل تعیین شده از طرف محکمه با نظر داشت حکم ماده (۱۶۳) این قانون بعد از اطلاع و حاضر شدن شخص غایب ختم می شود. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۶۳ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۱۶۳ ق. ا. م. م هرگاه غایب بعد از تعیین وکیل از طرف محکمه، حاضر گردد محکمه در حضور وی جریان می یابد و وکالت وکیل ختم می شود. به حیث مثال، اگر در مثال های بالا، جمشید غایب حاضر گردد، وکالت احمد ختم می شود و جمشید می تواند از خود اصالتاً نمایندگی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تقیید صلاحیت های وکیل غایب، مورد حمایت قرار دادن منافع و مصالح غایب و پیش بینی حالت ختم وکالت وکیل غایب است.

#### ماده ۱۷۱: حدود صلاحیت ممثل حقوق عامه

«ممثل حقوق عامه صلاحیت اقرار، ابراء و اصلاح را ندارد مگر این که در قانون طور دیگری تصریح شده باشد.».

از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است ممثل حقوق عامه صلاحیت اقرار، ابراء و اصلاح را ندارد. ممثل حقوق عامه شخصی است که از منافع عامه در قضایای حقوق عامه دفاع می نماید. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و یک اداره دولتی مانند وزارت داخله متنازع فیه باشد، کارمند ریاست عمومی قضایای دولت، ممثل دولت است و اراده وزارت داخله را تمثیل می نماید.

۲۱۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۳؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۲۳، صص ۲۸۸۵-۲۸۸۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمّدی سقر، صص ۴۴۰ و ۴۴۱.



در این دعوی، کارمند ریاست عمومی قضایای دولت صلاحیت اقرار، ابراء و صلح را که تعریف هر یک در بالا گذشت، ندارد. استثنای این اصل این است که در قوانین خاص مانند قانون قضایای دولت و نظیر آن طور دیگری پیش بینی شده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حدود صلاحیت ممثل حقوق عامه است.

### ماده ۱۷۲: ابلاغ حکم به وکیل غایب و اطلاع حکم به غایب

«احکام غیابی به وکیل ابلاغ و به محکوم علیه اطلاع داده می شود. در صورت عدم امکان ابلاغ به محکوم علیه اطلاع نامه به یکی از اعضای فامیل غایب تسلیم و در صورت عدم موجودیت اعضای فامیل به اداره محل بود و باش و یا اداره محل کارشان سپرده می شود.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) احکام غیابی به وکیل باید ابلاغ گردد. تعریف ابلاغ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین را نماید و احمد غایب باشد و قاضی برای احمد وکیل تعیین نماید و سپس به براءت ذمه محمود یا محکومیت محمود حکم نماید، قاضی مکلف است حکم را به وکیل غایب ابلاغ نماید.

۲) احکام غیابی به وکیل ابلاغ و به محکوم علیه اطلاع داده می شود. اطلاع در لغت به معنی مطلع و آگاه ساختن است. به حیث مثال، در مثال بالا، قاضی مکلف است حکم خویش را به آگاهی محمود برساند.

۳) در صورت عدم امکان ابلاغ به محکوم علیه اطلاع نامه به یکی از اعضای فامیل غایب تسلیم داده می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اطلاع حکم محکمه به محمود ممکن نباشد، محکمه مکلف است اطلاع نامه را به یکی از اعضای فامیل محمود تسلیم نماید.

۴) در صورت عدم موجودیت اعضای فامیل به اداره محل بود و باش و یا اداره محل کارشان سپرده می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر اعضای فامیل محمود در اقامتگاه خویش حاضر و موجود نباشند، محکمه مکلف است اطلاع نامه را به اداره اقامتگاه و اداره محل کار محمود بفرستد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م از اداره محل بود و باش حوزه مربوطه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم ابلاغ حکم به وکیل غایب است.

### ماده ۱۷۳: فاقد صلاحیت بودن وکیل غایب و ممثل حقوق عامه نسبت به حکم محاکم

«وکیل غایب و ممثل حقوق عامه در برابر حکم صادره محکمه صلاحیت قناعت را ندارد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) وکیل غایب در برابر حکم صادره محکمه صلاحیت قناعت را ندارد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین را نماید و احمد غایب باشد و قاضی برای احمد وکیل تعیین نماید و سپس محمود را محکوم به پرداخت دین نماید، وکیل محمود صلاحیت قناعت به حکم محکمه را ندارد و باید علیه حکم محکمه استیناف خواهی نماید.

۲) ممثل حقوق عامه در برابر حکم صادره محکمه صلاحیت قناعت را ندارد. تعریف ممثل حقوق عامه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و یک اداره دولتی مانند وزارت داخله متنازع فیه باشد، کارمند ریاست عمومی قضایای دولت، ممثل دولت است و اراده وزارت داخله را تمثیل می نماید.

در صورتی که محکمه در این دعوی به نفع احمد حکم نماید، کارمند ریاست عمومی قضایای دولت صلاحیت قناعت در خصوص حکم محکمه را ندارد و باید علیه حکم محکمه استیناف خواهی و در صورت تأیید حکم محکمه ابتدائیه توسط محکمه استیناف تمیز طلبی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حدود صلاحیت وکیل غایب و ممثل حقوق عامه و مورد حمایت قرار دادن مصالح و منافع عامه است.

#### استهدائیه ریاست دیوان مدنی حوزه اول:

طبق ماده ۱۷۳-۱ قانون اصول محاکمات مدنی ممثل حقوق عامه در برابر حکم صادره محکمه صلاحیت قناعت را ندارد. بعضی موارد چنین اتفاق می افتد که ممثل حقوق عامه اصلاً و قطعاً اسناد بنیادی که ملکیت دولت را در مدعا بها ثابت نماید ندارد. مطابق ماده فوق الذکر به حکم صادره محکمه صلاحیت قناعت را ندارد. آیا دوران همچو قضایا باعث ضیاع وقت محکمه و افراد نمی گردد. در زمینه طالب هدایت و رهنمائی می باشیم.

**توضیح:** در دعوی بین شخص حقیقی و حکمی مدعی صرف می تواند دعوی خود را به بینه و مدارک اثباتیه عندالمحکمه به اثبات برساند و در همچو دعاوی حلف و نکول مورد ندارد. در صورتی که مدعی نماینده قضایای دولت و شخص حکمی و مدعی علیه و ذوالید شخص حقیقی باشد و شخص حکمی از ارائه بینه و مدارک اثباتیه اظهار عجز نماید محکمه به عدم اثبات دعوی وی اصدار حکم می نماید. مع الوصف نماینده شخص حکمی باید قانوناً استیناف طلب گردد تا دیده شود که در فیصله صادره خطا در تطبیق تاویل و یا بطلان در اجراءات و غیره حالاتی که موجب نقض فیصله می گردد، وجود نداشته باشد و رسیدگی بر همچو شکایت قانونی بوده و به هیچ صورت ضیاع وقت و کار عبث محسوب نمی شود. موضوع باید محاکم ثلاثه را طی نماید.<sup>۲۲۰</sup>

#### ماده ۱۷۴: تطبیق احکام تعیین وکیل در دعاوی تفریق به سبب غیابت

«احکام تعیین وکیل از طرف محکمه در دعاوی تفریق به سبب غیابت و یا مفقودیت زوج، نیز تطبیق می شود.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) احکام تعیین وکیل از طرف محکمه در دعاوی تفریق به سبب غیابت تطبیق می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده و احمد زن و شوهر باشند و احمد به ایران یا پاکستان برود و برای مدت سه سال از اقامتگاه خود بدون عذر معقول غایب باشد و حمیده متضرر شود و در محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید،

۲۲۰. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب، ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تامین عدالت،

ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۱۲.

محکمه باید موضوع را به زوج غایب کتباً ابلاغ نماید. در صورتی که زوج غایب با وجود وصول اعلام محکمه و انقضای مدت رسالت معینه به غیابت خود ادامه دهد محکمه با تعیین وکیل برای غایب به موضوع رسیدگی نماید که تفصیل آن در فصل قضایای مربوط به خانواده گذشت.

۲) احکام تعیین وکیل از طرف محکمه در دعاوی تفریق به سبب مفقودیت زوج، نیز تطبیق می شود. قانونگذار ا. م. م بعد از «غیابت» کلمه «یا» را استعمال نموده است که محل ایراد است زیرا برای مفقود وکیل مسخر تعیین نمی شود بلکه محکمه فامیلی مکلف است حکم موت فرضی مفقود را صادر نماید که تفصیل آن در فصل قضایای خانواده گذشت. قابل توصیه است نص این ماده توسط قانونگذار اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم صلاحیت تکلیفی قاضی است.

## فصل دهم: استفاده از اهل خبره و مطلع در قضایای مدنی

قانونگذار ا. م. م در فصل دهم، مواد ۱۷۵ الی ۱۹۰ ق. ا. م. م احکام مربوط به استفاده از اهل خبره و مطلع در قضایای مدنی را تنظیم نموده است. دلیل این احکام این است که در افغانستان معمولاً قضات یکی از دانشکده حقوق، شرعیات یا مدارس دینی را خوانده اند و ذهن حقوقی-فقهی دارند و نباید در مسایلی که حقوقی-فقهی نیست مداخله نمایند و سعی نمایند که نشان دهنده جامع الکمالات اند و همه علوم و فنون را می دانند. بنابراین، در مسایل طبی، انجنیری، ساختمانی، حسابی و نظیر اینها از نظر اشخاص مطلع و اهل خبره به منظور تأمین عدالت استفاده نمایند. در ذیل این قواعد مورد مطالعه قرار می گیرد.

### ماده ۱۷۵: استفاده از اهل خبره و اوصاف اهل خبره در قضایای مدنی

«۱- محکمه می تواند به منظور استیضاح وقایع مربوط به دعوی نظرات اهل خبره را که در موضوع به اساس مسلک و تخصص حایز معلومات کافی و مطابق معیارهای شریعت اسلام دارای اوصاف و شهرت نیک باشد بنابر تقاضای طرفین دعوی یا به تجویز خود مطالبه نماید؛ ۲- اهل خبره قبل از شروع به فعالیت سوگند می نمایند که وظیفه را به امانت داری انجام می دهد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) محکمه می تواند به منظور استیضاح وقایع مربوط به دعوی نظرات اهل خبره را که در موضوع به اساس مسلک و تخصص حایز معلومات کافی و مطابق معیارهای شریعت اسلام دارای اوصاف و شهرت نیک باشد بنابر تقاضای طرفین دعوی یا به تجویز خود مطالبه نماید. تعریف اهل خبره و استیضاح گذشت. به حیث مثال، اگر ملکیت ده جریب زمین در ناحیه سوم شهر کابل میان احمد و دولت متنازع فیه باشد و احمد ادعا نماید که ده جریب زمین متعلق به احمد است، محکمه می تواند از نظر اهل خبره استفاده نماید. مصداق اهل خبره در این مثال، انجنیر ناحیه مربوطه است.

همچنین، اگر حمیده علیه احمد شوهرش به دلیل عنینیت اقامه دعوی نماید، محکمه می تواند از نظر اهل خبره در اثبات عنینیت استفاده نماید. مصداق و مثال اهل خبره در این مثال، داکتر طب است. عبارت مطابق معیار عای شریعت بسیاری کلی و ذهنی است و مشخص نیست این معیارها کدام ها اند و به ویژه در مواردی که اهل خبره بر حسب مدعی بها می تواند متفاوت باشد، به حیث مثال، داکتر طب، انجنیر ساختمانی، انجنیر آبرسانی و نظیر اینها می توانند با توجه به مدعی بها به عنوان اهل خبره در محکمه مورد استفاده قرار بگیرند و تعیین معیارهای کلی برای اهل خبره که مصادیق و مثالهای آن می تواند متعدد باشد بسیار مشکل به نظر می رسد. همچنین، عبارت شهرت نیک ذهنی و کلی است. به

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دهم: استفاده از اهل خبره و مطلع در قضایای مدنی ۱۵۹

نظر می‌رسد مطابق عرف اشخاصی دارای شهرت نیک اند که مقرر، شراب خوار، فاسد، فاجر، زانی و مزنیه، سارق و نظیر اینها نباشند. محکمه می‌تواند از اهل خبره در اثر درخواست طرفین دعوی یا تجویز محکمه استفاده نماید.

۲) اهل خبره قبل از شروع به فعالیت سوگند می‌نمایند که وظیفه را به امانت داری انجام می‌دهد. به حیث مثال، در مثال‌های بالا، اهل خبره مکلف اند قبل از شروع فعالیت در خصوص اثبات عنینیت و ملکیت دولت یا احمد، در محکمه سوگند یاد نمایند که وظایف خویش را به امانت داری انجام می‌دهند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه و اوصاف و تکلیف اهل خبره است.

### ماده ۱۷۶: استفاده از اهل خبره در دعاوی عقال و منقول

۱- محکمه می‌تواند در دعاوی عقالی راجع به قیمت کروکی، تعیین حدود، مساحت و مسایل ساختمانی در صورت بروز اختلاف طرفین دعوی از اهل خبره کسب معلومات نماید؛ و ۲- محکمه می‌تواند در دعاوی مربوط به ملکیت‌های منقول راجع به تعیین قیمت مدعی بها از اهل خبره کسب معلومات نماید.

از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد:

۱) محکمه می‌تواند در دعاوی عقالی راجع به قیمت کروکی، تعیین حدود، مساحت و مسایل ساختمانی در صورت بروز اختلاف طرفین دعوی از اهل خبره کسب معلومات نماید. کروکی از کلمه فرانسوی «croquis» گرفته شده است که در لغت به معنی طرح یا نقشه فاقد جزئیات، نقشه تصویری یک منطقه که با استفاده از خطوط متقاطع، خیابان‌ها و کوچه‌های محل مورد نظر را نشان می‌دهد.<sup>۲۲۱</sup> عقالی اسم منسوب به عقال است. ماده ۱۲۹ مجله الاحکام در تعریف عقال می‌گوید که: «عقال آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی». به حیث مثال، اگر یک ساختمان پنج منزله میان احمد و محمود متنازع فیه باشد، محکمه می‌تواند در خصوص قیمت کروکی، تعیین حدود و مساحت ساختمان می‌تواند از اهل خبره معلومات حاصل نماید. مثال و مصداق اهل خبره در این مثال، انجینیر ساختمانی ناحیه مربوطه است.

۲) محکمه می‌تواند در دعاوی مربوط به ملکیت‌های منقول راجع به تعیین قیمت مدعی بها از اهل خبره کسب معلومات نماید. تعریف مدعی بها در فصل اول گذشت. منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال داده شده و قابل انتقال است.<sup>۲۲۲</sup> طبق ماده ۱۲۸ مجله الاحکام: «منقول شی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیئت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکیلات و موزونات می‌گردد». به حیث مثال، اگر یک عقاله موتر میان احمد و محمود متنازع فیه باشد، محکمه می‌تواند در خصوص قیمت موتر از اهل خبره معلومات حاصل نماید. مثال و مصداق اهل خبره در این مثال، موتر فروش

221. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 10/3/2017).

۲۲۲. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۶.

است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

متحد المال شماره ۸۵۵ الی ۸۹۹ مؤرخ ۱۳۸۵/۸/۲۷ ریاست دارالانشاء شورایعالی ستره محکمه بالاثراستهدائیه دیوان مدنی و حقوق عامه محکمه مرافعه ولایت بادغیس در مورد مشکل قیمت گذاری مدعا بها در قضایای مدنی شورای عالی ستره محکمه به یادداشت شماره ۵۸۹ مؤرخ ۱۳۸۵/۷/۲۷ چنین تصویب کرد:

«قیمت مدعی بها آنچه قبل از اقامه دعوی مطابق ماده ۱۷۶ اصول محاکمات مدنی از طرف اهل خبره ابراز گردیده معتبر بوده حایز اثر قانونی می باشد و معیار مرافعه طلبی یا قطعیت قرار می گیرد. بنابراین، به منظور جلوگیری از بروز مشکلات بعدی علی الخصوص اشکال در تنفیذ و تشخیص دقیق مدعا بها به محاکمی که دعاوی عقار را تحت رسیدگی قرار می دهند اکیداً هدایت داده می شود تا قبل از اقامه دعوی و شروع محاکمه مطابق ماده ۲۷۶ قانون اصول محاکمات مدنی در حالیکه طرفین دعوی در جریان بوده و مستحضر باشند با رعایت ماده ۱۷۷ قانون مذکور راجع به قیمت کروکی، تعیین حدود، مساحت و مسایل ساختمانی و سایر مشخصات مدعا بها از اهل خبره که در همچو موضوعات در شهرها از طرف شاروالی ها و در ولسوالیها و محلات از طرف آمر محل معین می گردند، استفاده به عمل آید. چنانچه در مورد اجتناب اهل خبره و رد آن توسط طرفین دعوی ماده (۱۸۲) قانون اصول محاکمات مدنی صراحت دارد و هر طرف به آن متوسل شده می توانند. همچنین محاکمی که اسناد اموال غیر منقول را اجراء می نمایند به ترتیب فوق در فورم مخصوص طی مراحل اسناد اموال غیر منقول از اهل خبره استفاده نمایند و مسؤولیت تقویم عقار صرفاً بدوش اوشان بوده و با رعایت حفظ حیثیت و بی طرفی قضاء منسوبین محاکم از قبیل قضاات و محررین صلاحیت اشتراک را در زمره اهل خبره ندارند و بالاثرا اشتراک شان ممنوع بوده و باید از آن احتراز و خودداری جدی نمایند. ۲۳۳

#### ضرورت قیمت گذاری مدعا بها

متحد المال شماره ۹۸۹ الی ۱۰۴۲ مؤرخ ۱۳۸۵/۸/۳۰ ریاست دارالانشاء شورایعالی ستره محکمه بالاثرا عرض یکتن از اصحاب دعوی و معلومات واصله از محکمه مرافعه ولایت کاپیسا راجع به قیمت گذاری دوکان عارض و این که مدعا بها در دو مرحله از طرف دو مرجع به دو قیمت متفاوت قیمت گذاری گردیده شورایعالی ستره طی تصویب شماره ۶۹۲ مؤرخ ۱۳۸۵/۸/۱۸ چنین هدایت صادر نمود:

«چون محکمه ابتدائیه نجراب حین محاکمه به قیمت گذاری مدعا بها که یک باب دوکان بوده قبلاً مبادرت کرده و پیوست به آن به صدور حکم اقدام نموده است گرچه ریاست اسناد و ارتباط ولایت کاپیسا بدون تقاضای محکمه به طور عمدی به قیمت گذاری مبادرت کرده است لذا قیمت گذاری ولایت کاپیسا آنهم بعد از صدور حکم اعتبار قانونی ندارد. روی جریان فوق بعد از این محاکمی که دعاوی عقار را مورد رسیده

گی قرار می دهند جداً مکلفند احکام مندرج ماده ۱۷۶ قانون اصول محاکمات مدنی و مواد بعدی آن را به طور دقیق و بلاانحراف تطبیق کنند و با رعایت روحیه قانون مذکور قناعت طرفین دعوی را کسب نمایند تا حین تحویل محصول و نیز استیناف خواهی و فرجام خواهی مشکلی ایجاد نگردد. متکی به مصوبه شورای عالی ستره محکمه اینک مراتب طور متحدالمآل به محاکم اطلاع می گردد تا مطابق آن اجراءات متنتضی قانونی بعمل آورند.». <sup>۲۲۴</sup>

#### ماده ۱۷۷: اهل خبره در دعاوی عقار و منقول

«۱- اهل خبره به منظور حکم فقره (۱) ماده (۱۷۶) این قانون مساح، کارمند کدستر، متخصص اصلاحات ارضی، مهندس، انجینیر ساختمانی و همجوار می باشد؛ ۲- اهل خبره به منظور حکم فقره (۲) ماده (۱۷۶) این قانون محاسب، کنترولر، تخنیکران مسلکی و اهل حرفه می باشد.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۷۶ ق. ا. م. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) طبق نص این ماده در خصوص دعاوی عقاری راجع به قیمت کروکی، تعیین حدود، مساحت و مسایل ساختمانی اهل خبره مساح، کارمند کدستر، متخصص اصلاحات ارضی، مهندس، انجینیر ساختمانی و همجوار است. مساح در لغت به معنی مساحتگر و در اصطلاح عبارت از شخصی است که زمین را مساحت می نماید. همجوار در لغت به معنی همدیوار و هم مرز است. در اصطلاح حقوقی همجواری شخصی است که با شخص دیگر زمین، آپارتمان و خانه پهلوی پهلوی دارد. <sup>۲۲۵</sup>

۲) در خصوص دعاوی مربوط به ملکیت های منقول راجع به تعیین قیمت مدعی بها اهل خبره محاسب، کنترولر، تخنیکران مسلکی و اهل حرفه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده پیش بینی اشخاصی است که می توانند در دعاوی عقار و منقول به عنوان اهل خبره مورد استفاده قرار بگیرند.

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت دایکندی:

هرگاه جایداد مدعی بها به دفتر املاک مربوط به اسم مدعی یا مدعی علیه یا آباء و اجداد آنها قیدیت و ثبت نداشته باشد در این حالت موضوع به قضایای دولت راجع شود آیا محکمه حسب دلایل اثبات طرفین دعوی رسیدگی نمایند. اگر به قضایای دولت ارسال شود در رابطه قضایای دولت چه نوع اجراءات را مرعی نمایند. توضیح: هرگاه عقار مدعی بها به دفتر املاک دولتی به اسم طرفین یا مورث آنها قید و ثبت نباشد محکمه وفق هدایت فقره (۱) ماده (۱۷۶) ماده (۱۷۷) اصول محاکمات مدنی در رابطه تحقیقات لازمه را توسط اهل خبره و به منظور جلوگیری از تبانی و مواضعه ذات البینی اشخاص، جهت حفظ و صیانت حقوق عامه بعد

از حصول اطمینان محکمه مبنی بر این که ساحه مدعی بها زمین دولتی نمی باشد موضوع را تحت رسیدگی قرار دهند.<sup>۲۲۶</sup>

#### ماده ۱۷۸: استیضاح محکمه از مطلعین

«هرگاه هویت مدعی یا مدعی علیه مشبوه باشد محکمه می تواند از مطلعین اهل گذر، وکیل صنفی یا آمر اداره مربوط در مورد اسم، شهرت، پیشه و محل اقامت وی استیضاح نماید.»

طبق نص این ماده هرگاه هویت مدعی یا مدعی علیه مشبوه باشد محکمه می تواند از مطلعین اهل گذر، وکیل صنفی یا آمر اداره مربوط در مورد اسم، شهرت، پیشه و محل اقامت وی استیضاح نماید. تعریف مدعی، مدعی علیه و استیضاح گذشت. مشبوه در لغت به معنی مشکوک است.<sup>۲۲۷</sup> مطلعین جمع مطلع است. مطلع در لغت به معنی آگاه، باخبر و واقف است.<sup>۲۲۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی پرداخت کرایه شش ماهه خانه را نماید و هویت احمد یا محمود نزد قاضی مشبوه یا مشکوک باشد، قاضی می تواند از مطلعین در مورد اسم، شهرت، پیشه و محل اقامت احمد و محمود استیضاح نماید. برخی مصادیق مطلعین در نص این ماده پیش بینی شده اند که عبارت اند از اهل گذر، در صورتی که احمد یا محمود در یک گذر زندگی نمایند، آمر اداره احمد یا محمود و وکیل صنفی احمد یا محمود. به نظر می رسد در مفهوم عامتر وکیل صنفی هر شخصی است که از صنف نمایندگی می نمایند مانند اتحادیه کارگران، اتحادیه حقوقدانان، اتحادیه پیشه وران، انجمن داکترها، اتحادیه استادان دانشگاه و نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۷۹: استفاده از نظر داکتر طب عدلی و داکتر طب در تعیین سن

«۱- در صورتی که تثبیت سن اشخاص به خصوص در طبقه اناث و اطفال در جریان محاکمه ضروری تلقی گردد و شخص تذکره تابعیت نداشته باشد یا بین سن مندرج تذکره و حالت ظاهری وی تفاوت موجود باشد محکمه نظر داکتر طب عدلی و یا طبیب دیگر را مطالبه می نماید؛ و ۲- در مواردی که تعیین سن به اساس نظر داکتر طب عدلی و یا طبیب دیگر با سوابق قضیه و حالات ظاهری شخص مغایر باشد موضوع تعیین مجدد سن را به هیأت طبی که کمتر از سه نفر نباشد راجع می سازد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) در صورتی که تثبیت سن اشخاص به خصوص در طبقه اناث و اطفال در جریان محاکمه ضروری تلقی گردد و شخص تذکره تابعیت نداشته باشد یا بین سن مندرج تذکره و حالت ظاهری وی تفاوت موجود باشد محکمه باید نظر داکتر طب عدلی و یا طبیب دیگر را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر حمیده قراردادی را مبنی بر فروش زمین خویش با مرضیه منعقد نماید و تشخیص سن حمیده در جریان

۲۲۶. محمد عثمان ژوبل (۱۲- ۱۷ عقرب، ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تامین عدالت، ریاست نشرات ستره محکمه، صص ۱۱۱ و ۱۱۲.

227. <https://www.almaany.com> (Last visit: 10/15/2019).

228. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 10/15/2019).



محاكمه ضروری تلقی شود؛ به این توضیح که ولی حمیده خواهان ابطال عقد توسط محكمه به دلیل صغیر ممیز بودن حمیده باشد و حمیده تذکره تابعیت نداشته باشد یا داشته باشد اما سن مندرج تذکره و حالت ظاهری حمیده تطابق نداشته باشد و مرضیه ادعا نماید که حمیده بالغ است و عقد نافذ است، محكمه می تواند در تشخیص سن حمیده نظر داکتر طب عدلی یا داکتر دیگر را مطالبه نماید. داکتر طب عدلی و داکتر دیگر طب در این مثال، از مصادیق اهل خیره اند.

۲) در مواردی که تعیین سن به اساس نظر داکتر طب عدلی و یا طیب دیگر با سوابق قضیه و حالات ظاهری شخص مغایر باشد محكمه می تواند موضوع تعیین مجدد سن را به هیأت طبی که کمتر از سه نفر نباشد راجع سازد. به حیث مثال، اگر در قضیه فرضی بالا موضوع تعیین سن حمیده براساس نظر داکتر طب عدلی یا داکتر طب دیگر با سوابق قضیه یا حالت ظاهری حمیده مغایرت داشته باشد، محكمه می تواند به منظور تعیین مجدد سن به هیأت طبی که کمتر از سن تن نباشند، مراجعه نماید. هیأت طبی مصداق اهل خیره در این مثال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخیری محكمه در تعیین سن است.

نص این ماده تعدیل شده است. طبق ماده ۲ تعدیل<sup>۲۲۹</sup> قانون اصول محاکمات مدنی: «(۱) سن اشخاص به منظور تثبیت اهلیت در جریان رسیدگی قضیه، در محاکم بر اساس سن مندرج تذکره تابعیت صورت می گیرد. (۲) هرگاه شخص تذکره تابعیت نداشته باشد، محكمه او را غرض اخذ تذکره به اداره ثبت احوال نفوس مربوط، معرفی و در حدود احکام قانون تذکره تابعیت به وی توزیع می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) سن اشخاص به منظور تثبیت اهلیت در جریان رسیدگی قضیه، در محاکم بر اساس سن مندرج تذکره تابعیت صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر حمیده از طریق نایب خویش ادعا نماید که من ۱۲ ساله هستم و من را پدرم به نکاح احمد به زور و جبر در آورده است و ادعای فسخ یا بطلان نکاح را نماید، حمیده مکلف است سن خویش را براساس تذکره تابعیت خویش اثبات نماید.

۲) هرگاه شخص تذکره تابعیت نداشته باشد، محكمه او را غرض اخذ تذکره به اداره ثبت احوال نفوس مربوط، معرفی و در حدود احکام قانون تذکره تابعیت به وی توزیع می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اگر حمیده فاقد تذکره باشد، محكمه مکلف است او را به اداره ثبت احوال نفوس به منظور گرفتن تذکره راجع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محكمه در خصوص اثبات سن اشخاص است.

## ماده ۱۸۰: کسب معلومات از متخصص نسایی و ولادی در مورد عقیم بودن زوج

۲۲۹. فرمان رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد توشیح تعدیل ماده یکصد و هفتاد و نهم قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۹۲/۱۲/۷). شماره ۱۴۰، ۱۱۲۶ جریده رسمی.

«محکمه در مورد عقیم بودن زوجه و یا مصاب بودن وی به امراض صعب العلاج از متخصص نسایی و ولادی و در حال عدم موجودیت متخصص از طبیب، قابله و دایه محلی معلومات می نماید.».

طبق نص این ماده محکمه در مورد عقیم بودن زوجه و یا مصاب بودن وی به امراض صعب العلاج از متخصص نسایی و ولادی و در حال عدم موجودیت متخصص از طبیب، قابله و دایه محلی معلومات می نماید. عقیم در لغت به معنی نازاینده و نازا است خواه مرد باشد خواه زن که جمع آن عقم و عقام است. همچنین، عقیم در لغت بی حاصل، بی ثمر و بی نطفه است.<sup>۲۳۰</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عقیم بر زنی اطلاق می شود که نازا است. صعب العلاج در لغت به معنی مرضی که به سختی معالجه شود، بی درمان، سخت درمان و درمان ناپذیر است. به نظر می رسد معنی اصطلاحی مرض صعب العلاج از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، در اصطلاح حقوقی، صعب العلاج مرضی است که به آسانی درمان نشود.<sup>۲۳۱</sup> ارایه مثال برای مرض صعب العلاج مشکل به نظر می رسد و بحث طبی است. بنابراین، در تشخیص مرض صعب العلاج باید به داکتران طب مراجعه صورت گیرد. به حیث مثال، اگر احمد بدون رعایت تعدد زوجات که عبارت اند از تأمین عدالت میان زوجات، داشتن توانایی مالی و عقیم بودن زوجه با زن دوم ازدواج نماید و زوجه احمد علیه احمد اقامه دعوی تفریق به سبب ضرر یا خائرنوال دعوی جزایی را مطابق قانون منع خشونت علیه زن به دلیل عدم رعایت شرایط تعدد زوجات نماید، محکمه می تواند در تشخیص عقیم بودن حمیده از متخصص نسایی و ولادی و در حال عدم موجودیت متخصص از طبیب، قابله و دایه محلی معلومات حاصل نماید. متخصص نسایی و ولادی، طبیب، قابله و دایه محلی از مصادیق اهل خبره در نص این ماده اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه در تعیین سن است.

#### ماده ۱۸۱: کسب معلومات از داکتر متخصص در خصوص عیوب جنسی زوج

«محکمه در دعاوی تفریق به سبب عیب زوج راجع به تثبیت عیب و یا مصاب بودن وی با امراض غیرقابل علاج یا علاج طویل المدت از متخصص مربوط یا هیأت طبی کسب معلومات می نماید.».

طبق نص این ماده محکمه در دعاوی تفریق به سبب عیب زوج راجع به تثبیت عیب و یا مصاب بودن وی با امراض غیرقابل علاج یا علاج طویل المدت از متخصص مربوط یا هیأت طبی کسب معلومات می نماید. دعاوی جمع دعوی است. دعوی تفریق به سبب عیب عبارت از دعوایی است که محکمه به دلیل عیب جنسی زوج در محکمه ذیصلاح اقامه می نماید.

در صورتی که زوجه به دلیل عیب جنسی زوج مطالبه تفریق قضایی نماید، قانونگذار ا. م. تثبیت عیب را منوط یا وابسته به قاضی نموده است که بسیار مناسب به نظر می رسد. زیرا، قاضی که امکان دارد دانشکده شرعیات، حقوق یا مدرسه دینی خوانده و ذهن فقهی و حقوقی دارد و امراض و تثبیت امراض به طور کامل بحث طبی، تخنیک، مسلکی و فنی است نه بحث فقهی و حقوقی و تجارب نشان می

230. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید 2016 / 8 / 31).

231. Ibid, (2016 / 8 / 31).

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دهم: استفاده از اهل خبره و مطلع در قضایای مدنی ۱۶۵

دهد ذهن حقوقی و فقهی نمی تواند به صورت علمی و دقیق امراض را تثبیت کرد. عیب در لغت به معنی نقص، نقیصه، بدی، زشتی و کمبود است که جمع آن عیوب است.<sup>۲۳۲</sup> به طور عموم، در اصطلاح فقهی عیب عبارت از کاستی، پستی و نقیصه ای است که خلق یا صنّع سلیم عادتاً از آن برخوردار نیست.<sup>۲۳۳</sup> به نظر می رسد مصداق اهل خبره در خصوص مسایل مرض و عیب شوهر داکتر طب عدلی یا داکتران ریاست صحت عامه است که معمولاً محکمه ذیصلاح از طریق استعلامی خواهان تثبیت عیوب مرد می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل عقامت، عنینیت، محبوب بودن و نظیر اینهای احمد زوجش مطالبه تفریق قضایی نماید، محکمه در تشخیص عقامت، عنینیت، محبوب بودن و نظیر اینها باید از متخصص مربوط یا هیأت طبی کسب معلومات نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه در تعیین عیب جنسی است.

#### ماده ۱۸۲: تطبیق احکام اجتناب و رد قاضی بر اهل خبره

«اجتناب و رد اهل خبره تابع اساسات عمومی اجتناب و رد احکام مندرج فصل چهارم باب دوم این قانون می باشد.».

طبق نص این ماده اجتناب و رد اهل خبره تابع اساسات عمومی اجتناب و رد احکام مندرج فصل چهارم باب دوم این قانون می باشد. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام فصل چهارم ق. ا. م. م در خصوص اجتناب و رد قاضی است. تعریف رد و اجتناب در فصل چهارم گذشت. لذا، اگر مدعی یا مدعی در خصوص اجتناب و رد اهل خبره ملاحظه داشته باشند، می توانند با استفاده از احکام فصل چهارم، باب دوم ق. ا. م. م اجتناب و رد اهل خبره را از محکمه ذیصلاح مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تطبیق قواعد اجتناب و رد قاضی بر اجتناب و رد اهل خبره و مورد حمایت قرار دادن مدعی و مدعی علیه است.

#### ماده ۱۸۳: رد اهل خبره توسط طرفین دعوی

«طرفین دعوی حق دارند در صورت موجودیت اسباب موجه رد اهل خبره را مطالبه نمایند. محکمه در خلال سه روز از تاریخ تقدیم درخواست رد در مورد تصمیم بگیرد. در صورتی که اسباب رد موجه ظاهر گردد اهل خبره نمی تواند مجدداً در موضوع ابراز نظر کند.».

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) طرفین دعوی حق دارند در صورت موجودیت اسباب موجه رد اهل خبره را مطالبه نمایند. تعریف موجه گذشت. اما، این که این اسباب کدام ها اند، در ق. ا. م. م حداقل حصر یا احصا نشده است که عاری از ایراد نیست. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل عقامت، عنینیت، محبوب بودن و نظیر اینهای احمد زوجش مطالبه تفریق قضایی نماید، محکمه در تشخیص عقامت، عنینیت،

(آخرین بازدید 2016 / 8 / 31). Ibid, (2016 / 8 / 31).

۲۳۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۸۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۴.

مجبوب بودن و نظیر اینها باید از متخصص مربوط یا هیأت طبی کسب معلومات نماید. در صورتی که احمد اسباب موجه داشته باشد، می تواند رد اهل خبره را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید.

۲) محکمه باید در خلال سه روز از تاریخ تقدیم درخواست رد در مورد تصمیم بگیرد. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه مکلف است در خلال سه روز از تاریخ تقدیم درخواست توسط احمد، باید در خصوص رد اهل خبره تصمیم اتخاذ نماید.

۳) در صورتی که اسباب رد موجه ظاهر گردد اهل خبره نمی تواند مجدداً در موضوع ابراز نظر کند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اسباب رد داکتر طب یا هیأت طبی موجه ظاهر گردد، داکتر طب و هیأت طبی نمی تواند مجدداً در موضوع عنینیت احمد ابراز نظر نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم اسباب رد اهل خبره، مورد حمایت قرار دادن مدعی و مدعی علیه و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۸۴: توظیف عضو محکمه یا اهل خبره در دعاوی معلق

«محکمه می تواند در دعاوی که معلق بودن آن ناشی از مسایل حساسی و معاینه دفاتر، اوراق و اسناد باشد یا معلق بودن دعوی از ناحیه دیگری نشأت نماید یکی از اعضای محکمه و یا اهل خبره را به واریسی موضوع موظف و بعداً اجراء نماید.»

طبق نص این ماده محکمه می تواند در دعاوی که معلق بودن آن ناشی از مسایل حساسی و معاینه دفاتر اوراق و اسناد باشد یا معلق بودن دعوی از ناحیه دیگری نشأت نماید یکی از اعضای محکمه و یا اهل خبره را به واریسی موضوع موظف و بعداً اجراء نماید. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده براساس شرکت مضاربه صد لک افغانی را به منظور ایجاد فروشگاه مواد ساختمانی سرمایه گذاری نمایند و سپس میان آنها دعوی در خصوص تقسیم مفاد عرض وجود نماید و حمیده علیه احمد اقامه دعوی نماید، محکمه می تواند یک عضو محکمه یا اهل خبره را غرض بررسی دفتر، اوراق و اسناد توظیف و سپس براساس بررسی عضو یا اهل خبره اجراء نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۸۵: ارایه نظریات اهل خبره به صورت تحریری

«اهل خبره در تمام موارد نظرات خود را تحریری به محکمه تقدیم و در جلسه قضائی قرائت می گردد.»

طبق نص این ماده اهل خبره در تمام موارد باید نظرات خود را تحریری به محکمه تقدیم و در جلسه قضائی قرائت نماید. به حیث مثال، در قضیه تفریق به سببیت عنینیت، در قضیه احداث تعمیر، در قضیه بررسی اسناد و اوراق شرکت مضاربه و نظیر اینها اهل خبره که مصادیق آن در هر مثال فرضی گذشت، مکلف اند نظریات خویش را به صورت تحریری به محکمه تقدیم نمایند. همچنین، این نظریات در محکمه قرائت می گردد. شخصی که این نظریات را در محکمه قرائت می نماید، مبهم است. به نظر می رسد خود اهل خبره باید نظریات خویش را قرائت نماید. این نظریات به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف اهل خبره است.

#### ماده ۱۸۶: استیضاح اهل خبره توسط محکمه و اشخاص ذیدخل در قضیه

«اهل خبره بعد از قرائت نظر شان در جلسه، مورد استيضاح قرار گرفته می توانند. این استيضاح نخست از طرف شخصی که نظر به درخواست او یا وکیل قانونی اش انتخاب گردیده و بعداً از جانب اشخاص شامل قضیه و محکمه صورت می گیرد.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) اهل خبره بعد از قرائت نظر شان در جلسه، مورد استيضاح قرار گرفته می توانند. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل عقامت، عنینیت، محبوب بودن و نظیر اینهای احمد زوجش مطالبه تفریق قضایی نماید، محکمه در تشخیص عقامت، عنینیت، محبوب بودن و نظیر اینها باید از از متخصص مربوط یا هیأت طبی کسب معلومات نماید. در صورتی که داکتر طب نظریاتش را در محکمه قرائت نماید، قاضی می تواند از داکتر طب وضاحت بخواهد.

۲) این استيضاح نخست از طرف شخصی که نظر به درخواست او یا وکیل قانونی اش انتخاب گردیده و بعداً از جانب اشخاص شامل قضیه و محکمه صورت می گیرد. به حیث مثال، در مثال بالا، حمیده یا وکیل حمیده یا سایر اشخاص که در قضیه دخیل اند و سپس قاضی مربوطه می تواند از داکتر طب در خصوص نظریاتش طلب وضاحت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۸۷: مطالبه توضیحات بیشتر و معاینات تکمیلی توسط محکمه

«محکمه می تواند در صورت عدم وضاحت کافی یا عدم تکمیل نظر اهل خبره را به توضیحات مزید و معاینات تکمیلی امر نماید.»

طبق نص این ماده محکمه می تواند در صورت عدم وضاحت کافی یا عدم تکمیل نظر اهل خبره را به توضیحات مزید و معاینات تکمیلی امر نماید. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل عقامت، عنینیت، محبوب بودن و نظیر اینهای احمد زوجش مطالبه تفریق قضایی نماید، محکمه در تشخیص عقامت، عنینیت، محبوب بودن و نظیر اینها باید از متخصص مربوط یا هیأت طبی کسب معلومات نماید. در صورتی که داکتر طب نظریاتش را در محکمه قرائت نماید، قاضی می تواند از داکتر طب وضاحت مطالبه نماید. در صورتی که نظریات داکتر طب واضح یا نامکمل باشد، قاضی می تواند داکتر طب را به توضیحات بیشتر و معاینات تکمیلی امر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۸۸: تناقض در نظریات اهل خبره و سپردن موضوع به اهل خبره دیگر

«در صورتی که محکمه نظر خبیر یا مطلع را غیرمستند و یا متناقض با واقعیت تشخیص نماید نظر مجدد او را تقاضا و یا موضوع را به اهل خبره یا مطلع دیگری می سپارد.»

طبق نص این ماده در صورتی که محکمه نظر خبیر یا مطلع را غیرمستند و یا متناقض با واقعیت تشخیص نماید نظر مجدد او را تقاضا و یا موضوع را به اهل خبره یا مطلع دیگری می سپارد. خبیر در لغت به معنی آگاه و باخبر است. تعریف مطلع در بالا گذشت.

به حیث مثال، اگر حمیده قراردادی را مبنی بر فروش زمین خویش با مرضیه منعقد نماید و تشخیص سن حمیده در جریان محاکمه ضروری تلقی شود؛ به این توضیح که ولی حمیده خواهان ابطال عقد توسط محکمه به دلیل صغیر بودن حمیده باشد و حمیده تذکره تابعیت نداشته باشد یا داشته باشد اما سن مندرج تذکره با حالت ظاهری حمیده تطابق نداشته باشد و مرضیه ادعا نماید که حمیده بالغ است و عقد نافذ است، محکمه می تواند در تشخیص سن حمیده نظر داکتر طب عدلی یا داکتر دیگر را مطالبه نماید.

در صورتی که محکمه تشخیص دهد که نظر داکتر طب غیر مستند یا نظریات داکتران طب متناقض (نقض کننده همدیگر) است یا نظر خبیر غیر مستند است می تواند نظر مجدد داکتران طب و خبیر را تقاضا نماید، یا موضوع را به اهل خبره دیگر بسپارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۸۹: درج اظهارات اهل خبره در محضر

«در حالاتی که اهل خبره حاضر جلسه قضائی می گردد نتایج اظهارات و معاینات وی در محضر (پروتوکول) جلسه قضائی درج می شود.»

طبق نص این ماده در حالاتی که اهل خبره حاضر جلسه قضائی می گردد نتایج اظهارات و معاینات وی در محضر (پروتوکول) جلسه قضائی درج می شود. محضر اسم مکان از ریشه «حضر» گرفته شده است که در لغت به معنی حضور، جای حضور، پیشگاه و دفتر ثبت اسناد است.<sup>۲۳۴</sup> جمع محضر محاضر است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، محضر سندی است که در آن محرر مباحث جلسه قضایی مدنی را ثبت و ضبط می نماید.

به حیث مثال، اگر حمیده قراردادی را مبنی بر فروش زمین خویش با مرضیه منعقد نماید و تشخیص سن حمیده در جریان محاکمه ضروری تلقی شود؛ به این توضیح که ولی حمیده خواهان ابطال عقد توسط محکمه به دلیل صغیر بودن حمیده باشد و حمیده تذکره تابعیت نداشته باشد یا داشته باشد اما سن مندرج تذکره با حالت ظاهری حمیده تطابق نداشته باشد و مرضیه ادعا نماید که حمیده بالغ است و عقد نافذ است، محکمه می تواند در تشخیص سن حمیده نظر داکتر طب عدلی را مطالبه نماید. در صورتی که داکتر طب عدلی نظر خویش را در محکمه قرائت نماید، نظر داکتر طب عدلی باید در محضر درج گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۱۹۰: عدم تقیید محکمه به نظر اهل خبره و ارزیابی نظریات اهل خبره

«محکمه به نظر اهل خبره یا مطلع مقید نبوده نظر ارائه شده را مثل سایر دلایل اثبات ارزیابی می نماید. هرگاه نتیجه ارزیابی محکمه با نظر اهل خبره وفق نداشت دلایل رد آن را به صورت مفصل در فیصله انعکاس دهد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) محکمه به نظر اهل خبره یا مطلع مقید نبوده نظر ارائه شده را مثل سایر دلایل اثبات ارزیابی می نماید. به حیث مثال، در مثال های بالا، محکمه مکلف است نظریات اهل خبره را مانند سایر دلایل از قبیل شهود و نظیر آن مورد ارزیابی قرار دهد.

(۲) هرگاه نتیجه ارزیابی محکمه با نظر اهل خبره وفق نداشت دلایل رد آن را به صورت مفصل در فیصله انعکاس دهد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت وفق نتیجه با نظر اهل خبره، محکمه مکلف است از آن پیروی نماید. به حیث مثال، اگر در مثال هایی بالا، محکمه نظریات اهل خبره را مطابق با واقعیت تشخیص ندهد، مکلف است دلایل رد آن در فیصله انعکاس دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

## فصل یازدهم: تنظیم اجراءات مقدماتی در قضایای مدنی

احکام فصل یازدهم ق. ا. م. م در خصوص اجراءات مقدماتی محاکم در قضایای مدنی است.

### ماده ۱۹۱: رسیدگی قضیه مدنی توسط قضات

«قضیه مدنی که طبق حکم ماده (۱۸) این قانون از طرف تحریرات محکمه به ملاحظه رئیس، معاون یا قاضی محکمه رسانیده می شود تابع رعایت مراتب ذیل می شود:

۱- در محاکمی که تعداد قضات اصلی یا خدمتی بیش از سه نفر باشد رئیس یا معاون محکمه دو نفر قاضی را از جمله قضات بخاطر مطالعه مقدماتی قضیه تعیین و اوراق از طرف تحریرات محکمه بدون تاخیر به هیأت موظف قضائی سپرده می شود.

۲- در محاکم شهری، ولسوالی، علاقه داری و ناحیوی که تعداد قضات کمتر از سه نفر نباشد قضات یا قاضی موجود می تواند مطالعه مقدماتی قضایای وارده را انجام و در زمینه تصمیم اتخاذ نماید.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) قضیه مدنی که طبق حکم ماده (۱۸) این قانون از طرف تحریرات محکمه به ملاحظه رئیس، معاون یا قاضی محکمه رسانیده می شود در محاکمی که تعداد قضات اصلی یا خدمتی بیش از سه نفر باشد رئیس یا معاون محکمه دو نفر قاضی را از جمله قضات بخاطر مطالعه مقدماتی قضیه تعیین و اوراق از طرف تحریرات محکمه بدون تاخیر به هیأت موظف قضائی سپرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه شریکان خویش اقامه دعوی تقسیم سه جریب زمین متروکه را نماید، باید عریضه و سپس صورت دعوی را تقدیم بخش تحریرات محکمه نماید. رئیس محکمه یا معاون رئیس باید عریضه و صورت دعوی را مطابق ماده ۱۸ ق. ا. م. م که تفصیل آن گذشت ملاحظه شد نمایند. سپس، در محاکم مدنی که تعداد قضات اصلی یا خدمتی بیشتر از سه تن باشند، رئیس یا معاون محکمه باید دو تن از قضات را غرض مطالعه مقدماتی قضیه توظیف نماید. سپس، تحریرات مکلف است اوراق مربوط به قضیه را به هیأت قضایی تسلیم نماید.

۲) قضیه مدنی که طبق حکم ماده (۱۸) این قانون از طرف تحریرات محکمه به ملاحظه رئیس، معاون یا قاضی محکمه رسانیده می شود در محاکم شهری، ولسوالی، علاقه داری و ناحیوی که تعداد قضات کمتر از سه نفر نباشد قضات یا قاضی موجود می تواند مطالعه مقدماتی قضایای وارده را انجام و در زمینه تصمیم اتخاذ نماید. چنانچه تفصیل آن گذشت، در حال حاضر صرف محاکم شهری و ولسوالی وجود دارد و محاکم علاقه داری و ناحیوی وجود ندارد. بنابراین، اگر قضیه فوق در یکی از محاکم شهری یا ولسوالی در محکمه شهری یا ولسوالی که تعداد قضات کمتر از سه تن اند اقامه شود، پس از ملاحظه رئیس یا معاون قضات یا قاضی موجود می تواند قضیه را مطالعه و در زمینه تصمیم اتخاذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

ماده ۱۹۲: استفاده از اهل خبره و مطلع



«در صورتی که رسیدگی در قضایای مدنی ایجاب تثبیت قیمت، تحدید، تعیین اندازه، تصفیه یا تشخیص سایر حالات ضروری را در مدعی بها نماید محکمه مطابق احکام فصل دهم باب دوم این قانون اجراءات می کند.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد فصل دهم باب دوم ق. ا. م. م است. چنانچه تفصیل آن در فصل دهم گذشت، احکام مندرج فصل دهم باب دوم ق. م در خصوص استفاده از اهل خبره و مطلع است. بنابراین، قاضی می تواند در دعاوی مدنی ای که مدعی بها ایجاب تثبیت قیمت، تحدید، تعیین اندازه، تصفیه و تشخیص و نظیر اینها را نماید، از اهل خبره و اشخاص مطلع استفاده نماید. تحدید از ریشه «حد» گرفته شده است که در لغت به معنی محدود کردن، معین کردن و تعیین حدود کردن است.<sup>۲۳۵</sup>

به حیث مثال، اگر یک ساختمان پنج منزله میان احمد و محمود متنازع فیه باشد، محکمه می تواند در خصوص قیمت کروکی، تعیین حدود و مساحت ساختمان از اهل خبره معلومات حاصل نماید. مثال و مصداق اهل خبره در این مثال، انجنیر ساختمانی ناحیه، مساح، همجوار و نظیر اینها است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخیری قضات است.

#### پرسش محکمه استیناف ولایت میدان وردک:

بخاطر جلوگیری از تراکم دعاوی و دعوی جلابی ها پیشنهاد می نمائیم تا در لایحه محصول بالای مدعی قبل از دوران دعوی یعنی به مجرد تقدیم استدعا در محکمه قیمت مدعی بها تثبیت و تابع اجراء و تحویلی محصول به دولت گردند. که این امر جلو دعوی دروغین و مردم آزاری ها را در محاکم می تواند بگیرد. توضیح: مطابق ماده (۱۹۲) قانون اصول محاکمات مدنی لازم است مراجع به کیفیت مدعی بها و قیمت آن قبل از ادخال موضوع به صورت حال معلومات لازم از اهل خبره و دفاتر املاکی تهیه گردد ولی تحویل محصول مستند به قانون محصول وثایق و اسناد اداری دولتی و تعرفه محصول دولتی حین اقامه دعوی و بعد صدور حکم اخذ میگردد. بالاتر تحویل محصول قبل از دوران دعوی صغۀ قانونی ندارد.<sup>۲۳۶</sup>

#### ماده ۱۹۳: استفاده از اهل خبره و قبول اجتناب ورد اهل خبره

«هرگاه محکمه هنگام بررسی تشخیص حالات مدعی بها مستقیماً یا به اثر اظهارات شفاهی طرفین در یابد که کشف جهات واقعی قضیه و رسیدگی عادلانه در ماهیت آن تحلیل بعضی موضوعات دیگر را ایجاب می کند قرار قضائی مبنی بر تحلیل موضوعات مشخص را صادر طبق احکام مواد (۱۷۹) الی (۱۸۲) این قانون اجراءات می نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به مواد ۱۷۹ و ۱۸۲ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هرگاه محکمه هنگام بررسی تشخیص حالات مدعی بها مستقیماً یا به اثر اظهارات شفاهی طرفین در یابد که کشف جهات واقعی قضیه و رسیدگی عادلانه در ماهیت آن تحلیل بعضی موضوعات دیگر را

۲۳۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۳۵.  
۲۳۶. محمد عثمان ژوبل (۱۲- ۱۷ عقرب، ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تامین عدالت، ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۱۳.

ایجاب می کند قرار قضائی مبنی بر تحلیل موضوعات مشخص را صادر طبق احکام مواد (۱۷۹) الی (۱۸۲) این قانون اجراء نماید.

به حیث مثال، اگر حمیده قراردادی را مبنی بر فروش زمین خویش با مرضیه منعقد نماید و تشخیص سن حمیده در جریان محاکمه ضروری تلقی شود؛ به این توضیح که ولی حمیده خواهان ابطال عقد توسط محکمه به دلیل صغیر ممیز بودن حمیده باشد و حمیده تذکره تابعیت نداشته باشد یا داشته باشد اما سن مندرج تذکره با حالت ظاهری حمیده تطابق نداشته باشد و مرضیه ادعا نماید که حمیده بالغ است و عقد نافذ است، محکمه می تواند قرار قضایی را مبنی بر تحلیل موضوع صادر و در تشخیص سن حمیده نظر داکتر طب عدلی یا داکتر دیگر را مطالبه نماید. داکتر طب عدلی و داکتر دیگر طب در این مثال، از مصادیق اهل خبره اند.

همچنین، حکم ماده ۱۸۲ ق. ا. م، چنانچه تفصیل آن گذشت، مربوط اجتناب و رد اهل خبره است که تابع اساسات عمومی اجتناب و رد احکام مندرج فصل چهارم باب دوم این قانون می باشد. لذا، اگر مدعی یا مدعی در خصوص اجتناب و رد اهل خبره ملاحظه داشته باشند، قاضی می تواند مطابق ماده ۱۸۲ ق. ا. م. م اجتناب و رد اهل خبره را بپذیرد و موضوعات مربوط به قضیه را تحلیل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۹۴: طلب معلومات از مراجع مربوط

«هرگاه محکمه به کشف بعضی حالات خاص قضایای مدنی ضرورت احساس نماید می تواند به اظهارات و دلایل طرفین اطمینان و در غیر آن در زمینه از مراجع مربوط بدون استرداد اوراق طالب معلومات شود.»

طبق نص این ماده هرگاه محکمه به کشف بعضی حالات خاص قضایای مدنی ضرورت احساس نماید می تواند به اظهارات و دلایل طرفین اطمینان و در غیر آن در زمینه از مراجع مربوط بدون استرداد اوراق طالب معلومات شود. به حیث مثال، اگر حمیده علیه احمد زوجش ادعا نماید محبوب بودن را در اثر انفجار بمب نماید و در نهایت از محکمه مطالبه تفریق قضایی به دلیل عیب احمد شود، محکمه می تواند به اظهارات و دلایل احمد و حمیده اطمینان نماید. اما، اگر محکمه به اظهارات و دلایل احمد و حمیده اطمینان نداشته باشد، می تواند از داکتران مربوطه معلومات حاصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۱۹۵: آرایه معلومات به هیأت قضایی توسط تحریرات

«تحریرات محکمه مکلف است بعد از وصول معلومات مندرج مواد ۱۹۲ الی ۱۹۴ این قانون سوابق قضیه را به هیأت قضایی ارائه نمایند.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۱۹۲ و ۱۹۴ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده تحریرات محکمه مکلف است بعد از وصول معلومات مندرج مواد ۱۹۲ الی ۱۹۴ این قانون سوابق قضیه را به هیأت قضایی ارائه نمایند. وصول در لغت به معنی رسیدن است. به حیث مثال، در مثال های که در ذیل مواد ۱۹۲ الی ۱۹۴ آرایه شد، اگر معلومات به تحریرات محکمه برسد، تحریرات مکلف

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دوازدهم: تنظیم اجراءات مقدماتی در قضایای مدنی ۱۷۳

است معلومات و سوابق قضیه را به هیأت قضایی تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف ق. ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی تحریرات محکمه است.

#### ماده ۱۹۶: عدم رد اوراق قضایی بدون دلیل موجه

«محکمه نمی تواند بدون ضرورت موجه اوراق قضایای مدنی را مسترد نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه نمی تواند بدون ضرورت موجه اوراق قضایای مدنی را مسترد نماید. نص این ماده مجمل به نظر می رسد. عبارت اوراق قضایی در نص این ماده بسیار عام است. به نظر می رسد منظور از اوراق قضایی دوسیه یا اوراق مربوط به قضیه مدنی است. تعریف موجه گذشت. قانونگذار ا. م. در نص این ماده مصادیق و مثال های ضرورت موجه را پیش بینی نکرده است.

به حیث مثال، اگر احمد ادعای فسخ عقد بیع به دلیل خیار عیب را علیه محمود نماید و دوسیه مربوط به دعوی احمد از ریاست حقوق به محکمه مواصلت نماید، اما دوسیه ناقص و ناتکمیل باشد، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند دوسیه را به دلیل نقصان به ریاست حقوق مسترد نماید. نقصان و عدم تکمیل اسناد مربوط به دعوی فسخ عقد دلیل موجه برای رد قضیه و دوسیه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۱۹۷: عدم تعطیل سیر جریان رسیدگی قضیه مدنی بدون دلایل موجه

«محکمه نمی تواند سیر جریان رسیدگی قضایای مدنی را بدون دلایل موجه معطل کند.»

طبق نص این ماده محکمه نمی تواند سیر جریان رسیدگی قضایای مدنی را بدون دلایل موجه معطل کند. تعریف قضایای مدنی و موجه گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود شوهرش به دلیل مفقودیت یا مجبوبیت اقامه دعوی تفریق نماید، قاضی دیوان احوال شخصیه یا امور فامیل نباید به دلایل اخلاقی، به حیث مثال، نامناسب به نظر رسیدن ترک شوهر به دلیل مجبوبیت یا مفقودیت سیر جریان قضیه تفریق قضایی حمیده را معطل کند.

مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت وجود دلایل موجه قاضی می تواند سیر جریان رسیدگی به قضیه را معطل کند. به حیث مثال، اگر صورت دعوی احمد ناقص باشد و قاضی از احمد بخواهد تا صورت دعوایش را تصحیح و اصلاح نماید، اصلاح صورت دلیل موجه برای تعطیل سیر و جریان دعوی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی و مورد حمایت قرار دادن مدعی است.

#### ماده ۱۹۸: عدم جواز صدور قرار در ماهیت دعوی مگر در حالات استثنایی

«صدور قرار قضائی در ماهیت دعوی مدنی جز در حالاتیکه قانون تصریح نموده باشد جواز ندارد.»

تعریف قرار و فرق قرار با فیصله گذشت. در نص این ماده یک اصل و یک استثناء به نظر می رسد. اصل این است که قاضی محاکم مدنی نمی تواند در ماهیت دعوی قرار قضایی صادر نمایند. استثنای این اصل این است که در قانون تصریح شده باشد. مثال هایی قرار و فیصله در لابلای این کتاب آمده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

### ماده ۱۹۹: ترتیب فهرست قضایای مدنی و اجراءات مطابق آن

«روسای دیوان های ستره محکمه، روسای محاکم، معاونین، رؤسای دیوانهای محاکم ولایات، لوی ولسوالی، محاکم شهری، ولسوالی، علاققداری و ناحیوی مکلف اند فهرست قضایای مدنی را با توضیح نوع دعوی و شهرت طرفین دعوی ترتیب و به اساس آن اجراءات نمایند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده روسای دیوان های ستره محکمه، رؤسای محاکم، معاونین، رؤسای دیوان های محاکم ولایات، لوی ولسوالی، محاکم شهری، ولسوالی، علاققداری و ناحیوی مکلف اند فهرست قضایای مدنی را با توضیح نوع دعوی و شهرت طرفین دعوی ترتیب و به اساس آن اجراءات نمایند. چنانچه گفته شد، در حال حاضر، محاکم علاققداری و ناحیوی وجود ندارد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی مقام های مذکور در ماده ۱۹۹ ق. ا. م. م است.

### ماده ۲۰۰: تکمیل مراحل محاکمات قضایای مدنی در مدت چهار ماه

«مراحل محاکماتی قضایای مدنی با تعقیب طرف دعوی حداکثر تا چهار ماه اکمال و حکم قضایی صادر می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده مراحل محاکمات قضایای مدنی در مرحله ابتدائیه، استیناف و تمیز باید در مدت حداکثر چهار ماه تکمیل و در خصوص قضیه قضات حکم صادر نمایند. به حیث مثال، اگر احمد در خصوص پرداخت جبران خسارت ناشی از انهدام بنای علییه محمود مقاول اقامه دعوی نماید، این دعوی باید توسط قضات در مرحله ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه (دادگاه عالی) در مدت چهار ماه رسیدگی و در خصوص آن حکم صادر گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قضات و تسریع رسیدگی به دعاوی مدنی است.

### ماده ۲۰۱: تمدید مدت چهار ماه

«مدت مندرج ماده (۲۰۰) این قانون نظر به خصوصیت بعضی قضایا به اساس دلایل مستند و موجه تایک ماه دیگر قابل تمدید می باشد.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۲۰۰ ق. ا. م. م است. از نص این ماده یک قاعده استنباط می گردد. طبق نص این ماده مدت چهار ماه می تواند براساس دلایل موجه و مستند برای مدت یک ماه دیگر تمدید گردد. نص این ماده مجمل است. زیرا، قانونگذار ا. م. م واضح نساخته است که این مدت توسط چه مقامی تمدید می گردد. به نظر می رسد این مقام قاضی است. بنابراین، اگر بعضی قضایای پیچیده باشد، قضات محاکم ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه می توانند آن را در مدت پنج ماه مورد رسیدگی قرار داده و در خصوص آن حکم صادر نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی استثنای ماده ۲۰۰ ق. ا. م. م است.

### ماده ۲۰۲: آغاز مدت رسیدگی دعوی

«آغاز مدت رسیدگی قضایی بعد از درج دعوی مدعی، به فورمه خاص آن مدار اعتبار است.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده آغاز مدت رسیدگی قضایی بعد از درج دعوی مدعی، به فورمه خاص آن مدار اعتبار است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود پرداخت اجرت ساخت دروازه، کلکین و آلماری را به موجب عقد مقاوله در تاریخ اول ماه میزان سال ۱۲۹۷ هجری خورشیدی نماید، مدت رسیدگی به دعوی (چهار ماه یا پنجاه ماه در صورت تمدید آن) از تاریخ درج صورت دعوی مدعی آغاز می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی حکم آغاز مدت دعوی است.

### ماده ۲۰۳: تشخیص مدعی از مدعی علیه و خارج از ذوالید

«تشخیص مدعی از مدعی علیه و تفریق خارج از ذوالید حقیقی در مرحله اول توسط صدور قرار قضائی صورت می گیرد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده تشخیص مدعی از مدعی علیه و تفریق خارج از ذوالید حقیقی در مرحله اول توسط صدور قرار قضائی صورت می گیرد. تشخیص در لغت به معنی جدایی، شناسایی و تمیز است.<sup>۲۳۷</sup> تفریق در لغت به معنی جدا کردن، جدایی و تفکیک است.<sup>۲۳۸</sup> ید در لغت به معنی دست است و در فقه کنایه از تصرف است، چنانکه اگر بگویند: فلانی بر چیزی ید دارد، مراد آن است که بر آن تصرف مالکانه دارد. از همین رو، شخصی که ملکی را تحت ید دارد ذوی الید نامیده می شود.

عبارت «حقیقی» در نص این ماده زاید به نظر می رسد. زیرا، به نظر می رسد ذو الید برخلاف فوت و قانون دو نوع: حقیقی و حکمی نیست. خارج در لغت به معنی بیرون است.<sup>۲۳۹</sup> تعریف مدعی، مدعی علیه و قرار قضایی در فصل اول این کتاب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده به کرایه بدهد و مرضیه ادعا نماید که خانه از آن او است، تشخیص مدعی، مدعی علیه، خارج و ذوالید در این مثال توسط قرار قضایی صورت می گیرد. در این مثال، مرضیه مدعی، حمیده مدعی علیه است. همچنین، در این مثال حمیده ذوالید و مرضیه خارج است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

### پرسش ریاست محکمه ولایت کابل:

مطابق شریعت، ذوالیدی کسی است که مدعی به در دست وی باشد، مگر در سیمینار سال ۱۳۵۰، صاحب سند شرعی ذوالید دانسته شده است. اکثراً طوری میباشد که مدعی به در دست یک شخص چند سال قرار می داشته باشد و سند شرعی در دست شخص دیگری می باشد، در این مورد استهداء می گردد که آیا برای دارنده سند اصلی و شرعی وثیقه ذوالیدی را ترتیب دهیم و یا برای ذوالید عملی چند ساله ترتیب وثیقه دهیم.

237. <https://www.vajehyab.com> (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

238. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

239. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

قابل یاد آور است که در این باره رویه های قضائی محاکم نیز متفاوت می باشد. بعضی محاکم بعد از ترتیب وثیقه ذوالیدی، مدعی به را به صاحب وثیقه تسلیم می دهد، مگر احکام ستره محکمه طور است که الی قطعیت فیصله های محاکم ثلاثه ذوالیدی از دست ذوالید خارج ساخته نشود، در این باره طالب هدایت می باشیم.

توضیح: در مورد ذوالیدی ماده (۲۰۳) قانون اصول محاکمات مدنی قابل رعایت است در زمینه قرار صادر می گردد، به ترتیب وثیقه ذوالیدی مبادرت نمی شود و تشخیص ذوالید از خارج در هنگام دعوی وظیفه قاضی می باشد. ۲۴۰







## فصل دوازدهم: جریان محاکمه و حضور اشخاص شامل قضیه

قانونگذار ا. م. در فصل دوازدهم، مواد ۲۰۴ الی ۲۴۵ احکام مربوط به جریان محاکمه و حضور اشخاص شامل قضیه اعم از مدعی، مدعی علیه، وکیل مدافع، اهل خبره و امثال اینها را تنظیم نموده است.

### ماده ۲۰۴: حضور اشخاص شامل قضیه به محکمه

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

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده مدعی و مدعی علیه مکلف اند که خود یا وکیل، ولی، وصی یا قیم آنها با اسناد مربوط به محکمه حاضر شوند. تعریف مدعی، مدعی علیه، وکیل، ولی، وصی و قیم در فصل اول و دوم این کتاب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد دوازده ساله باشد و از طریق نایب خویش با محمود قرارداد ببندد تا محمود برای احمد چاه عمیق صد متری حفر نماید، اما محمود به احمد بعد از اطلاع دادن احمد دو صد و پنجاه متر چاه عمیق حفر نماید اما احمد صرف پول صد متر را به محمود بدهد و سپس محمود علیه احمد در محکمه مدنی اقامه دعوی پرداخت دو صد و پنجاه متر چاه عمیق را نماید، محمود یا وکیل محمود و ولی، یا وصی احمد مکلف اند در محکمه با اسناد مربوط به حفر چاه حاضر شوند. در صورتی که در این مثال، احمد دیوانه گردد و تحت قیمومیت جمشید قرار بگیرد، جمشید قیم احمد مکلف است با اسناد مربوط در محکمه حاضر شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکلیف اشخاص شامل در قضیه است.

### ماده ۲۰۵: اشتراک خرنوال مدنی، نماینده ارگان های دولت و امثال اینها در جلسات قضایی

«در جلسات قضایی علاوه بر طرفین دعوی و خرنوالی مدنی نماینده ارگانهای دولتی، مؤسسات و اشخاص ثالث اشتراک نموده می توانند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در جلسات قضایی علاوه بر طرفین دعوی و خرنوالی مدنی نماینده ارگانهای دولتی، مؤسسات و اشخاص ثالث اشتراک نموده می توانند. طرفین دعوی مدعی و مدعی علیه اند. برخلاف دعاوی جزایی خرنوال یکی از ارکان دعوی مدنی نیست. زیرا، دعوی مدنی دعوی فرد علیه فرد است. معمولاً خود مدعی، مدعی علیه یا وکیل مدعی، علیه وکیل مدعی علیه اقامه دعوی می نماید. به طور استثنایی خرنوالی مدنی در دعاوی مربوط به تفریق زوجه غایب حضور پیدا می نماید. در هر حال، در دعاوی مدنی، مدعی، مدعی علیه، خرنوالی مدنی، نماینده ارگانهای دولتی، مؤسسات و اشخاص ثالث که طرف دعوی نیستند می توانند در جلسات قضایی اشتراک نمایند. همچنین، اگر دعوی در خصوص ملکیت دولتی میان فرد و دولت صورت گیرد،

نماینده قضایای دولت می تواند در جلسه قضایی به نمایندگی از دولت اشتراک نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم جواز اشتراک خارنوالی مدنی، نماینده ارگانهای دولتی، مؤسسات و اشخاص ثالث در جلسات قضایی است.

#### ماده ۲۰۶: اعتبار وکالت خط

«وکالت خط تا صدور فیصله محکمه ای که دعوی در آن دایر است اعتبار دارد. مورد آتی از این حکم مستثنی است: در صورتی که در وکالت خط صراحتاً صلاحیت استدعا، اعتراض بر حکم و اعاده محکمه، تقدیم دعوی و تعقیب آن الی درجه اخیر محاکم به وکیل تفویض شده باشد.».

از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که وکالت خط تا صدور فیصله محکمه ای که دعوی در آن دایر است اعتبار دارد. به حیث مثال، اگر حمیده بخواهد از جمشید شوهرش به دلیل مرض از محکمه ابتدائیه ذیصلاح تفریق قضایی بگیرد و محمود را وکیل بگیرد، در قدم نخست باید حمیده محمود را وکیل بگیرد و وکالت خط ترتیب شود. طبق رویه عملی برای ترتیب وکالت خط عارض و وکیل در محکمه وثایق مربوطه عریضه می نمایند. سپس، اقامت عارض در ناحیه مربوطه توسط وکیل گذر تصدیق می گردد. بر حال بودن وکیل گذر توسط ناحیه مربوط تصدیق می گردد. سپس، وکیل و عارض به محکمه وثایق با دو شاهد حضور می یابند و محکمه وثایق وکالت خط را ترتیب می نماید.

در این مثال، وکالت خط محمود الی صدور فیصله توسط محکمه ابتدائیه اعتبار دارد. استثنای این قاعده این است که در صورتی که در وکالت خط صراحتاً صلاحیت استدعا، اعتراض بر حکم و اعاده محکمه، تقدیم دعوی و تعقیب آن الی درجه اخیر محاکم به وکیل تفویض شده باشد. تعریف استدعا در فصل اول گذشت. تعریف اعتراض گذشت. عبارت اعاده محکمه در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. تقدیم دعوی عبارت از اقامه دعوی و سپردن صورت دعوی توسط وکیل به محکمه است. منظور از تعقیب دعوی الی درجه اخیر استیناف خواهی و فرجام خواهی و به طور کل تعقیب دعوی از مرحله ابتدائیه الی مرحله تمیز است.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده در وکالت خط به صورت صریح و روشن ذکر نماید که محمود صلاحیت تقدیم صورت دعوی در محکمه ابتدائیه، استیناف خواهی، تمیز خواهی، اعتراض فیصله محکمه ابتدائیه و استیناف و نظیر اینها را دارد، وکالت خط محمود در همه مراحل مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم اعتبار وکالت خط در یک مرحله مراحل مختلف دعوی مدنی است.

#### ماده ۲۰۷: عدم جواز ایفای وظیفه قضات و کارمندان اداری محکمه به عنوان وکیل مدافع

«قضات و کارمندان اداری محاکم نمی توانند امر وکالت را انجام دهند به استثنای مواردی که دعوی زوج، زوجه، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، پسر و دختر آنها در میان باشد.».

در نص این ماده یک اصل و یک استثناء وجود دارد. اصل این است که قضات و کارمندان اداری محاکم نمی توانند امر وکالت را انجام دهند. به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه مدنی حوزه اول کابل

من حیث قاضی یا محرر ایفای وظیفه نماید و محمود دعوی فسخ عقد مقوله با جمشید را در این محکمه اقامه نماید، احمد نمی تواند به عنوان وکیل مدافع احمد، دعوی احمد علیه جمشید را در این محکمه اقامه نماید. زیرا، در این مثال، احمد هم قاضی یا محرر محکمه و هم وکیل مدافع است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده جلوگیری از تعارض منافع است. استثنای این اصل این است که دعوی زوج، زوجه، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، پسر و دختر قضات یا کارمندان اداری در میان باشد.

به حیث مثال، اگر احمد یا حمیده در محکمه ابتدائیه مدنی حوزه اول کابل قاضی یا محرر باشد و دعوی زوجه، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، پسر و دختر احمد در محکمه مدنی حوزه دوم کابل قرار باشد اقامه گردد، احمد می تواند به عنوان وکیل مدافع دعوی اقارب خویش را در محکمه حوزه دوم کابل اقامه نماید. همچنین، اگر دعوی زوج حمیده، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، پسر و دختر حمیده در محکمه مدنی حوزه دوم کابل قرار باشد دایر گردد، حمیده می تواند به عنوان وکیل مدافع دعوی اقارب خویش را اقامه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده جلوگیری از تعارض منافع است.

#### ماده ۲۰۸: حالاتی که قضات و کارمندان اداری می توانند اصالتاً و نیابتاً به دفع دعوی بپردازند

«قضات و کارمندان محاکم در دعوی خود اصالتاً و در دعوی اشخاص مندرج ماده ۲۰۷ این قانون به صفات وکیل، ولی، وصی و قیم اقدام کرده می توانند.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۰۷ ق. ا. م. م است. در نص این ماده دو قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده قضات و کارمندان محاکم در دعوی خود اصالتاً اقدام کرده می توانند. اصالتاً در لغت به معنی شخصاً و به نمایندگی از خود است. نص این قاعده مجمل است زیرا قانونگذار ا. م. م در نص این ماده واضح نساخته است که آیا دعوی در محکمه ای که قاضی یا کارمند اداری ایفای وظیفه می نماید اقامه می شود یا در محکمه دیگر. بنابراین، نص این ماده محل ایراد است. به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه حوزه اول کابل منحصتاً قاضی یا محرر یا کارمند اداری ایفای وظیفه نماید و محمود علیه احمد دعوی عدم پرداخت احوادث منزل را اقامه نماید، احمد می تواند به دفع دعوی محمود بپردازد. دوم این که قاضی و کارمندان اداری می توانند در دعوی مربوط به زوج، زوجه، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، پسر و دختر می توانند به عنوان وکیل، وصی، ولی و قیم اقدام کنند. به حیث مثال، اگر احمد یا حمیده در محکمه ابتدائیه مدنی حوزه اول کابل قاضی یا محرر باشد و دعوی زوجه، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، پسر و دختر احمد یا حمیده در محکمه مدنی حوزه دوم کابل قرار باشد اقامه گردد، احمد یا حمیده می تواند به عنوان وکیل مدافع، ولی، وصی و قیم دعوی اقارب خویش را در محکمه حوزه دوم کابل اقامه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم تطبیق ماده ۲۰۷ ق. ا. م. م است.

#### ماده ۲۰۹: تشخیص اصیل از نایب

طبق ماده ۲۰۹ ق. ا. م. م: «طرفین دعوی به رعایت نوبت به اتاق محکمه رهنمایی و به ترتیب آتی حالات شان بررسی می شود:

۱- محکمه تشخیص می نماید که کدام آنها به حیث اصیل و کدام یکی به صفت وکیل، ولی، وصی و قیم به محکمه حاضر شده است.

۲- اشخاصی که نیابتاً به محکمه حاضر می شوند موظفین محکمه سند صلاحیت شان را به دوسیه می گذارد.

۳- استدعای مدعی، کلیه اسناد و اوراق طرفین از طرف تحریرات محکمه تنظیم می گردد.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) طرفین دعوی به رعایت نوبت به اتاق محکمه توسط کارمندان اداری محکمه رهنمایی می شوند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی فسخ عقد مقاوله را نماید، احمد و محمود باید به اتاق محکمه توسط کارمندان اداری محکمه رهنمایی شوند.

(۲) محکمه تشخیص می نماید که کدام آنها به حیث اصیل و کدام یکی به صفت وکیل، ولی، وصی و قیم به محکمه حاضر شده است. تعریف وکیل، ولی، وصی و قیم گذشت. اصیل از ریشه «اصل» گرفته شده است که در لغت به معنی با اصل و نجابت، ریشه دار، اصلمند، صاحب اصل و تبار، صاحب نسب و نیک نژاد است. در اصطلاح حقوق مدنی، اصیل شخصی است که مستقیماً و به صورت ذاتی صلاحیت اجرای یک عمل را داشته باشد.<sup>۲۴۱</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا خود احمد علیه محمود یا وکیل، ولی، وصی و قیم احمد بر علیه محمود یا وکیل، ولی، وصی و قیم احمد بر علیه محمود اقامه دعوی را نماید، قاضی باید تشخیص بدهد که کدام آنها اصل و کدام نایب اند.

(۳) اشخاصی که نیابتاً به محکمه حاضر می شوند موظفین محکمه سند صلاحیت شان را به دوسیه می گذارد. به حیث مثال، اگر جمشید وکیل احمد باشد و احمد نیابتاً دعوی فسخ عقد مقاوله را علیه محمود یا وکیل، ولی، وصی و قیم محمود اقامه نماید، کارمندان اداری محکمه مکلف اند وکالت خط، وصایت خط و سند قیمومیت آنها را در دوسیه بگذارد.

(۴) استدعای مدعی، کلیه اسناد و اوراق طرفین از طرف تحریرات محکمه تنظیم می گردد. تعریف استدعا در فصل اول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد اصالتاً دعوی فسخ عقد مقاوله را علیه محمود اقامه نماید، تحریرات اداری محکمه مکلف است، استدعای احمد و سایر اوراق مربوط به احمد و محمود را تنظیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش صلاحیت های تکلیفی قضات، کارمندان و تحریرات محکمه است.

#### ماده ۲۱۰: تقدیم صورت دعوی در دو نسخه توسط مدعی

(مدعی صورت دعوی خود را به تفصیل لازم در دو نسخه تقدیم می دارد. در صورت عدم صحت دعوی، مدعی به تصحیح دعوی مکلف می شود.)

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دوازدهم: جریان محاکمه و حضور شاملین قضیه ۱۸۳

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد. نخست این که مدعی مکلف است صورت دعوی خود را به تفصیل لازم در دو نسخه تقدیم محکمه نماید. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد دعوی فسخ عقد مقاوله را علیه محمود در محکمه مدنی اقامه نماید، احمد مکلف است دعوی خویش را در دو نسخه تقدیم محکمه نماید.

دلیل تقدیم صورت دعوی در دو نسخه این است تا یک نسخه آن در محکمه باشد و یک نسخه آن را محکمه به مدعی علیه تقدیم نماید. دوم این که در صورت عدم صحت صورت دعوی، مدعی به تصحیح صورت دعوی مکلف می شود. به حیث مثال، اگر احمد دعوی عقار را علیه محمود اقامه نماید و در صورت دعوی حدود اربعه عقار را اشتباه تحریر نماید، قاضی باید صورت دعوی را به احمد رد نماید و از احمد مطالبه نماید تا آن را تصحیح نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف مدعی است.

#### ماده ۲۱۱: تقدیم جواب دعوی توسط مدعی علیه به محکمه

«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.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۶ ق. ا. م. م است. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده 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. عبارت صحت دعوی در نص این ماده محل ایراد است.

به نظر می رسد منظور قانونگذار ا. م. م از صحت دعوی، صحت صورت دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی فسخ عقد مقاوله را در محکمه مدنی اقامه نماید و صورت دعوی خویش را تقدیم محکمه نماید، محمود مکلف است جواب تحریری را به محکمه در موعد مقرر در ق. ا. م. م تقدیم محکمه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف مدعی علیه است.

#### ماده ۲۱۲: تعیین تاریخ جلسه

«محکمه بعد از تقدیم جواب تحریری مدعی علیه تاریخ جلسه محاکمه را به طرفین دعوی تقدیم می دارد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه بعد از تقدیم جواب تحریری مدعی علیه تاریخ جلسه محاکمه را به طرفین دعوی تقدیم می دارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و احمد اجرت خانه را به محمود پرداخت ننماید و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و صورت دعوی خویش را به محکمه تقدیم نماید و محمود نیز صورت دفاع خویش را به محکمه تقدیم نماید، محکمه مکلف است تاریخ جلسه محاکمه را به احمد و محمود ابلاغ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۲۱۳: تنظیم جلسه قضایی

«هرگاه طرفین دعوی به روز معین به جلسه قضایی حاضر شوند رسمیت جلسه اعلان و قرار ذیل اجراءت می‌گردد:

۱- دفاعیه تحریری مدعی علیه متعاقب دعوی مدعی در فورمه خاص (صورتحال) درج و بعداً دعوی مدعی و دفاعیه مدعی علیه به حضور طرفین در جلسه قضائی قرائت و محتویات دعوی و دفاعیه به جانبین تفهیم می‌گردد.

۲- بعد از قرائت دعوی مدعی و جوابیه مدعی علیه اولاً به مدعی موقع داده می‌شود تا دعوی و اسناد مربوط را توضیح نماید، ثانیاً به مدعی علیه موقع داده می‌شود تا جوابیه خود را در برابر دعوی مدعی با ارائه اسناد توضیح نماید.

۳- رئیس جلسه و اعضای هیأت قضایی در مورد ابهام و تناقض از طرفین استیضاح می‌نماید.

۴- منشی جلسه مکلف است به امر رئیس محکمه رویداد جلسه، توضیحات چگونگی رفع ابهام و تناقض ادعای مدعی و مدعی علیه را یادداشت و ثبت آن را در ختم محاکمه بعد از قرائت به امضای طرفین دعوی و هیأت قضائی برساند.»

طبق نص این ماده هرگاه طرفین دعوی به روز معین به جلسه قضایی حاضر شوند رسمیت جلسه توسط رئیس هیأت قضایی اعلان و قرار ذیل باید اجراءت صورت گیرد:

۱- دفاعیه تحریری مدعی علیه و دعوی مدعی در فورمه خاص (صورتحال) باید درج گردد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی فسخ عقد بیع را که محمود پول مبیعه را نپرداخته است اقامه نماید، دعوی احمد و دفاع تحریری محمود باید در صورت حال درج گردد.

۲- طرفین دعوی و دفاعیه خویش را در جلسه قضائی قرائت و محتویات دعوی و دفاعیه به جانبین تفهیم گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد باید صورت دعوی خویش را قرائت و سپس محمود صورت دعوی خویش را قرائت نماید. در صورت عدم فهم، محتویات صورت دعوی و دفاع باید به طرفین توسط قاضی فهمانده شود.

۳- بعد از قرائت دعوی مدعی و جوابیه مدعی علیه اولاً به مدعی موقع داده می‌شود تا دعوی و اسناد مربوط را توضیح نماید، ثانیاً به مدعی علیه موقع داده شود تا جوابیه خود را در برابر دعوی مدعی با ارائه اسناد توضیح نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، رئیس هیأت قضایی باید به احمد اجازه دهد تا اسناد را ارایه و توضیح نماید و سپس به محمود.

۴- رئیس جلسه و اعضای هیأت قضایی در مورد ابهام و تناقض از طرفین استیضاح نماید. ابهام در لغت به معین پیچیده بودن، پوشیدگی و تأریکی است. تناقض در لغت به معنی ضد و نقیض بودن، در مخالفت بودن و ضد یکدیگر بودن است.<sup>۲۴۲</sup> تعریف استیضاح گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، در گفتار یا اسناد احمد تناقض و ابهام وجود داشته باشد، هیأت قضایی می‌تواند از احمد طلب وضاحت نماید.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دوازدهم: جریان محاکمه و حضور شاملین قضیه ۱۸۵

۵- منشی جلسه مکلف است به امر رئیس محکمه رویداد جلسه، توضیحات چگونگی رفع ابهام و تناقض ادعای مدعی و مدعی علیه را یادداشت و ثبت آن را در ختم محاکمه بعد از قرائت به امضای طرفین دعوی و هیأت قضائی برساند.

به حیث مثال، در مثالا بالا، منشی جلسه مکلف است مینوت جلسه را تهیه نماید و بعد از قرائت به امضای مدعی و مدعی علیه و هیأت قضائی برساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضائی، منشی جلسه و تنظیم جلسه قضائی است.

#### ماده ۲۱۴: نصاب جلسه هیأت قضائی

«حضور کامل هیأت قضائی در حین مذاکرات و جلسات قضائی ضروری است. در غیاب رئیس جلسه و یا یکی از اعضای هیأت قضائی، جلسه دایر شده نمی تواند.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده حضور کامل هیأت قضائی در حین مذاکرات و جلسات قضائی ضروری است. به حیث مثال، اگر احمد دعوی عدم پرداخت اجرت عقد استصناع بخاری های چوبی را علیه محمود در محکمه مدنی اقامه نماید، برای رسیدگی به دعوی و تدویر جلسه قضائی، حضور هیأت قضائی که معمولاً مرکب از رئیس و دو عضو می باشد است.

فقرة دوم نص ماده ۲۱۴ ق. ا. م. م ضمانت اجرای فقرة اول نص ماده ۲۱۴ ق. ا. م. م را پیش بینی نموده است. طبق فقرة دوم ماده ۲۱۴ ق. ا. م. م در صورت غیاب رئیس جلسه یا یکی از اعضای هیأت قضائی، جلسه قضائی دایر شده نمی تواند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم نصاب تدویر جلسه قضائی است.

#### ماده ۲۱۵: اقامه شهود ذوی الیدی بعد از احراز شرایط صحت دعوی

«در مدعی بهای غیر منقول بعد از صحت دعوی مدعی، اقامه شهود ذوالیدی حتمی است.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در مدعی بهای غیر منقول بعد از صحت دعوی مدعی، اقامه شهود ذوالیدی حتمی است. مدعی بهای محل یا موضوع دعوی است. غیر منقول عبارت از اموالی است که نقل و انتقال آن از یک مکان به مکان دیگر ممکن نباشد، مانند زمین، خانه و آپارتمان. شهود جمع شاهد است. تعریف ذوالیدی گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد پنجاه جریب زمین را در ولسوالی پغمانی تحت ید داشته باشد، به حیث مثال در زمین ها، گندم کشت نماید و سایر تصرفات را انجام دهد و سپس محمود ادعا نماید که این زمین ها از آن من است در حالی که احمد بگوید این زمین ها از پدر کلان من بوده است و پدر کلانم این زمین ها برای شما جهت دهقانی تسلیم نموده بود، پس از تسلیم صورت دعوی در محکمه ذیصلاح و احراز شرایط عمومی و خصوصی دعوی توسط محمود، احمد مکلف است شهود ذوالیدی را در محکمه اقامه نماید. به حیث مثال، از فاروق و قیوم بخواهد تا در محکمه شهادت دهند که احمد زمین ها را تحت ید داشته و در آن تصرف می نموده است.

فاروق و قیوم در این مثال، شهود و تصرفات احمد بر زمین بیانگر این است که زمین ها تحت ید احمد بوده است. همچنین، احمد در این مثال ذوالید است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص

این ماده پیش بینی تکلیفی ذوالید مبنی بر اقامه شهود بعد از احراز شرایط عمومی و خصوصی صحت دعوی است.

**پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت سمنگان:**  
در دعاوی عقار مطابق هدایت ماده (۲۱۵) قانون اصول محاکمات مدنی بعد از صحت دعوی اقامه شهود دولیدی حتمی میباشد اما از اقامه شهود موت مورث حصر وراثت و جر ارث در قانون کدام صراحت وجود ندارد و طوریکه دیده میشود در رویه قضائی کشور اقامه شهود حصر وراثت و موت مورث معمول بوده و در صورت عدم تحقق فیصله نقض می گردد. موضوع قابل توضیح میباشد.  
**توضیح:** در مورد اقامه شهود دولیدی در مدعی بها غیر منقول ماده (۲۱۵) قانون اصول محاکمات مدنی صراحت دارد و اگر مدعی بها ملکیت موروثی باشد اقامه شهود موت مورث و حصر وراثت و جر ارث هم نظر به مسایل شرعی که در صفحه (۳۹۶) فتوای کاملیه و صفحه (۱۰۱۷) شرح مجله الاحکام سلیم باز ذکر گردیده است.

**پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت میدان وردک:**  
اکثراً در محاکم بخاطر تطبیق ماده (۲۱۵) اصول محاکمات مدنی در مورد اقامه شهود ذوالیدی نسبت عدم مساعد بودن حالات در منطقه و امثال آن مدعی نمی تواند شهود ذوالیدی خود را به محکمه حاضر نماید و محکمه نیز با صراحت قانونی موضوع را به عدم سمع فیصله می نماید در حالی که مدعی حق به جانب بوده اما نسبت معاذیر نمی تواند شهود خویش را حاضر نماید که این نوع تصمیم خلاف واقع و عدل بوده احتراماً پیشنهاد می گردد که در این مورد از کلیه فقهی یعنی مواد (۱۷۵۴/۱۷۵۵) مجله الاحکام و سایر کلیه های فقهی استفاده نمایند که اجراءات قضائی در کشور توحید و یکسان گردد و از جانب دیگر مشکل صاحبان حق در چوکات احکام شریعت حل گردد.  
**توضیح:** مطابق رهنمود توضیح به ارتباط ذوالیدی در مدعی بها که قواعد روشن دارد و مورد تأیید سیمینار واقع گردیده است، اجراءات به عمل آید. ۲۴۳

#### ماده ۲۱۶: ارایه اسناد با تأخیر

«هرگاه یکی از طرفین دعوی در اثنای محاکمه اسناد اثباتیه ای را ارائه نمود که در اوراق مورد مطالعه قبلی محکمه، شامل نبود محکمه اوراق مذکور را بدون موجبات آتی قبول کرده نمی تواند:  
۱- قناعت محکمه به این که ارائه اوراق مذکور در آن وقت ممکن نبوده؛ و  
۲- موجودیت عذر معقول دیگری مبنی بر عدم تقدیم اوراق مذکور در آن وقت.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه یکی از طرفین دعوی در اثنای محاکمه اسناد اثباتیه ای را ارائه نماید که در اوراق مورد مطالعه قبلی محکمه، شامل نباشد محکمه این اوراق را



نباید پذیرد مگر این که محکمه قانع گردد که ارائه اوراق در ابتداء ممکن نبوده یا یکی از طرفین عذر معقول دیگری مبنی بر عدم تقدیم اوراق در ابتداء داشته است.

به حیث مثال، اگر احمد کوره یا داش خشت سازی داشته باشد و برای محمود خشت پخته تولید نموده باشد و محمود پول خشت های پخته را برای احمد نپرداخته باشد و محمود به احمد سند داده باشد که من مدیون شما از ناحیه دریافت خشت های پخته هستم و پول شما را می پردازدم و احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید اما این سند را ضمیمه دوسیه نماید یا اسناد در ولایت دیگر باشد و سپس احمد سند را به محکمه ارایه نماید، محکمه مکلف است سند احمد را بپذیرد.

در این مثال، احمد در ابتداء سند را به دلیل عذر به محکمه تقدیم نکرده است و محکمه مکلف است سند را بپذیرد زیرا عذر احمد قناعت محکمه را فراهم می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۲۱۷: تدویر جلسه قضایی برای بررسی سند

«در صورت تحقق یکی از حالات مندرج ماده (۲۱۶) این قانون، محکمه جهت غور بر موضوع جلسه قضائی دیگری را تعیین می نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۲۱۶ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده در صورت تحقق یکی از حالات مندرج ماده (۲۱۶) این قانون، محکمه جهت غور بر موضوع جلسه قضائی دیگری را تعیین می نماید. غور در لغت به معنی بررسی، تأمل و دقت است.<sup>۲۴۴</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه فسخ دعوی استصناع را نماید و به دلیل عذر نتواند سند را ارایه در ابتداء ارایه و محکمه قناعت نماید که در زمان ارایه اسناد، ارایه سند عقد استصناع ممکن نبود، محکمه مکلف است برای غور بر این که مدعی عذر داشته است یا ارایه سند در زمان اقامه دعوی و ارایه اسناد ممکن نبوده است، جلسه قضایی دیگری را تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۲۱۸: اصلاح صورت دعوی و دفاعیه قبل از دوران دعوی

«طرفین دعوی می توانند 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، تنقیض یا تزئید در آن مبادرت ورزند مشروط بر این که اصلاح مذکور از حیث زیادت و یا نقصان به ماهیت دعوی و دفاع تغییری وارد ننماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده طرفین دعوی می توانند 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، تنقیض یا تزئید در آن مبادرت ورزند مشروط بر این که اصلاح از حیث زیادت و یا

نقصان به ماهیت دعوی و دفاع تغییری وارد ننماید. عبارت دعوی در نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، منظور از دعوی در نص این ماده صورت دعوی است. اصلاح در لغت به معنی آشتی، صلح، آشتی دادن و صلح کردن است.<sup>۲۴۵</sup> به نظر می‌رسد اصلاح در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح تصحیح استعمال شده است. تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.<sup>۲۴۶</sup> به نظر می‌رسد تعدیل در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح تغییر استعمال شده است. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.<sup>۲۴۷</sup> تزئید در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.<sup>۲۴۸</sup>

به حیث مثال، اگر احمد از تسلیمی شی مصنوع در عقد استصناع ابا ورزد و محمود علیه احمد دعوی فسخ عقد و پرداخت جبران خسارت را اقامه نماید، احمد و محمود می‌توانند برای یک بار صورت دعوی دفاعیه‌های خویش را قبل از دوران دعوی اصلاح، تزئید و تنقیص نمایند به شرط این که اصلاح، تزئید و تنقیص در ماهیت دعوی و دفاع تغییری وارد ننماید. عبارت مشروط بر این که اصلاح از حیث زیادت و یا نقصان به ماهیت دعوی و دفاع تغییری وارد ننماید در نص این ماده زاید به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی جواز تغییر صورت دعوی و دفاعیه قبل از دوران دعوی توسط طرفین دعوی است.

#### ماده ۲۱۹: عدم جواز فیصله های جداگانه در برابر مدافعات و مدعیات جداگانه

«طرفین دعوی نمی‌توانند در مقابل هر جزء مدعیات و مدافعات و اعتراضات شان که در يك صورت دعوی آمده است فیصله جداگانه را از محکمه مطالبه نمایند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده طرفین دعوی نمی‌توانند در مقابل هر جزء مدعیات و مدافعات و اعتراضات شان که در يك صورت دعوی آمده است فیصله جداگانه را از محکمه مطالبه نمایند. تعریف فیصله در فصل اول گذشت. مدافعات جمع مدافعه است. مدافعه در لغت به معنی دفاع کردن و یکدیگر را راندن و دور کردن است. مدعیات جمع مدعی است. به نظر می‌رسد مدعیات در نص این ماده در مفهوم ادعاها و شکایت‌ها است. اعتراضات جمع اعتراض است. تعریف اعتراض گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد از محمود بخواهد تا محمود برای احمد الماری بسازد و مواد الماری را نیز برای محمود خریداری نماید، اما محمود الماری‌ها را مطابق شرایط قرارداد استصناع نسازد، احمد می‌تواند الماری‌ها را قبول ننماید و در ضمن جبران خسارت مواد الماری را از محمود مطالبه نماید. در این صورت، احمد نمی‌تواند برای عدم قبول الماری‌ها از محکمه یک حکم و برای فسخ عقد حکم دیگر بخواهد.

245. Ibid (last visit: 4/29 /2019).

۲۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۳.

۲۴۷. جهت معلومات بیشتر در این خصوص ر. ک:

<https://www.vajehyab.com> (2016 /3 /7 بازدید).

248. Ibid, (2016 /8 /۱۹ بازدید).

همچنین، اگر احمد برای محمود صد تخته قالین و گلیم بباید، محمود مکلف است قالین ها و گلیم ها را تسلیم شود. در صورتی که محمود بدون عذر و دلایل معقول مانند وفات زوجه، فرزند و نظیر اینها از تسلیم شدن قالین ها و گلیم ها سرپیچی نماید، احمد می تواند جبرن خسارت عدم تسلیمی را و عدم ایفای تعهد محمود را از محمود مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد قالین ها و گلیم ها را در گدام نگهداری نماید، می تواند کرایه گدام را از محمود مطالبه نماید. در این مثال، محمود نمی تواند برای تسلیمی موضع عقد و جبران خسارت حکم های جداگانه از محکمه مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز مطالبه حکم های جداگانه در برابر دفاع ها و ادعاهای مرتبط است.

#### ماده ۲۲۰: عدم اختتام دعوی در یک جلسه

«هرگاه جریان دعوی و محاکمه و اصدار حکم در يك جلسه انجام نیابد تاریخ دیگری به جلسه بعدی تعیین و به طرفین تفهیم می گردد.».

در نص این ماده یک حکم وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه جریان دعوی و محاکمه و اصدار حکم در يك جلسه انجام نیابد تاریخ دیگری به جلسه بعدی تعیین و به طرفین تفهیم می گردد. تعریف دعوی در فصل اول گذشت. محاکمه در لغت به معنی دادرسی و قضاوت است که جمع آن محاکمات است.<sup>۲۴۹</sup> تفهیم در لغت به معنی فهماندن است.

به حیث مثال، اگر احمد برای محمود هزار چوره بوت ساخته و پیش از آن که به وی تسلیم کند، در نتیجه آتش سوزی فابریکه، بوت های ساخته شده از بین برود، در این صورت صنعتگر از رهگذر تلف شی و عدم تحویل آن به فرمایش دهنده ضامن تلقی می گردد. در صورتی که صنعتگر جبران خسارت بوت ها را به فرمایش دهنده پرداخت ننماید و فرمایش دهنده علیه احمد اقامه دعوی نماید، اما جریان دعوی و محاکمه در یک جلسه امکان پذیر نباشد، هیأت قضایی مکلف است تاریخ جلسه بعدی را تعیین و آن را به احمد و محمود بفهماند تا آنها در آن روز در محکمه حضور یابند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است.

#### ماده ۲۲۱: وفات یکی از طرفین دعوی در وقت محاکمه

«هرگاه یکی از طرفین دعوی در اثنای محاکمه فوت نماید بنابر طلب جانب مقابل، ورثه متوفی مذکور به محکمه جلب و محاکمه از نقطه توقف مجدداً آغاز می یابد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه یکی از طرفین دعوی در اثنای محاکمه فوت نماید بنابر طلب جانب مقابل، ورثه متوفی مذکور به محکمه جلب و محاکمه از نقطه توقف مجدداً آغاز می یابد. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.<sup>۲۵۰</sup> همچنین، فوت

249. Ibid, (Last visit: 6/15/2019).

۲۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۹۰.

عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز ماند.<sup>۲۵۱</sup> ورثه از ریشه «ارث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراث بر است. در اصطلاح حقوقی، ورثه اشخاصی است مال مؤثر به آنها منتقل می شود.

به حیث مثال، اگر احمد از محمود بخواهد تا محمود برای احمد الماری بسازد و مواد الماری را نیز برای محمود خریداری نماید، اما محمود الماری ها را مطابق شرایط قرارداد استصناع نسازد، احمد می تواند الماری ها را قبول ننماید و در ضمن جبران خسارت مواد الماری را از محمود مطالبه نماید. در صورتی که احمد علیه محمود دعوی عدم ایفای تعهد و پرداخت جبران خسارت را اقامه نماید و احمد یا محمود در جریان محاکمه وفات نمایند، در اثر مطالبه جانب مقابل محکمه می تواند ورثه متوفی را جلب و دعوی را از نقطه ای که متوقف شده بود، مجدداً آغاز نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم وفات یکی از طرفین دعوی در جریان محاکمه است.

#### ماده ۲۲۲: تقاضای وقت اضافی توسط مدعی برای اثبات دعوی

«در صورتی که مدعی برای اثبات دعوی خود تقاضای وقت اضافی نماید محکمه مدت لازمه برایش مهلت می دهد.»

در نص این ماده یک حکم وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که مدعی برای اثبات دعوی خود تقاضای وقت اضافی نماید محکمه مدت لازمه برایش مهلت می دهد. مهلت در لغت به معنی زمان، مدت، فرصت، اجل و زمان دهی است. در اصطلاح حقوق مدنی، مهلت مدت زمانی معین است که برای انجام تعهد در اختیار شخص به موجب قانون و یا توافق قرار می گیرد.<sup>۲۵۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد، محمود مکلف است ده لک افغانی را به احمد منتقل نماید. در صورت عدم انتقال و اقامه دعوی توسط احمد و عدم داشتن وسایل اثبات کافی مانند شهود، سند و نظیر اینها و تقاضای وقت اضافی از محکمه، محکمه مکلف است به احمد مهلت بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و مورد حمایت قرار دادن مدعی است.

#### ماده ۲۲۳: مهلت دادن به طرفین دعوی


«هرگاه به اوراق و اسناد مربوط به دعوی، مدعی و یا دفع مدعی علیه که در دوایر و موسسات دولتی، مختلط و خصوصی موجود باشد در جریان محاکمه ضرورت احساس گردد به عرض استحصال همچو اسناد و اوراق مهلت داده می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه به اوراق و اسناد مربوط به دعوی، مدعی و یا دفع مدعی علیه که در دوایر و موسسات دولتی مختلط و خصوصی موجود باشد در جریان محاکمه

۲۵۱. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص

۵۳؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۸۸.

۲۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۱۵.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دوازدهم: جریان محاکمه و حضور شاملین قضیه  ۱۹۱

ضرورت احساس گردد به غرض استحصال همچو اسناد و اوراق مهلت داده می شود. استحصال در لغت به معنی حصول و به دست آوردن است.<sup>۲۵۳</sup>

به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و وزارت داخله در ولایت کابل متنازع فیه باشد و برای اثبات ادعا کارمند ریاست عمومی قضایای دولت یا احمد به حصول اسناد و اوراق که در ادارات دولتی، مختلط و خصوصی باشد، ضرورت داشته باشند، محکمه مکلف است به کارمند ریاست عمومی قضایای دولت و احمد مهلت بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و مورد حمایت قرار دادن مدعی است.

#### **ماده ۲۲۴: مطالبه اوراق از مراجع مربوط توسط محکمه**

«هرگاه وصول اوراق توسط طرفین دعوی میسر نگردد محکمه می تواند اوراق مورد ضرورت را از مراجع مربوط رسماً مطالبه نمایند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه وصول اوراق توسط طرفین دعوی میسر نگردد محکمه می تواند اوراق مورد ضرورت را از مراجع مربوط رسماً مطالبه نمایند. وصول در لغت به معنی رسیدن است.<sup>۲۵۴</sup>

به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و وزارت داخله در ولایت کابل متنازع فیه باشد و برای اثبات ادعا کارمند ریاست عمومی قضایای دولت یا احمد به حصول اسناد و اوراق که در ادارات دولتی، مختلط و خصوصی باشد، ضرورت داشته باشند، محکمه مکلف است به کارمند ریاست عمومی قضایای دولت و احمد مهلت بدهد.

در صورتی که وصول اوراق توسط احمد و نماینده قضایای دولت ناممکن باشد، محکمه می تواند رسماً فرستادن اسناد را از مراجع مربوط مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### **ماده ۲۲۵: انکار یا ادعای جعلی بودن اسناد**

«هرگاه طرف دعوی از مندرجات اوراق و اسنادی که به غرض اثبات دعوی به محکمه تقدیم می شود منکر و یا ادعای جعل آن را نماید حسب احکام فصل (۱۵) این باب اجراءات و رسیدگی می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به فصل پانزده ق. ا. م. است. طبق نص این ماده هرگاه طرف دعوی از مندرجات اوراق و اسنادی که به غرض اثبات دعوی به محکمه تقدیم می شود منکر و یا ادعای جعل آن را نماید حسب احکام فصل (۱۵) این باب اجراءات و رسیدگی می گردد. منکر از ریشه فعل «نکر» گرفته شده است که در لغت به معنی انکار کننده است. در اصطلاح حقوقی، منکر شخصی که انکار می نماید. جعل در لغت به معنی، ساختن، آفریدن،

253. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2106).

254. Ibid. (Last visit: 31/8/ 2106).

پدید آوردن، خلق کردن، آفرینش، وضع کردن و قرار دادن است.<sup>۲۵۵</sup> معنی اصطلاحی جعل نیز از معنی لغوی آن دور نیست. پس، جعل سند عبارت از ساختن نوشته یا سند بر خلاف حقیقت و یا ساختن مهر و امضای اشخاص دیگر است.<sup>۲۵۶</sup>

به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و وزارت داخله در ولایت کابل متنازع فیه باشد و برای اثبات ادعا کارمند ریاست عمومی قضایای دولت یا احمد به حصول اسناد و اوراق که در ادارات دولتی، مختلط و خصوصی باشد، ضرورت داشته باشند، محکمه مکلف است به کارمند ریاست عمومی قضایای دولت و احمد مهلت بدهد.

در صورتی که وصول اوراق توسط احمد و نماینده قضایای دولت ناممکن باشد، محکمه می تواند رسماً فرستادن اسناد را از مراجع مربوط مطالبه نماید. در صورتی که احمد منکر اسناد باشد یا ادعای جعلی بودن اسناد را نماید محکمه مکلف است مطابق احکام فصل ۱۵ ق. ا. م. م اجراءات نماید که تفصیل آن خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۲۲۶: دعوی حادث و دعوی اصلی

«دعوی حادث متولد از دعوی اصلی که در اثنای جریان دعوی از طرف مدعی و یا مدعی علیه تقدیم می شود، محکمه آن را در ضمن دعوی اصلی رسیدگی و فیصله می کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده دعوی حادث متولد از دعوی اصلی که در اثنای جریان دعوی از طرف مدعی و یا مدعی علیه تقدیم می شود، محکمه آن را در ضمن دعوی اصلی رسیدگی و فیصله می کند. تعریف دعوی در فصل اول این کتاب گذشت.

حادث متضاد قدیم در لغت به معنی نو، تازه و تازه پدید آمده است.<sup>۲۵۷</sup> در اصطلاح حقوقی دعوی حادث عبارت از دعوی است که مدعی یا مدعی علیه آن را در ضمن دعوی اصلی اقامه می نماید. دعوی اصلی عبارت از دعوی است که مدعی آن را علیه مدعی علیه مستقیماً اقامه می نماید و این دعوی تابع دعوی دیگر نیست.

به حیث مثال، در صورتی که متعهد تعهد خویش را ایفا ننماید، داین می تواند علاوه بر فسخ، در صورت لزوم، جبران خسارت را از مدیون مطالبه نماید. به حیث مثال، هرگاه احمد به محمود موتر را به فروش رسانیده و موتر را محمود انتقال داده باشد و محمود تعهد خویش را ایفا ننماید و علاوه بر عدم دادن پول موتر به احمد، با موتر رانندگی نماید و موتر را استهلاک نماید و احمد در نخست فسخ عقد را مطالبه نماید و سپس پرداخت جبران خسارت مالی را. در این مثال، دعوی فسخ دعوی اصلی و دعوی پرداخت

۲۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۰؛ و

محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، صص ۳۴۸ و ۳۴۹.

۲۵۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، واژه های شماره ۵۶۶۲ و ۵۶۶۳؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۳۴۹.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دوازدهم: جریان محاکمه و حضور شاملین قضیه ۱۹۳

جبران خسارت که متولد از دعوی فسخ است، دعوی حادث است. محکمه مکلف است دعوی جبران خسارت را در ضمن دعوی فسخ عقد حل و فصل و فیصله نماید. به نظر می رسد هدف تقسیم بندی دعوی به حادث و اصلی این است که هر دو توسط یک محکمه ضمن یک حکم باید رسیدگی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۲۲۷: صدور قرار در خصوص دعوی حادث

«محکمه به دعوی حادث که ایجاب رسیدگی عاجل را نماید قرار قضایی صادر و این قرار نهایی می باشد.»

نص این ماده مجمل است. زیرا، قانونگذار ا. م. م در نص این ماده واضح نساخته است که در کدام حالات دعوی حادث ایجاب رسیدگی عاجل را می نماید. همچنین، نص این ماده با ماده ۲۲۶ ق. ا. م. م در نگاه اول در تعارض به نظر می رسد. زیرا، طبق ماده ۲۶۶ ق. ا. م. م دعوی حادث باید در ضمن دعوی اصلی توسط قاضی رسیدگی و به آن حکم صادر شود. اما، طبق نص این ماده محکمه می تواند به دعوی حادث که ایجاب رسیدگی عاجل را نماید قرار قضایی صادر نماید و این قرار نهایی است. قابل توصیه است نص این ماده از ق. ا. م. م حذف گردد.

#### ماده ۲۲۸: احاله دعوی حادث به محکمه ابتدائیه توسط محکمه استیناف

«هرگاه دعوی حادث ناشی از دعوی اصلی در محاکم فوقانی مطرح گردد به محکمه اولی احاله می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه دعوی حادث ناشی از دعوی اصلی در محاکم فوقانی مطرح گردد به محکمه اولی احاله می شود. فوقانی اسم منسوب به فوق است که در لغت به معنی بالایی است که در مقابل تحتانی استعمال می شود.<sup>۲۵۸</sup> احاله در لغت به معنی حواله دادن و واگذاشتن کار یا امری به عهده شخص دیگری، ارجاع و انتقال است.<sup>۲۵۹</sup> به حیث مثال، هرگاه احمد به محمود موتر را به فروش رسانیده و موتر را به محمود انتقال داده باشد و محمود تعهد خویش را ایفا ننماید و علاوه بر عدم دادن پول موتر به احمد، با موتر رانندگی نماید و موتر را استهلاک نماید و احمد در نخست فسخ عقد را از محکمه مدنی ابتدائیه محل سکونت محمود مطالبه نماید و سپس پرداخت جبران خسارت مالی را از محکمه استیناف مطالبه نماید، محکمه استیناف مکلف است دعوی حادث را به محکمه ابتدائیه احاله نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۲۲۹: عدم سیری کردن مراتب مقدماتی دعوی حادث

«دعوی حادث طی مراتب مقدماتی را ایجاب نمی کند.»

258. Ibdī, (Last visit: 21/ 5/ 2016).

259. Ibid, (2016 /17 /1 (آخرین بازدید

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده دعوی حادث طی مراتب مقدماتی را ایجاب نمی‌کند. دلیل این که دعوی حادث ایجاب طی مراتب مقدماتی را نمی‌نماید این است که دعوی حادث متولد از دعوی اصلی است و دعوی اصلی مراتب مقدماتی را طی یا سپری نموده است. به حیث مثال، اگر محمود ادعا نماید که مارکیت تجارتي از احمد خریداری نموده است و سپس جمشید، قیوم و فاروق و ویس ادعا نمایند که دوکان‌ها را در مارکیت به‌گرو گرفتن اند، دعوی اولی دعوی اصلی و دعوی دومی دعوی حادث است. در این صورت، دعوی حادث طی مراتب مقدماتی را ایجاب نمی‌کند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش‌بینی حکم دعوی حادث است.

#### ماده ۲۳۰: حکمیت میان طرفین دعوی

«محکمه در قضایای که رغبت طرفین را به اصلاح احساس نماید به تعیین مصلحین توصیه می‌دارد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه در قضایای که رغبت طرفین را به اصلاح احساس نماید به تعیین مصلحین توصیه می‌دارد. اصلاح در لغت به معنی آشتی، صلح، آشتی دادن و صلح کردن است.<sup>۲۶۰</sup> به نظر می‌رسد اصلاح در اصطلاح حقوقی از معنی لغوی آن گرفته شده است و عبارت از است از ایجاد آشتی و صلح میان طرفین دعوی است. مصلح در لغت به معنی آشتی دهنده، اصلاح‌کننده و نیکوکننده است که جمع آن مصلحین است. به نظر می‌رسد در اصطلاح حقوقی، مصلح شخصی است که میان طرفین آشتی می‌اندازد.

به حیث مثال، اگر حمیده به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید و ادعا نماید که شوهرش او را لت و کوب کرده است یا شوهرش او را به فحاشی دستور می‌دهد، اما نتواند ادعای خود را با اسناد، شاهدان، اقرار شوهر و نظیر اینها ثابت نماید، اما اصرار بر تفریق نماید، محکمه دو شخص عادل را به عنوان مصلح تعیین می‌نماید. همچنین، اگر احمد علیه محمود دعوی عدم پرداخت اجرت ناشی از عقد کار را اقامه نماید و محکمه احساس نماید که احمد و محمود تمایل و رغبت به اصلاح دارند، احمد و محمود را می‌تواند به تعیین مصلحین توصیه نماید. به نظر می‌رسد مصلح در نص این ماده مترادف با حکم است.

معمولاً میکانیسم (ساز و کار) حل و فصل دعوی از خارج از محکمه از طریق صلح، حکمیت و وساطت صورت می‌گیرد. صلح میان طرفین دعوی از طریق انعقاد عقد صلح صورت می‌گیرد. در حکمیت، طرفین دعوی نزد شخص سوم که حکم‌نمیده می‌شود مراجعه می‌نمایند و حکم حکمیت می‌نمایند. در وساطت، شخص سوم در دعوی مداخله نموده میان طرفین دعوی وساطت می‌نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده به رسمیت شناختن حکمیت به عنوان یکی از طرق حل و فصل دعوی و پیش‌بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۲۳۱: صلح طرفین



«(۱) هرگاه طرفین دعوی بین خود اصلاح نمایند در صورتی که قبل از دوران دعوی و جریان محکمه باشد اصلاح خط تحریر و به موضوع شان خاتمه داده می شود.  
(۲) هرگاه اصلاح در جریان دوران دعوی و محاکمه صورت بگیرد صورت اصلاح درج فیصله گردیده به تجویز اصلاح و ختم منازعه طرفین حکم صادر می شود.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

(۱) هرگاه طرفین دعوی بین خود اصلاح نمایند در صورتی که قبل از دوران دعوی و جریان محکمه باشد اصلاح خط تحریر و به موضوع شان خاتمه داده می شود. تعریف اصلاح در بالا گذشت. به نظر می رسد اصلاح در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح صلح استعمال شده است. صلح به معنای آشتی، سلیم، تراضی متنازعین، سازش، پایان دادن به جنگ و قطع نزاع است. هر یک از طرفین نزاع را در عقد صلح «مصالح» یا صلح کننده، چیزی را که موضوع نزاع است «مصالح عنه» و چیزی را که بر سر آن صلح می شود و تعیین می شود و یک طرف برای قطع نزاع و خصومت به دیگری می دهد «مصالح علیه» می گویند (مستنبط از: مواد ۱۵۳۲ الی ۱۵۳۲ مجله الاحکام). در اصطلاح شرعی صلح عبارت از عقدی است که جهت رفع منازع وضع گردیده است.<sup>۲۶۱</sup> ماده ۱۵۳۱ مجله الاحکام در تعریف صلح می گوید: «صلح عقدی است که نزاع را به تراضی رفع می نماید.»

به حیث مثال، اگر احمد بر ده جریب زمین محمود ادعای مالکیت داشته باشد و علیه محمود اقامه دعوی نماید اما قبل از جریان دعوی در محکمه و محاکمه با محمود در برابر گرفتن موتر به عوض زمین از محمود صلح نماید، اصلاح خط در محکمه ترتیب و منازعه احمد و محمود قطع می گردد.  
(۲) هرگاه اصلاح در جریان دوران دعوی و محاکمه صورت بگیرد صورت اصلاح درج فیصله گردیده به تجویز اصلاح و ختم منازعه طرفین حکم صادر می شود. تجویز در لغت به معنی جایز دانستن، جایز شمردن، اجازه دادن و روا دانستن است.<sup>۲۶۲</sup> منازعه از ریشه «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است که جمع آن منازعات است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.<sup>۲۶۳</sup>

به حیث مثال، اگر احمد بر ده جریب زمین محمود ادعای مالکیت داشته باشد و علیه محمود اقامه دعوی نماید اما احمد با محمود در جریان دعوی در محکمه و محاکمه با محمود در برابر گرفتن موتر به عوض زمین از محمود صلح نماید، صلح درج فیصله گردیده و محکمه مکلف است به ختم منازعه میان احمد و محمود حکم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی جواز صلح و حل و فصل دعوی از طریق صلح است.

#### ماده ۲۳۲: عدم صلح طرفین دعوی و صدور فیصله

۲۶۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۰؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۴۰ و ۴۴۱.

262. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

۲۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.

«در صورتی که طرفین به اصلاح موافقه ننمایند محکمه موضوع را تحت دوران قرار داده فیصله صادر می کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که طرفین به اصلاح موافقه ننمایند محکمه موضوع را تحت دوران قرار داده فیصله صادر می کند. تعریف فیصله در فصل بعدی خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد بر ده جریب زمین محمود ادعای مالکیت داشته باشد و علیه محمود اقامه دعوی نماید اما احمد با محمود صلح ننماید، محکمه مکلف است دعوی را تحت دوران قرار داده و فیصله صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۲۳۴: تکالیف تحریرات محکمه در جریان محاکمه

«تحریرات محکمه مکلف است در جریان محاکمه مراتب آتی را در نظر گرفته ثبت محضر نماید:

- ۱- اسم رئیس جلسه و هیأت قضائی، شہوت طرفین دعوی و اسم ترجمان اگر موجود باشد.
- ۲- اظهارات طرفین.
- ۳- اسمای شہود با شہرت مکملہ شان.
- ۴- خلاصہ مندرجات اسنادی کہ طرفین ارائه می دارند.
- ۵- تدقیقاتی کہ از طرف محکمه اجرا می شود.
- ۶- تصمیمی کہ از طرف محکمه گرفته می شود.»

طبق نص این ماده تحریرات محکمه مکلف است در جریان محاکمه مراتب آتی را در نظر گرفته ثبت محضر نماید. آتی در لغت به معنی آینده و بعدی است.<sup>۲۶۴</sup> تعریف محضر گذشت.

۱- اسم رئیس جلسه و هیأت قضائی، شہوت طرفین دعوی و اسم ترجمان اگر موجود باشد. به حیث مثال، ہرگاہ یک تبعہ خارجی مصری، ایرانی و نظیر اینہا بخواہد با یک دختر افغان در افغانستان ازدواج نماید، تثبیت حالت مدنی این شخص تابع قانون ملی او (مصر، ایران) است. بنابراین، تبعہ مصری و یا ایرانی باید در محکمہ ذیصلاح در روشنائی قوانین ملی خویش حالت مدنی خویش را تثبیت نماید. قاضی محکمہ ذیصلاح نیز در تثبیت حالت مدنی شخص مذکور قوانین ماہوی این شخص را باید تطبیق نماید.

به حیث مثال، اگر حمزہ یک تبعہ مصری بخواہد با جمیلہ تبعہ افغانی ازدواج نماید، حمزہ باید مطابق قوانین ملی خویش (قوانین مصر) حالت مدنی خویش را ثابت نماید. در این صورت، تحریرات محکمه مکلف است اسم رئیس جلسه و اعضای ہیأت قضائی، شہرت حمزہ و جمیلہ، اسم ترجمان حمزہ در صورتی کہ حمزہ زبان دری یا پشتو را نداند را در محضر ثبت نماید.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل دوازدهم: جریان محاکمه و حضور شاملین قضیه ۱۹۷

۲- خلاصه مندرجات اسنادی که طرفین ارائه می دارند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمزه تذکره تابعیت، مجرد خط و اسنادی مانند اینها را ارایه نماید، تحریرات محکمه مکلف است خلاصه مندرجات این اسناد را در محضر درج نماید.

۳- اسمای شهود با شهرت مکمله شان. اسما جمع اسم است. شهود جمع شاهد است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمزه جهت اثبات ادعای خود شهود ارایه نماید، تحریرات محکمه مکلف است اسم های شاهدان را با شهرت مکمل آنها در محضر درج نماید.

۴- تدقیقاتی که از طرف محکمه اجرا می شود. تدقیقات جمع تدقیق است. تدقیق از «دقت» گرفته شده است که در لغت به معنی دقت کردن، باریک بینی و باریک بینی کردن است.<sup>۲۶۵</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، رئیس جلسه یا اعضای هیأت قضایی از حمزه تدقیق نمایند، تحریرات محکمه مکلف است این تدقیقات را درج محضر نماید.

۴- تصمیمی که از طرف محکمه گرفته می شود. تعریف تصمیم در فصل اول گذشت و در فصل بعدی نیز خواهد آمد. به حیث مثال، در مثال بالا، هر تصمیمی را که هیأت قضایی بگیرند، تحریرات محکمه مکلف است آن را درج محضر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکالیف تحریرات محکمه است.

#### ماده ۲۳۴: عدم ختم محاکمه و موکول شدن آن به جلسه بعدی

«در صورت عدم ختم محاکمه و موکول شدن جریان آن به روز دیگر و روزهای بعدی جلسات قضایی به ترتیب ماده (۲۳۳) این قانون در محضر قید و اجراءات صورت می گیرد.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۲۳۳ ق. ا. م. است. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورت عدم ختم محاکمه و موکول شدن جریان آن به روز دیگر و روزهای بعدی جلسات قضایی به ترتیب ماده (۲۳۳) این قانون در محضر قید و اجراءات صورت می گیرد. موکول در لغت به معنی واگذار شده، سپرده شده، وابسته به دیگری، محول کردن، واگذار کردن، منوط و مشروط است.<sup>۲۶۶</sup>

به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، موکول واگذار کردن اجرای کاری به کاری دیگر و یا به آینده است. به حیث مثال، اگر در مثالی که در ذیل ماده ۲۳۳ ق. ا. م. ارایه شده، جلسه محاکمه ختم نشود و محاکمه به جلسه بعدی موکول شود، تحریرات محکمه مکلف است آن را درج محضر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم عدم ختم محاکمه و صلاحیت تکلیفی تحریرات است.

#### ماده ۲۳۵: حفظ محضر، اوراق و سوابق قضیه در محکمه

«محضر، سایر اوراق و اسناد قابل نگهداشت یکجا با سوابق قضیه در محکمه حفظ می شود.»

۲۶۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۳۸۲.

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محضر، سایر اوراق و اسناد قابل نگهداشت یکجا با سوابق قضیه در محکمه حفظ می شود. به حیث مثال، محکمه مکلف است محضر و اوراق مربوط به قضیه حمزه و جمیله در مثال بالا را در محکمه حفظ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۲۳۶: مطالبه توضیحات اضافی از طرفین و ختم اعلان جلسه

«بعد از تحقیق و تدقیق قضیه رسیدگی به دلایل، رئیس جلسه از شاملین قضیه توضیحات اضافی را مطالبه می نماید. در صورتی که طرفین توضیحاتی نداشته باشند رئیس جلسه ختم تحقیق قضیه را اعلان و محکمه به مباحثات قضائی می پردازد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱- بعد از تحقیق و تدقیق قضیه رسیدگی به دلایل، رئیس جلسه مکلف است از شاملین قضیه توضیحات اضافی را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید که غله زمین یا میوه درختان او به مرضیه داده شود، مرضیه مستحق غله زمین و میوه درختان حمیده می شود خواه غله و میوه در زمان حیات حمیده موجود باشد یا بعد از مرگ حمیده ایجاد گردند. اگر ورثه حمیده از دادن غله زمین و میوه درختان به مرضیه سرپیچی نمایند و مرضیه علیه ورثه احمد اقامه دعوی نماید، رئیس جلسه مکلف است در موضوع تحقیق و تدقیق و به قضیه رسیدگی نماید. رئیس جلسه مکلف است از ورثه حمیده و مرضیه توضیحات اضافی بخواهد.

۲- در صورتی که طرفین توضیحاتی نداشته باشند رئیس جلسه ختم تحقیق قضیه را اعلان و محکمه به مباحثات قضائی باید پردازد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، مرضیه و ورثه حمیده توضیحات اضافی نداشته باشند، رئیس جلسه مکلف است ختم تحقیق را اعلان و با هیأت قضایی به مباحثه در خصوص قضیه پردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکلیف رئیس جلسه و هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۳۷: مباحث قضایی

«مباحثات قضائی حاوی اظهارات اشخاص شامل قضیه بوده که به ترتیب آتی صورت می گیرد:

- ۱- اظهارات مدعی و یا ممثل قانونی وی.
- ۲- اظهارات مدعی علیه و یا ممثل قانونی وی.
- ۳- اظهارات شخص ثالثی که در جریان رسیدگی قضیه عریضه جداگانه در مورد دعوی ارائه نماید.
- ۴- نظر خرنوال مدنی شامل قضیه.
- ۵- سایر مطالبی که ممد جریان سریع محاکمه گردد.»

نص این ماده مکمل ماده ۲۳۶ ق. ا. م. است. زیرا، قانونگذار ا. م. در نص ماده ۲۳۶ ق. ا. م. از مباحث قضایی سخن می گوید و در نص ماده ۲۳۷ ق. ا. م. توضیح می نماید که شامل چه اموری می شود. همچنین، نص این ماده مرتبط به ماده ۲۳۶ ق. ا. م. است. طبق نص این ماده مباحثات

قضائی حاوی اظهارات اشخاص شامل قضیه بوده که به ترتیب آتی که تعریف آن گذشت صورت می گیرد:

۱- اظهارات مدعی و یا ممثل قانونی وی. تعریف مدعی و ممثل قانونی مدعی گذشت. اظهارات جمع اظهار است. اظهار در لغت به معنی پدیدار کردن، آشکار کردن و بیان کردن است.<sup>۲۶۷</sup> به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید که غله زمین یا میوه درختان او به مرضیه داده شود، مرضیه مستحق غله زمین و میوه درختان حمیده می شود. اگر ورثه حمیده از دادن غله زمین و میوه درختان به مرضیه سرپیچی نمایند و مرضیه علیه ورثه احمد اقامه دعوی نماید، رئیس جلسه مکلف است در موضوع تحقیق و تدقیق و به قضیه رسیدگی نماید. پس از تحقیق، هیأت قضایی مکلف است در خصوص اظهارات ورثه احمد و ممثل قانونی آنها مانند وکیل بحث نمایند.

۲- اظهارات مدعی علیه و یا ممثل قانونی وی. به حیث مثال، در مثال بالا، هیأت قضایی مکلف است در خصوص اظهارات حمیده یا ممثل قانونی حمیده مانند وکیل حمیده مباحثه قضایی نمایند.

۳- اظهارات شخص ثالثی که در جریان رسیدگی قضیه عریضه جداگانه در مورد دعوی ارائه نماید. به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید که غله زمین یا میوه درختان او به مرضیه داده شود، مرضیه مستحق غله زمین و میوه درختان حمیده می شود. اگر ورثه حمیده از دادن غله زمین و میوه درختان به مرضیه سرپیچی نمایند و مرضیه علیه ورثه احمد اقامه دعوی نماید و در عین زمان جمشید ادعا نماید که باغ و زمین از آن من است و در این خصوص عریضه جداگانه مبنی بر ادعای ملکیت به محکمه ارائه نماید، هیأت قضایی مکلف است در خصوص اظهارات جمشید که در این دعوی شخص ثالث تلقی گردد، مباحثه قضایی نمایند.

۴- نظر خارنوال مدنی شامل قضیه. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و زوجه احمد به دلیل غیابت احمد مطالبه تفریق قضایی نماید و محکمه جمیله را به عنوان وکیل مسخر احمد تعیین نماید، محکمه مکلف است در خصوص اظهارات جمیله مباحثه قضایی نماید.

۵- سایر مطالبی که ممد جریان سریع محاکمه گردد. ممد در لغت به معنی مدد کننده، یاری کننده و و یار و مددکار است.<sup>۲۶۸</sup> نص ماده ۲۳۷ ق. ا. م. م حصری نیست بلکه احصایی است. زیرا، قانونگذار ا. م. از سایر مطالب سخن می گوید. بنابراین، هیأت قضایی مکلف را در خصوص مسایلی که جریان محاکمه را سرعت و کمک بخشد مباحثه قضایی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۳۸: عدم استناد شاملین قضیه به دلایلی که توسط محکمه تحقیق نشده است

«اشترک کننده گان مباحثات قضایی مندرج ماده (۲۳۷) این قانون نمی تواند در اظهارات خود به حالات و دلالتی که به محکمه توضیح نشده و در جلسه قضائی تحقیق نگردیده است استناد نماید.»

267. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

268. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۳۷ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۲۳۷ ق. ا. م. م هیأت قضایی مؤلف به بحث کردن در خصوص اظهارات شاملین قضیه است. طبق نص این ماده شاملین قضیه از قبیل مدعی، مدعی علیه، ممثل قانونی آنها، خارنوال مدنی، شخص ثالث و امثال اینها نمی توانند در اظهارات خویش به حالات و دلایلی که در محکمه توضیح نشده و توسط هیأت قضایی مورد تحقیق قرار نگرفته است، استناد نماید. استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.<sup>۲۶۹</sup>

به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و زوجه احمد به دلیل غیابت احمد مطالبه تفریق قضایی نماید و محکمه جمیله را به عنوان وکیل مسخر احمد تعیین نماید، محکمه مکلف است در خصوص اظهارات جمیله مباحثه قضایی نماید. در این صورت، جمیله نمی تواند استناد نماید که احمد پولدار بوده است و برای اداره مال و دارایی احمد باید وکیل تعیین شود. زیرا، محکمه در این خصوص تحقیقی نکرده است و در ضمن این موضوع به محکمه توضیح نشده است. پول دار بودن و اداره اموال احمد غایب حالت و دلیلی است که برای محکمه توضیح نشده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف شاملین قضیه در برابر محکمه و تنظیم رفتار شاملین قضیه است.

#### ماده ۲۳۹: فوت و جنون طرفین دعوی مانع اصدار حکم در مرحله نهایی نمی گردد

«در صورتی که دعوی بعد از طی مراتب به درجه اصدار حکم رسیده باشد تبدیل ذات یا تغییر صفات طرفین مانع صدور و ابلاغ حکم نمی گردد. هدف از تبدیل ذات فوت و از تبدیل صفات حدوث جنون و افلاس است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که دعوی بعد از طی مراتب به درجه اصدار حکم رسیده باشد تبدیل ذات یا تغییر صفات طرفین مانع صدور و ابلاغ حکم نمی گردد. تبدیل ذات و تغییر صفات مبهم اند. به همین دلیل، قانونگذار ا. م. م در فقره دوم نص ماده ۲۳۹ ق. ا. م. م می گوید: «هدف از تبدیل ذات فوت و از تبدیل صفات حدوث جنون و افلاس است.» چنانچه ملاحظه می شود قانونگذار ا. م. م در نص این ماده با کلمات بازی نموده است و فقره اول نص ماده ۲۳۹ ق. ا. م. م را پیچیده ساخته است که محل ایراد است. زیرا، قانون کتاب شعر، فلسفه، منطق و ادبیات نیست که در آن قانونگذار با کلمات بازی نماید بلکه سند رسمی دولت و در برگیرنده قواعد آمره، ناهیه و اختیاری است. بنابراین، قابل توصیه است نص این ماده این چنین کوتاه و تعدیل شود: «در صورتی که دعوی بعد از طی مراتب به درجه اصدار حکم رسیده باشد فوت یا جنون و افلاس طرفین دعوی مانع صدور و ابلاغ حکم نمی گردد.» تعریف وفات و جنون گذشت. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادار شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به

شخصی که حکم به افلاس او می شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.<sup>۲۷۰</sup> مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

(۱) اگر حمیده در فابریکه تولید سمند احمد کار نماید، احمد مکلف است اجرت حمیده را پرداخت نماید. اگر احمد برای مدت یک سال اجرت حمیده را پرداخت نکرده باشد و حمیده علیه احمد اقامه دعوی نماید و دعوی حمیده مراحل مقدماتی را طی نموده و در مرحله اصدار حکم برسد، اما حمیده یا احمد وفات نماید، وفات احمد و حمیده مانع اصدار حکم نمی گردد. در صورت اصدار حکم، اگر احمد وفات نماید باید از ترکه احمد اجرت حمیده پرداخت شود. اگر حمیده وفات نماید باید اجرت حمیده که به مثابه دین بر عهده احمد تلقی می گردد در ترکه حمیده پرداخته شود.

(۲) اگر در مثال بالا، احمد یا حمیده در مرحله نهایی دعوی به جنون مواجه شوند، به حیث مثال، عقل خویش را از دست بدهند، جنون احمد و حمیده مانع صدور حکم نمی شود و محکمه مکلف به صدور حکم است. در این صورت، قیم احمد یا حمیده اموال احمد یا حمیده را باید اداره و سرپرستی نمایند.

(۳) اگر در مثال بالا، احمد یا حمیده در مرحله نهایی دعوی به افلاس مواجه شوند، به حیث مثال، تمام دارایی خویش را از دست بدهند و دیون آنها نسبت به دارایی آنها بیشتر گردد، افلاس احمد و حمیده مانع صدور حکم نمی شود و محکمه مکلف به صدور حکم است. در صورت افلاس حمیده، نه تنها تنفیذ حکم به مشکل مواجه نمی شود بلکه به نفع حمیده تمام می شود. اما، در صورت افلاس احمد تنفیذ حکم در این مثال به مشکل مواجه می شود. زیرا، احمد به قدر کافی پول ندارد تا اجرت حمیده را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم وفات، جنون و افلاس یکی از طرفین دعوی و تکلیف محکمه است.

#### ماده ۲۴۰: درخواست شخص ثالث مبنی بر مطالبه حق در جریان دعوی

«محکمه در اثنای دوران دعوی درخواست شخص ثالث مبنی بر مطالبه حق، صلاحیت مداخله در دعوی و حضور در محاکمه را می پذیرد. در صورتی که مراحل قانونی حکم به پایان رسیده باشد ابلاغ حکم محکمه به طرفین دعوی از اثر این درخواست به تعویق نمی افتد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

(۱) محکمه در اثنای دوران دعوی درخواست شخص ثالث مبنی بر مطالبه حق، صلاحیت مداخله در دعوی و حضور در محاکمه را می پذیرد. به حیث مثال، در صورتی که احمد موتر محمود را خریداری نماید و پول را تسلیم محمود نماید اما محمود از تسلیم نمودن موتر به احمد سرپیچی نماید و احمد علیه محمود دعوی تنفیذ تعهد را در محکمه اقامه نماید و سپس زمانی که دعوی احمد و محمود در جریان باشد، جمشید ادعا نماید که موتر متعلق به من است و علیه محمود دعوی استحقاق نماید، محکمه مکلف است درخواست جمشید را بپذیرد و او را صلاحیت مداخله در دعوی حضور در محاکمه را اعطا نماید.

۲) در صورتی که مراحل قانونی حکم به پایان رسیده باشد ابلاغ حکم محکمه به طرفین دعوی از اثر این درخواست به تعویق نمی افتد. قانونگذار ا. م. م در بند اول ماده ۲۴۰ ق. ا. م. م از جریان دعوی و محاکمه سخن می گوید و در بند دوم ماده ۲۴۰ ق. ا. م. م از پایان مراحل قانونی حکم. بنابراین، اگر حکم در مرحله پایانی و آماده به ابلاغ باشد، دعوی شخص ثالث نباید مانع ابلاغ حکم توسط محکمه گردد.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا مراحل قانونی حکم به پایان رسیده باشد و صرف ابلاغ حکم به طرفین باقی مانده باشد، ابلاغ حکم نباید در اثر تقاضای جمشید توسط محکمه به تعویق انداخته شود. ایرادی که بر نص این ماده وارد می گردد این است که اگر جمشید ملکیت خویش را ثابت نماید، تکلیف حکم محکمه که به احمد و محمود صادر شده است روشن نیست؟! قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم جواز مداخله شخص ثالث و به رسمیت شناختن دعوی استحقاق است.

#### ماده ۲۴۱: ختم اعلام محاکمه به طرفین

«رئیس جلسه در پایان تحقیق و تدقیق دعوی، مباحثات قضایی و اظهار طرفین مبنی بر نداشتن کدام مطلب اضافی برای گفتن، ختم محاکمه را به آنها اعلام می دارد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده رئیس جلسه در پایان تحقیق و تدقیق دعوی، مباحثات قضایی و اظهار طرفین مبنی بر نداشتن کدام مطلب اضافی برای گفتن، ختم محاکمه را به آنها اعلام می دارد. اعلام در لغت به معنی آگاه ساختن و خبر دادن است.<sup>۲۷۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد در فابریکه محمود به عنوان آمر اداری کار نماید و محمود برای این که به احمد ضرر برسد عقد احمد را بدون موجب فسخ نماید، احمد می تواند دو نوع جبران خسارت را از محمود مقابل مطالبه نماید. نخست جبران خسارت عدم اخطار در مدت معین. دوم جبران خسارت ناشی از فسخ عقد در اثر سوء استفاده از حق.

در صورت اقامه دعوی احمد علیه محمود و رئیس جلسه مکلف است پس از تحقیق و تدقیق، داشتن مطلب اضافی توسط طرفین، اظهارات طرفین، ختم محاکمه را به احمد و محمود اعلام نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف رئیس جلسه است.

#### ماده ۲۴۲: خاتمه یافتن حق اظهارات طرفین بعد از اعلام اختتام محاکمه

«حق اظهارات طرفین بعد از اعلام و اختتام محاکمه خاتمه پیدا می کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده حق اظهارات طرفین بعد از اعلام و اختتام محاکمه خاتمه پیدا می کند. تعریف اظهارات گذشت. اختتام در لغت به معنی پایان دادن و خاتمه دادن است.<sup>۲۷۲</sup>

به حیث مثال، اگر احمد در فابریکه محمود به عنوان آمر اداری کار نماید و محمود برای این که به احمد ضرر برسد عقد احمد را بدون موجب فسخ نماید، احمد می تواند دو نوع جبران خسارت را از محمود

271. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3/1/2017).

272. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).



مقابل مطالبه نماید. نخست جبران خسارت عدم اخطار در مدت معین. دوم جبران خسارت ناشی از فسخ عقد در اثر سوء استفاده از حق.

در صورت اقامه دعوی احمد علیه محمود، رئیس جلسه قضایی مکلف است پس از تحقیق و تدقیق، داشتن مطلب اضافی توسط طرفین، اظهارات طرفین، ختم محاکمه را به احمد و محمود اعلام نماید. در صورت اعلام اختتام محاکمه، احمد و محمود حق اظهار نظر را ندارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم ختم حق اظهارات طرفین دعوی است.

#### ماده ۲۴۳: داخل شدن هیأت قضایی به اتاق مشاوره قضایی

«هیأت قضایی بعد از ختم محاکمه به غرض اخذ تصمیم و تنظیم نص حکم به اتاق مشوره قضایی داخل و قبل از آن موضوع از طرف رئیس جلسه به اطلاع حاضرین رسانیده می شود.».

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) هیأت قضایی بعد از ختم محاکمه به غرض اخذ تصمیم و تنظیم نص حکم به اتاق مشوره قضایی داخل شوند. به حیث مثال، در ختم دعوی احمد و محمود در مثال بالا بعد از این که محاکمه ختم شود، قضات باید به منظور تنظیم نص حکم و اخذ تصمیم به اتاق مشوره قضایی بروند.  
۲) رئیس جلسه مکلف است موضوع رفتن به اتاق مشاوره قضایی را به اطلاع حاضرین برساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی و رئیس جلسه قضایی است.

#### ماده ۲۴۴: اعلام حکم به طرفین

«بعد از اخذ تصمیم و تنظیم نص حکم هیأت قضایی به اتاق جلسه مراجعه نموده رئیس جلسه حکم محکمه را اعلان، میعاد شکایت و فرجام خواهی را توضیح می دارد.».

نص این ماده مکمل ماده ۲۴۳ ق. ا. م. م است. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده بعد از اخذ تصمیم و تنظیم نص حکم هیأت قضایی به اتاق جلسه مراجعه نموده رئیس جلسه حکم محکمه را اعلان، میعاد شکایت و فرجام خواهی را توضیح می دارد. تعریف شکایت و فرجام خواهی در فصل اول این کتاب گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت جبران خسارت غصب زمین خویش را اقامه نماید، هیأت قضایی بعد از ختم محاکمه به غرض اخذ تصمیم و تنظیم نص حکم به اتاق مشوره قضایی داخل شوند و سپس بعد از اخذ تصمیم قضایی و نص حکم هیأت قضایی باید به اتاق جلسه بیاید و ریس جلسه حکم محکمه را اعلان و میعاد شکایت و فرجام خواهی را به محکوم علیه اعلام نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی و مورد حمایت قرار دادن محکوم علیه است.

#### ماده ۲۴۵: عدم موجودیت اطاق مشاوره قضایی

«هرگاه جلسه در دفتر کار هیأت قضائی دایر شده باشد همزمان با اعلان ختم محاکمه حاضرین از اتاق خارج بعد از اخذ تصمیم جهت ابلاغ حکم به طرفین دعوی اجازه حضور داده می شود.».

نص این ماده مکمل نص ماده ۲۴۴ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هرگاه جلسه در دفتر کار هیأت قضائی دایر شده باشد همزمان با اعلان ختم محاکمه حاضرین از اتاق خارج بعد از اخذ تصمیم جهت

ابلاغ حکم به طرفین دعوی اجازه حضور داده می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر محکمه فاقد اطاق مشاوره قضایی باشد، حاضرین مکلف اند از دفتر کار هیأت قضایی خارج و سپس جهت ابلاغ به دفتر کار بی آیند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف حاضرین در جلسه قضایی است.

## فصل سیزدهم: فیصله و حکم محکمه

قانونگذار ا. م. م در فصل سیزدهم طی مواد ۲۴۶ الی دو ۲۶۶ ق. ا. م. م احکام فیصله و حکم را تنظیم نموده است.

### ماده ۲۴۶: تعریف فیصله

«تصمیم هیأت قضایی که در ماهیت دعوی بعد از جریان محاکمه اتخاذ می شود به صورت فیصله صادر می گردد.»

طبق این ماده، تصمیم هیأت قضایی که در ماهیت دعوی بعد از جریان محاکمه اتخاذ می شود به صورت فیصله صادر می گردد. تصمیم در لغت به معنی اراده، عزم، قصد است.<sup>۲۷۳</sup> فیصله در لغت به معنی حل و فصل کارها، به انجام رساندن کارها و خاتمه دادن و حل و فصل کردن است.<sup>۲۷۴</sup> طبق این تعریف عناصر مهم فیصله تصمیم، هیأت قضایی، در ماهیت دعوی، بعد از جریان محکمه است. به حیث مثال، اگر احمد وکیل محمود باشد و برای محمود خانه خریداری نماید و محمود اجرت احمد را پرداخت نماید و احمد علیه محمود اقامه دعوی پرداخت اجرت را نماید و هیأت قضایی در خصوص پرداخت اجرت توسط احمد به محمود بعد از جریان محاکمه تصمیم بگیرد، این تصمیم هیأت قضایی فیصله است. هدف قانونگذار در این ماده تعریف فیصله است.

### ماده ۲۴۷: قانونی و مستدل بودن فیصله

«فیصله محکمه باید قانونی و مستدل باشد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد. نخست این که فیصله محکمه باید قانونی باشد. تعریف فیصله در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه را اقامه نماید و محکمه در خصوص

273. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

274. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل سیزدهم: فیصله و حکم محاکمه ۲۰۵

دعوی شفعه احمد حکم صادر نماید، شرط است که این حکم بر اساس قوانین باشد. دوم این که شرط است که حکم محکمه مُستدل باشد. مستدل در لغت به معنی با دلیل و برهان ثابت شده است.<sup>۲۷۰</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه به نفع احمد حکم صادر نماید شرط است که حکم محکمه مستدل باشد؛ به این توضیح که برای هیأت قضایی باید احمد با دلیل و برهان مانند شهود، اسناد و نظیر اینها ثابت نموده باشد که احمد در اخذ عقار مشفوعه نسبت به خریدار مستحق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده مدون نمودن دو اصل حاکم بر قضاء که اصل قانونیت و اصل مستدل بودن حکم محکمه است، می باشد.

#### ماده ۲۴۸: صدور فیصله براساس دلایل

«محکمه فیصله را صرف به استناد دلایلی صادر می نماید که در جلسه قضایی تحقیق و گردآوری شده است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه فیصله را صرف به استناد دلایلی صادر می نماید که در جلسه قضایی تحقیق و گردآوری شده است. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب نماید و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و با ارایه اسناد مانند قبالة و شهود ثابت نماید که زمین از آن احمد است و محمود غاصب است، هیأت قضایی مکلف است براساس وسایل و دلایلی که محمود ارایه نموده است، فیصله خویش را صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف محکمه است.

#### ماده ۲۴۹: حضور هیأت قضایی در اتاق مشوره

«حین اصدار حکم در اتاق مشوره صرف هیأت قضایی مربوط می تواند موجود باشد و حضور سایر اشخاص جواز ندارد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده حین اصدار حکم در اتاق مشوره صرف هیأت قضایی مربوط می تواند موجود باشد و حضور سایر اشخاص جواز ندارد. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه املائی وجود دارد. قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از اصدار حکم در اتاق مشوره قضایی سخن می گوید در حالی که در اتاق مشوره قضایی هیأت قضایی به منظور مشاوره و تنظیم نص حکم حضور می یابند نه اصدار حکم. بنابراین، نص این ماده قابل تعدیل به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب نماید و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و با ارایه اسناد مانند قبالة و شهود ثابت نماید که زمین از آن احمد است و محمود غاصب است و هیأت قضایی به منظور مشاوره و تنظیم نص حکم به اطاق مشوره قضایی بروند، احمد و محمود و سایر اشخاص ذیدخل در قضیه حق حضور در اتاق مشوره قضایی را ندارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت هیأت قضایی و تکلیف اشخاص ذیدخل در قضیه است.

#### ماده ۲۵۰: حکم محکمه

«حکم محکمه با اکثریت آراء هیأت قضایی به ترتیبی صادر می گردد که اولاً اعضاء و بعداً رئیس جلسه ابراز رأی می نماید. هیچ يك از اعضاء هیأت قضایی حق ندارد بدون مجوز قانونی از ابراز رأی استتکاف ورزد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

(۱) حکم محکمه با اکثریت آراء هیأت قضایی به ترتیبی صادر می گردد که اولاً اعضاء و بعداً رئیس جلسه ابراز رأی می نماید. رأی در لغت به معنی اندیشه، باور، زعم، عقیده، نظر، حکم محکمه و فتوا است که جمع آن آراء می باشد. در اصطلاح حقوقی در مفهوم محدود رأی عبارت است از نظر کسی در مورد موضوعی. به حیث مثال، اگر احمد علیه جمشید عوی غصب صد جریب زمین را نماید و هیأت قضایی بخواهد در خصوص آن حکم صادر نماید، اول اعضاء هیأت قضایی باید رأی خویش را در خصوص حکم ابراز نماید و سپس رئیس. به عنوان مثال، اگر اعضاء هیأت قضایی حمیده، حمید و محمود باشند و در عین حال محمود رئیس هیأت قضایی باشد، اول حمیده و حمید و سپس محمود در خصوص دعوی غصب احمد رأی خویش را باید صادر نمایند.

(۲) هیچ يك از اعضاء هیأت قضایی حق ندارد بدون مجوز قانونی از ابراز رأی استتکاف ورزد. تعریف استتکاف گذشت. به عنوان مثال، در مثال بالا، هیچ يك از اعضاء هیأت قضایی نمی تواند بدون جواز قانونی از دادن حق رأی خودداری نماید.

#### ماده ۲۵۱: مخالفت یکی از اعضاء هیأت قضایی با فیصله

«هرگاه یکی از اعضاء هیأت قضایی با فیصله اکثریت موافق نباشد نظر مشخص خود را به ورقه جداگانه تحریر و بعد از امضاء و مهر ضم فیصله می نماید. این نظر در جلسه قضایی قرائت نمی شود.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۲۵۰ ق. ا. م. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:


(۱) هرگاه یکی از اعضاء هیأت قضایی با فیصله اکثریت موافق نباشد نظر مشخص خود را به ورقه جداگانه تحریر و بعد از امضاء و مهر ضم فیصله می نماید. ضم در لغت به معنی همراه کردن و پیوست کردن است.<sup>۲۷۶</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده مخالف فیصله هیأت قضایی باشد، باید نظر خود را در ورق جداگانه نوشته و بعد از امضاء و مهر ضمیه فیصله نماید.

(۲) این نظر در جلسه قضایی نباید توسط رئیس هیأت قضایی قرائت شود. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود نمی تواند نظر حمیده را در جلسه قضایی قرائت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده اعطای اختیار مخالفت با فیصله هیأت قضایی به یکی از اعضاء هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۵۲: عدم افشای نظریات اتاق مشاوره

«افشای نظریات که از طرف قضات در اتاق مشوره ابراز می شود مجاز نیست.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. همچنین، نص این ماده مرتبط به مواد ۲۴۹، ۲۵۰ و ۲۵۱ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هیأت قضایی نمی توانند نظریاتی را که در اتاق مشوره قضایی در

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل سیزدهم: فیصله و حکم محاکمه  ۲۰۷

خصوص حکم در میان آنها رد و بدل شده است است افشا نمایند. افشا در لغت به معنی آشکار کردن، فاش کردن، پراکنده کردن، برملا کردن و علنی کردن است.<sup>۲۷۷</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، افشا عبارت از آشکار کردن حقیقت است مانند افشای راز، افشای حکم، افشای جرم، افشای اسرار دولت و نظیر اینها. به حیث مثال، در مثال بالا، قضات یا اعضای هیأت قضایی نمی توانند نظریاتی را که در خصوص دعوی غصب زمین احمد توسط محمود در اتاق مشاوره قضایی رد و بدل نموده اند به طرفین دعوی آشکار نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۵۳: تحریر و مهر و امضای فیصله

«فیصله توسط رئیس جلسه قضایی یا یکی از قضات سهیم در اصدار حکم تحریر و از طرف هیأت قضایی مهر و امضاء می گردد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱) فیصله توسط رئیس جلسه قضایی یا یکی از قضات سهیم در اصدار حکم باید تحریر گردد. تحریر در لغت به معنی نوشتن است.

۲) هیأت قضایی مکلف است فیصله را مهر و امضاء نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، رئیس هیأت قضایی مکلف است فیصله را تحریر یا یکی از اعضای هیأت قضایی مکلف است فیصله را تحریر و هیأت قضایی مکلف است فیصله را مهر و امضاء نمایند. امضاء در لغت به معنی توشیح، صحه گذاشتن، تصدیق، تصویب و تأیید است. به طور عام، امضاء عبارت از علامت یا اسمی که پای سند یا نامه بگذارند.<sup>۲۷۸</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف رئیس جلسه و هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۵۴: عناصر اصلی فیصله

«فیصله مشتمل از بخش های مقدمه، تشریح، استدلال نتیجه و نص حکم می باشد.»

طبق نص این ماده فیصله شامل مقدمه، تشریح، استدلال، نتیجه و نص حکم است. تفصیل هر یک از این عناصر در مواد بعدی خواهد آمد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عناصر یا ارکان اساسی فیصله است.

#### ماده ۲۵۵: بخش مقدمه

«بخش مقدمه فیصله شامل مطالب ذیل است:

۱- نام محکمه حاکمه، اسم رئیس جلسه، اعضای قضایی، منشی جلسه، شارنوال در صورتی که در جلسه اشتراک نماید.

۲- شهرت مکمل مدعی، مدعی علیه با توضیح سکونت، پیشه، وظیفه، محل پیشه، نمبر تذکره تابعیت و محل صدور آن، شهرت سایر اشخاص شامل قضیه، وکلا و ممثلین قانونی آنها.

277. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 14, 12, 2017).

278. Ibid, (2017 /9 /27 (آخرین بازدید).

۳- تشخیص نوع موضوع دعوی .

۴- نمبر، تاریخ و محل صدور فیصله، تاریخ ابلاغ، تعداد اوراق فیصله و ضمایم آن».

هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی عناصر مهم مقدمه فیصله است. حاکمه در لغت به معنی حکم کننده و حکومت کننده است. تعریف ممثل گذشت. ضمایم جمع ضمیمه است و ضمیمه مؤنث ضمیم است که در لغت به معنی همراه، چیزی که آن را به چیز دیگری جمع کرده باشند و پیوست است.<sup>۲۷۹</sup>

#### ماده ۲۵۶: بخش تشریح

«بخش تشریحی فیصله حاوی مطالب ذیل است:

۱- صورت دعوی مدعی، مدافعات مدعی علیه و سایر مطالبات طرفین دعوی.

۲- اقرار یا انکار .

۳- شهادت شهود، قبول و یا رد آن .

۴- اسناد، قرائن قاطعه و قرائن مستنبطه .

۵- حلف یا نکول.

۶- خلاصه جریان محاکمه.».

تعریف برخی اصطلاحات این ماده در فصل های قبلی گذشت مانند صورت دعوی، مدعی، مدعی علیه، مدافعات، اقرار، انکار، شهادت و نظیر اینها. بقیه اصطلاحات مانند حلف، نکول، قرائن قاطعه و مستنبطه در فصل اسباب حکم خواهد آمد. هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی عناصر هم بخش تشریح فیصله است.

#### ماده ۲۵۷: بخش استدلال فیصله

«بخش استدلال فیصله حاوی مطالب ذیل است:

۱- صورت تحقیق قضیه در محکمه .

۲- وسایل اثبات یا نفی و توضیح دلایل .

۳- استدلالی که محکمه به اساس دلایل ارائه شده را قبول و یا رد می نماید .

۴- تذکر ماده قانونی که مورد استناد محکمه قرار می گیرد.».

استدلال در لغت به معنی برهان، حجت و دلیل آوردن برای اثبات امری است.<sup>۲۸۰</sup> هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی عناصر هم بخش استدلال فیصله است.

#### ماده ۲۵۸: بخش نتیجه

«بخش نتیجه فیصله حاوی مطالب ذیل است:

۱- عدم اثبات دعوی.

۲- الزام مدعی علیه .

۳- اندازه تعویض یا خسارات محکوم به.

۴- مصارف محکمه.».»

تعریف مدعی علیه در فصل اول گذشت. اثبات از ریشه «ثبت» گرفته شده که در لغت به معنی برجای داشتن، مستقر کردن، استوار داشتن، قرار دادن و ثابت کردن است.<sup>۲۸۱</sup> الزام از ریشه «لزم» به معنای لازم گردانیدن، واجب گردانیدن، اثبات<sup>۲۸۲</sup> و اجبار است.<sup>۲۸۳</sup> تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.<sup>۲۸۴</sup> تعریف محکوم به در فصل اول گذشت. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عناصر هم بخش نتیجه فیصله است.

#### ماده ۲۵۹: نص حکم

«نص حکم فیصله حاوی مطالب ذیل است :

۱- ذکر تاریخ جلسه قضایی و صدور حکم به اکثریت یا اتفاق آراء

۲- اتکاء به دلایل مشخص با ذکر ماده قانون.

۳- ذکر طرفین دعوی.

۴- تعیین محکوم به.

۵- رد دعوی.

۶- ترک خصومت.

۷- عدم اثبات دعوی.

۸- الزام مدعی علیه.».»

تعریف حکم در فصل اول گذشت. در فرهنگ های لغت نص به معنی متن، حکم صریح، کلام روشن، صریح و آشکار، کلام صریح و آشکار که جز یک معنا از آن استنباط نشود تعریف شده است.<sup>۲۸۵</sup> اتکاء در لغت به معنی تکیه کردن است. نظر می رسد نص در متن این ماده در مفهوم متن است. نص حکم طبق این ماده باید دربرگیرنده تاریخ جلسه قضایی و صدور حکم به اتفاق آراء هیأت قضایی، استناد و اتکاء به دلایل مشخص، ذکر مواد قانون، ذکر طرفین دعوی (مدعی و مدعی علیه)، تعیین محکوم به، رد دعوی، ترک خصومت، عدم اثبات دعوی و الزام مدعی علیه باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عناصر مهم نص حکم است.<sup>۲۸۶</sup>

۲۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶؛ و

حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵.

۲۸۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۳۱.

۲۸۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۷۶.

284. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

285. Ibid, (15/11/ 2017).

۲۸۶. جهت ملاحظه نمونه حکم محکمه نک:

- محمد کریم امیرزوی (\_\_\_\_). مطالعه دوسیه های حقوق عینی: کتاب ممد درسی حقوق عینی، چاپ اول، (\_\_\_\_)، صص ۱۸-

### ماده ۲۶۰: شرایط نص حکم

«نص حکم باید قاطع، صریح و عاری از هر نوع تعقید لفظی و معنوی باشد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده نص حکم باید قاطع، صریح و عاری از هر نوع تعقید لفظی و معنوی باشد. قاطع در لغت به معنی قطع کننده، برنده، محکم و استوار است. صریح در لغت به معنی آشکار، روشن و واضح است. عاری در لغت به معنی خالی و تهی است. تعقید در لغت به معنی پیچیده، بغرنج و پیچیدگی است. لفظی اسم منسوب به لفظ است. معنوی منسوب به معنی و معنایی است.<sup>۲۸۷</sup> یکی از اصول قانونگذار جلوگیری از استفاده از الفاظ مترادف است که در نص این ماده رعایت نشده است. اگر همه این الفاظ را جمع نماییم این نتیجه به دست می آید که نص حکم باید روشن، قطع کننده خصومت و غیر پیچیده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرایط نص حکم است.

### ماده ۲۶۱: ترتیب و ابلاغ حکم در ظرف ده روز

«(۱) حکم محکمه بعد از انجام محاکمه بدون تاخیر به طرفین ابلاغ می گردد. (۲) فیصله محکمه در ظرف ده روز تنظیم، ترتیب و صادر می شود.».

از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

(۱) حکم محکمه بعد از انجام محاکمه باید بدون تاخیر به طرفین ابلاغ گردد. تعریف ابلاغ گذشت. تأخیر از ریشه «آخر» گرفته شده است که در لغت به معنی پس انداختن، واپس انداختن و عقب انداختن است.<sup>۲۸۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی حق ارتفاق، به عنوان نمونه، حق آبیاری نماید و با وسایل اثبات حق ارتفاق را بر زمین محمود ثابت نماید و محکمه نص حکم را ترتیب نماید، محکمه مکلف است بدون تأخیر حکم را به احمد و محمود ابلاغ نماید.

(۲) فیصله محکمه باید در ظرف ده روز تنظیم، ترتیب و صادر شود. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه مکلف است در ظرف ده روز فیصله را ترتیب، تنظیم و صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف محکمه است.

### ماده ۲۶۲: عدم تغییر فیصله بعد از ابلاغ

«هیأت قضائی نمی تواند بعد از ابلاغ حکم در قضیه، فیصله خود را تعدیل یا نقض نماید.».

(\_\_\_\_) (۱۳۸۸). آشنایی با احکام قضایی محاکم: قرار های قضایی دیوان های ستره محکمه، جلد (۱)، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۱۰۹-۱۹۶.

(\_\_\_\_) (۱۳۹۸). راپور فیصله های قطعی و نهایی محاکم: جزایی، امنیت عامه، مدنی و تجارتی، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۳۱۱-۳۶۸.

287. <https://www.vajehyab.com> (15/11/ 2017).

۲۸۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۵.



باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل سیزدهم: فیصله و حکم محاکمه ۲۱۱

طبق نص این ماده هیأت قضائی نمی تواند بعد از ابلاغ حکم در قضیه، فیصله خود را تعدیل یا نقض نماید. تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.<sup>۲۸۹</sup> همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.<sup>۲۹۰</sup>

به نظر می رسد تعدیل در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح بازنگری یا تجدید نظر و تغییر استعمال شده است. با پذیرش این تفسیر، این نتیجه به دست می آید که هیأت قضایی نمی تواند بعد از ابلاغ حکم به طرفین فیصله خویش را تغییر دهد. نقض در لغت به معنی شکستاندن و ابطال است.<sup>۲۹۱</sup> با توجه به معنی لغوی نقض، این نتیجه به دست می آید که هیأت قضایی نمی تواند فیصله خویش را بعد از ابلاغ به طرفین دعوی باطل نماید.

به حیث مثال، اگر حمیده علیه مرضیه دعوی پرداخت اجرت وکالت نماید و محکمه مرضیه را ملزم به پرداخت اجرت نماید و فیصله خویش را به حمیده و مرضیه ابلاغ نماید، هیأت قضایی نمی تواند فیصله خویش را بعد از ابلاغ نقض نماید یا تغییر دهد. دلیل این قاعده این است که نقض فیصله توسط محکمه فوقانی صورت می گیرد و در صورتی که محکوم علیه قانع نباشد، می تواند استیناف خواهی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز نقض و تغییر فیصله بعد از ابلاغ آن به طرفین و صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۶۳: تصحیح اغلاط املائی و عددی

«محکمه در هر حال می تواند اغلاط املائی، انشایی و اشتباهات عددی را در فیصله تصحیح نماید. هیأت قضایی اغلاط و اشتباهات در فیصله را تصحیح و در ذیل آن امضاء می نمایند.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۲۶۲ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۲۶۲ ق. ا. م. م هیأت قضایی نمی تواند بعد از ابلاغ حکم به طرفین، فیصله را تغییر دهد یا نقض نماید. اما، طبق نص ماده ۲۶۳ ق. ا. م. م هیأت قضایی می تواند غلط املائی، انشایی و عددی فیصله را تصحیح کند. در نص ماده ۲۶۳ ق. ا. م. م دو قاعده وجود دارد:

(۱) محکمه در هر حال می تواند اغلاط املائی، انشایی و اشتباهات عددی را در فیصله تصحیح نماید. اغلاط جمع غلطی است. املاء مطلبی را تقریر کردن و نوشتن و شیوه درست نویسی است. انشاء در لغت به معنی آفریدن و خلق کردن است. تصحیح در لغت به معنی اصلاح کردن، درست کردن، صحیح کردن غلطی است.<sup>۲۹۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی حق مسیل نماید و محکمه به نفع احمد حکم صادر نماید، اما حکم محکمه دارای اشتباهات املائی، انشایی و عددی باشد، هیأت قضایی می تواند حتی پس از صدور فیصله غلطی های املائی، انشایی و عددی در فیصله را تصحیح نماید.

۲۸۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۳.

290. <https://www.vajehyab.com> (2016 /17 /1). (آخرین بازدید)

291. Ibid, (Last visit: 19/8/2016).

292. Ibid, (Last visit: 19/8/2016).

۲) در صورتی که هیأت قضایی اغلاط و اشتباهات در فیصله را تصحیح نماید، مکلف است در ذیل آن امضاء نمایند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، هیأت قضایی اشتباهات املائی، انشایی و عددی را تصحیح نماید، مکلف است در ذیل آن امضاء نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از یکطرف جواز اصلاح و درست کردن اشتباهات املائی، انشایی و عددی و از طرف دیگر پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۶۴: وجود ابهام در فیصله

«در صورت وجود ابهام در حکم یا فیصله، محکمه می تواند نظر به عریضه اشخاص شامل قضیه بدون تغییر دادن متن فیصله آن را توسط هیأت قضایی در جلسه توضیح نماید مشروط بر این که فیصله تطبیق نشده باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورت وجود ابهام در حکم یا فیصله، محکمه می تواند نظر به عریضه اشخاص شامل قضیه بدون تغییر دادن متن فیصله آن را توسط هیأت قضایی در جلسه توضیح نماید مشروط بر این که فیصله تطبیق نشده باشد. تعریف فیصله، حکم و عریضه گذشت. ابهام در لغت به معنی پیچیدگی است. توضیح در لغت به معنی آشکار کردن و شرح دادن است.<sup>۲۹۳</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی حق مسیل نماید و محکمه حکم به الزام محمود نماید و محمود و احمد حقوقدان نباشند و محتوای حکم محکمه را اصلاً نفهمند، محکمه می تواند به درخواست اشخاص شامل قضیه، فیصله را توضیح دهد. برای توضیح فیصله شرط است که فیصله هنوز توسط ریاست حقوق وزارت عدلیه تطبیق نشده باشد. همچنین شرط است که جهت توضیح ابهام در فیصله عریضه به محکمه تقدیم شود.

تقدیم عریضه به محکمه جهت توضیح فیصله محل ایراد به نظر می رسد زیرا معقول نیست و باعث ضیاع وقت اشخاص دخیل در قضیه و بوروکراسی می شود. بنابراین، قابل توصیه است شرط تقدیم عریضه در نص این ماده حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۶۵: پرداخت وجه مالی به اقساط

«در صورتی که تطبیق فیصله نهایی مستلزم پرداخت وجه مالی باشد، محکمه می تواند نظر به عریضه اشخاص شامل قضیه بانظرداشت تثبیت وضع دارایی محکوم علیه یا حالات دیگر در نص حکم پرداخت به اقساط را تجویز نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که تطبیق فیصله نهایی مستلزم پرداخت وجه مالی باشد، محکمه می تواند نظر به عریضه اشخاص شامل قضیه بانظرداشت تثبیت وضع دارایی محکوم علیه یا حالات دیگر در نص حکم پرداخت به اقساط را تجویز نماید. اقساط جمع

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل سیزدهم: فیصله و حکم محاکمه ۲۱۳

قسط است. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است<sup>۲۹۴</sup> که جمع آن اقساط است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین یا پول است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون به داین پرداخت می شود. تجویز در لغت به معنی جایز دانستن، جایز شمردن، اجازه دادن و روا دانستن است.<sup>۲۹۵</sup>

به حیث مثال، اگر احمد موثر محمود را کاملاً از بین برد و قیمت موثر دوازده لک افغانی باشد، محکمه می تواند حکم نماید که احمد در شش قسط در مدت یک سال، هر قسط دو لک افغانی برای محمود به عنوان جبران خسارت پرداخت نماید. در این صورت، محکمه می تواند با توجه به اوضاع و احوال شخص مسؤول طریقه پرداخت جبران خسارت را تعیین نماید. به حیث مثال، محکمه با توجه به این که احمد پولدار، فقیر، دارای وظیفه، بیکار و امثال اینها است حکم به پرداخت جبران خسارت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۲۶۶: قطعی شدن حکم محکمه ابتدائیه مدنی

((فیصله محکمه در حالات ذیل کسب قطعیت می نماید:

۱- انقضای میعاد شکایت بدون عذر قانونی.

۲- تقدیم شکایت یا اعتراض به محکمه فوقانی در صورتی که با رسیدگی قضیه در محکمه فوقانی فیصله نقض نشود.))

طبق نص این ماده فیصله محکمه ابتدائیه در دو حالات ذیل قطعی می شود.

۱- انقضای میعاد شکایت بدون عذر قانونی. انقضا از ریشه «قضی» گرفته شده است که در لغت به معنی سپری شدن، گذشتن، نابود شدن و رسیدن است.<sup>۲۹۶</sup> تعریف شکایت در فصل اول این کتاب گذشت. میعاد شکایت در نص این ماده پیش بینی نشده است. عذر در لغت به معنی پوزش است.<sup>۲۹۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی دین را اقامه نماید و محکمه محمود را محکوم به پرداخت دین نماید، حکم محکمه زمانی قطعی می شود که میعاد استیناف خواهی منقضی گردد. میعاد استیناف خواهی دو ماه است. در صورتی که محمود در مدت دو ماه علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت ننماید، حکم محکمه ابتدائیه مدنی قطعی می گردد. قطعی در لغت به معنی حتمی و مسلم است.<sup>۲۹۸</sup>

۲- تقدیم شکایت یا اعتراض به محکمه فوقانی در صورتی که با رسیدگی قضیه در محکمه فوقانی فیصله نقض نشود. تعریف اعتراض در فصل اول گذشت. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در این است که در صورتی که فیصله محکمه ابتدائیه مدنی در اثر شکایت یا

۲۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۲.  
295. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

۲۹۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱) تهران: انتشارات محراب فکر، ۴۸۵.

۲۹۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ۳۶۵.

(آخرین بازدید ۲۰۱۶/۱۷/۱) 298. <https://www.vajehyab.com>

اعتراض محکوم علیه در محکمه استیناف نقض شود و دوباره محکمه ابتدائیه حکم صادر نماید، حکم محکمه ابتدائیه مدنی قطعی است. نقض در لغت به معنی شکستادن و ابطال است.<sup>۲۹۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی دین را اقامه نماید و محکمه محمود را محکوم به پرداخت دین نماید، حکم محکمه زمانی قطعی می شود که محمود در محکمه استیناف شکایت نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را نقض نماید و محکمه ابتدائیه دوباره دعوی را رسیدگی و در خصوص آن حکم صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده حصر اسباب قطعی شدن حکم محکمه ابتدائیه مدنی است.





## فصل چهاردهم: قرار محکمه

قانونگذار ا. م. م در فصل چهاردم، مواد ۲۶۷ الی ۲۷۰ ق. ا. م. م احکام مربوط به قرار را تنظیم نموده است.

### ماده ۲۶۷: تعریف قرار

«قرار محکمه تصمیم قضایی است که متوجه ماهیت دعوی نبوده در شکل رسیدگی صورت گیرد.»  
تعریف قرار در فصل اول گذشت. طبق ماده ۲۶۷ ق. ا. م. م قرار نخست این که تصمیم محکمه است. دوم این که قرار در شکل دعوی صادر می شود. مثال ها قرار در لابلای این کتاب در مواد مربوطه ذکر شده است. هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده تعریف قرار است. ۳۰۰

### ماده ۲۶۸: تنظیم و صدور قرار

«قرار محکمه در اتاق مشوره مطابق حکم ماده (۲۴۳) این قانون توسط هیأت قضایی صادر می گردد.»  
در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده ارجاعی و مرتبط به ماده ۲۴۳ ق. ا. م. م است. طبق مفاد ماده ۲۴۳ ق. ا. م. م در خصوص صدور قرار دو حکم وجود دارد:  
۱) هیأت قضایی به غرض اخذ تصمیم و تنظیم نص قرار مکلف اند به اتاق مشوره قضایی داخل شوند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای شفعه نماید و شفعه تحت مرور زمان قرار قرار گرفته باشد، هیأت قضایی باید به منظور تنظیم نص حکم قرار به اتاق مشوره قضایی بروند.  
۲) رئیس جلسه مکلف است موضوع رفتن به اتاق مشاوره قضایی را به اطلاع حاضرین برساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی و رئیس جلسه قضایی است.

### ماده ۲۶۹: صدور قرار در موضوعات عادی

«محکمه می تواند در موضوعات عادی بدون رعایت حکم ماده (۲۶۸) این قانون بعد از مشوره هیأت قضایی قرار صادر و آن را درج محضر نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۶۸ ق. ا. م. م است. همچنین، نص این ماده استثنای ماده ۲۶۸ ق. ا. م. م است. زیرا، طبق نص ماده ۲۶۸ ق. ا. م. م هیأت قضایی مکلف است مطابق مفاد ماده ۲۴۳ ق. ا. م. م قرار را در اتاق مشاوره ترتیب و تنظیم و سپس برای طرفین دعوی صادر

۳۰۰. برای ملاحظه نمونه قرار های قضایی مدنی، حقوق عامه و احوال شخصیه، عریضه و ... نک:

- (\_\_\_\_) (۱۳۸۸). آشنایی با احکام قضایی محاکم: قرار های قضایی دیوان های ستره محکمه، جلد (۱)، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۱۰۹-۱۹۶.

- (\_\_\_\_) (۱۳۹۸). راپور فیصله های قطعی و نهایی محاکم: جزایی، امنیت عامه، مدنی و تجارتي، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۳۱۱-۳۶۸.

- هاشم احمدی (۱۳۹۰). اصول محاکمات مدنی، چاپ اول، کابل: انتشارات مقصودی، صص ۲۶۵-۳۰۲.

نماید. اما، مطابق نص ماده ۲۶۹ ق. ا. م. هیأت قضایی می تواند در موضوعات عادی قرار را در اتاق جلسه تنظیم و صادر نماید.

نص ماده ۲۶۹ مجمل است. زیرا، قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی نکرده است که موضوعات عادی شامل کدام موارد می شود که عاری از ایراد نیست. قابل توصیه است نص این ماده متمم گردد و قانونگذار عادی به صورت واضح پیش بینی نماید که هیأت قضایی در کدام حالات نص قرار را در اتاق مشاوره و در کدام حالات در اتاق محاکمه تنظیم و صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۷۰: ابلاغ قرار به طرفین دعوی

«قرار محکمه عندالصدور ابلاغ می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده قرار محکمه باید پس از صدور به طرفین ابلاغ گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و علیه محمود اقامه دعوی پرداخت اجرت مساقات نماید و محکمه به دلیل نقصان اهلیت دعوی احمد را رد نماید باید قرار صادر و به احمد و محمود ابلاغ نماید. تعریف ابلاغ در فصل فیصله گذشت. هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

#### ماده ۲۷۱: عناصر قرار

«قرار محکمه حاوی مطالب ذیل است:

- ۱- تاریخ و محل صدور قرار.
- ۲- نام محکمه صادر کننده قرار، ترکیب محکمه و منشی جلسه قضایی.
- ۳- اشخاص شامل قضیه موضوع مورد منازعه .
- ۴- موضوعی که راجع به آن قرار صادر می گردد.
- ۵- علل و اسبابی که محکمه به موجب آن قرار خود را صادر نموده است.
- ۶- اتکاء قانونی محکمه.
- ۷- نتیجه گیری و تصمیم نهایی هیات قضایی .
- ۸- تعیین میعاد شکایت علیه قرار که قانوناً قطعی نباشد.
- ۹- تذکر قطعی بودن قرار در مواردی که قرار مطابق به احکام قانون نهایی پنداشته شده باشد.»

تعریف لغات این ماده در فصل فیصله گذشت. هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی عناصر مهم قرار است.



## فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت)

قانونگذار ا. م. م در فصل پانزدهم مواد ۳۷۲ الی ۳۵۷ ق. ا. م. م احکام مربوط به اسباب حکم یا وسایل اثبات دعوی را پیش بینی نموده است. همچنین، قانونگذار قانون مدنی در جلد دوم، باب پنجم فصل اول الی ششم احکام معینی را در مورد اثبات تعهد و وسایل اثبات تعهد پیش بینی نموده است. در این کتاب احکامی را که در ق. ا. م. م پیش بینی شده است مورد مطالعه قرار می دهیم و خوانندگان محترم می توانند برای شرح مواد ق. م به کتاب حقوق وجایب نویسنده مراجعه نمایند.

### ماده ۲۷۲: تعریف وسایل اثبات

«وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل می دهند قرار ذیل است: (۱) اقرار؛ (۲) بیینه (اسناد، شهود، قراین قاطعه و مستنبطه)؛ (۳) یمین (سوگند)؛ (۴) نکول.».

وسایل اثبات ترکیبی از دو کلمه است که عبارت اند از: وسایل و اثبات. وسایل جمع وسیله است که در لغت به معنی سبب، دستاویز و آنچه که به واسطه آن به دیگری نزدیکی حاصل کنند است<sup>۳۰۱</sup> و از نظر حقوقی وسیله چیزی را گویند که برای اثبات امری به کار می رود. چیزی که برای اثبات امری در دعاوی به کار می رود وسیله نامیده می شود. اثبات از ریشه «ثبت» گرفته شده که در لغت به معنی بر جای داشتن، مستقر کردن، استوار داشتن، قرار دادن و ثابت کردن است<sup>۳۰۲</sup> و در اصطلاح فقهی اثبات به ثابت کردن حق (ادعا) با توسل به وسایل اثبات در نزد قاضی جامع شرایط اثبات گویند.<sup>۳۰۳</sup>

حقوقدانان نیز تعریفی نزدیک به همین مضمون ارائه کرده اند، چنانکه حقوقدانان می گویند: اثبات عبارت است از اقامه دلیل در پیشگاه محکمه مطابق پیش بینی قانون که قناعت قاضی محکمه ذیصلاح را فراهم سازد بر صحت واقعه که یکطرف مدعی آن و طرف دیگر منکر آن است. به هر حال، از ترکیب این دو کلمه می توان به این نتیجه کلی رسید که: وسایل اثبات به چیزهایی گفته می شود که برای ثابت کردن امری در پیشگاه قضاء به کار می رود. طبق ماده ۲۷۲ ق. ا. م. م وسایل اثبات عبارت اند از اقرار، بیینه، اسناد، شهود، قراین قاطعه و مستنبطه، یمین و نکول است. منشأ برخی از این وسایل اصحاب دعوی هستند، مانند: اقرار، اسناد و سوگند. اما، منشأ برخی دیگر اشخاص ثالث هستند، مانند: شهادت و منشأ برخی دیگر درک مستقیم قاضی است، مانند: قراین قاطعه و مستنبطه. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در ماده ۲۷۲ ق. ا. م. م پیش بینی و به رسمیت شناختن وسایل اثبات دعوی است.

### ماده ۲۷۳: تعریف اقرار

قانونگذار ا. م. م در فصل پانزدهم، مواد ۲۷۲ الی ۲۸۰ ق. ا. م. م احکام معینی را در باره اقرار وضع نموده است. طبق ماده ۲۷۳ ق. ا. م. م:

۳۰۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۱.

۳۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶؛ و

حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵.

۳۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶.

«اقرار عبارت از اخبار به امری است در محکمه که بقای حق طرف دعوی و یا حالتی را علیه مقرر ثابت سازد.».

اقرار از ریشهٔ قرر گرفته شده است که در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی، قرار دادن چیزی و پذیرفتن است.<sup>۳۰۴</sup> طبق مادهٔ ۲۷۳ ق.ا.م.م اقرار اخبار به امر است. اخبار در لغت به معنی خبر دادن است. طبق مادهٔ ۲۷۳ ق.ا.م.م این اخبار باید در محکمه صورت بگیرد. همچنین، طبق مادهٔ ۲۷۳ ق.ا.م اقرار بقای حق طرف دیگر یا حالتی را علیه مقرر ثابت می نماید. مقرر شخصی است که اقرار می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود علیه احمد اقامهٔ دعوی نماید و احمد در محکمه اعتراف نماید که من ده لک افغانی مدیون محمود هستم، عمل احمد اقرار است. در این مثال، احمد مقرر و اعتراف احمد اخبار به امر است. هدف قانونگذار ا.م.م در این ماده تعریف اقرار است.

#### ماده ۲۷۴: شروط اقرار

«اقرار مقرر دارای اهلیت حقوقی و قانونی نزد محکمه در صورتی مدار اعتبار است که ظاهر الحال مکذب آن نباشد.».

مقرر شخصی است که به نفع دیگری اقرار می نماید. طبق نص این ماده برای این که اقرار مقرر مدار اعتبار باشد باید شرایط ذیل متحقق گردد.

۱) مقرر دارای اهلیت حقوقی و قانونی باشد. اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است<sup>۳۰۵</sup> در اصطلاح حقوقی اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.<sup>۳۰۶</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای ده لک افغانی دین را نماید و محمود اقرار نماید که من مدیون احمد هستم برای صحت اقرار محمود شرط است که محمود اهلیت حقوق داشته باشد. شخص زمانی واجد اهلیت تلقی می گردد که عاقل و بالغ باشد. بنابراین، اگر در مثال بالا محمود صغیر ممیز و ده ساله یا مجنون باشد، اقرار او مدار اعتبار نیست.

۲) اقرار مقرر باید در محکمه صورت بگیرد. زیرا، در صورتی که اقرار بیرون از محکمه باشد به آن اقرار غیرقضایی می گویند و فاقد اعتبار است.

۳) شرط است که ظاهر الحال مکذب اقرار نباشد. مکذب از ریشهٔ «کذب» گرفته شده است که در لغت به معنی رد کننده و انکار کننده است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است در حالی که محمود فقیر و محتاج باشد و محمود در محکمه اقرار نماید که من این پول را به احمد قرض دادم، اقرار محمود مدار اعتبار نیست زیرا ظاهر حال تکذیب کننده محمود است. همچنین، اگر احمد بیست ساله ادعا نماید که محمود چهل و پنج ساله پسر من است و محمود اقرار

۳۰۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱) ص ۴۰۸.

۳۰۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۹۲؛ و الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۰.

۳۰۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۲۱

نماید که من پسر احمد هستم، این اقرار اعتبار ندارد. زیرا، ظاهر حال تکذیب کننده این اقرار است. در مثال اول، محمود فقیر است و امکان ندارد صد لک افغانی به احمد قرض داده باشد و در مثال دوم محمود چهل و پنج ساله است که امکان ندارد پسر احمد بیست ساله باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی شرایط اقرار است.

#### ماده ۲۷۵: شرایط اقرار

«اقرار مقید به قبول مقرله حاضر نیست اما رد آن از طریق مقرله صورت گرفته می تواند. در صورتی که قسمتی از اقرار مقرر توسط مقرله رد گردد اقرار در ما بقی صحت دارد.».

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) اقرار مقید به قبول مقرله حاضر نیست. دلیل این قاعده این است که اقرار عقد نیست تا صیغه آن حاوی ایجاب و قبول باشد، بلکه صرف تصرف قولی از جانب مقرر است. بنابراین، قبول شرط صحت آن نیست. با وجود این، در صورت رد، توسط مقرله رد می شود.<sup>۳۰۷</sup> به عنوان مثال، هرگاه احمد اقرار نماید که مدیون محمود است، اثبات مدیون بودن احمد منوط بر قبول محمود نیست و خود اقرار موجب اثبات مقربه برای مقرله می گردد.

۲) رد اقرار توسط مقرله صورت گرفته می تواند. به حیث مثال، اگر احمد اقرار نماید که من مدیون محمود هستم و محمود بگوید احمد قرضدار من نیست، چنین اقراری باطل می گردد.

۳) در صورتی که قسمتی از اقرار مقرر توسط مقرله رد گردد اقرار در ما بقی صحت دارد. به عنوان مثال، هرگاه مدیون اقرار نماید که شصت هزار افغانی قرضدار داین (مقرله) است و داین بگوید: قرض سی هزار است، سی هزار افغانی رد و مقرر مکلف به پرداخت سی هزار افغانی به مقرله می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی شرایط و اثر اقرار است.

#### ماده ۲۷۶: اقرار به نفع شخص غایب

«اقرار به حق غایب تا زمان اطلاع و تصدیق غایب از اقرار مقرر، نافذ نمی گردد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اقرار به حق غایب تا زمان اطلاع و تصدیق غایب از اقرار مقرر، نافذ نمی گردد. تعریف مقرر و غایب گذشت. به عنوان مثال، هرگاه احمد اقرار نماید که مدیون محمود است، چنین اقراری صحیح غیر لازم است. بنابراین، چنین اقراری زمانی لازم می گردد که محمود غایب بعد از حضور آن را رد ننماید. در صورت رد اقرار توسط غایب بعد از حضور اقرار باطل و در صورت عدم رد، اقرار لازم می گردد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم اقرار به نفع شخص غایب است. به نظر می رسد این قاعده از فقه گرفته شده است. طبق فقه اقرار به نفع مقرله غایب صحیح است. اما، لزوم آن متوقف بر عدم رد غایب بعد از حضور است. بنابراین، اقرار به نفع غایب اقرار صحیح غیر لازم است.<sup>۳۰۸</sup>

۳۰۷. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ص ۶۸.

۳۰۸. همان، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، ص ۶۹.

### ماده ۲۷۷: عدم جواز رجوع از اقرار

«رجوع از اقراری که مطابق حکم ماده (۲۷۳) این قانون صورت گرفته باشد اعتبار ندارد.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۷۳ ق. ا. م. م است. رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است.<sup>۳۰۹</sup> طبق نص این ماده اقرار بر مقرر الزام آور است و مقرر نمی تواند بعد از اقرار از آن رجوع نماید.

با وجود این، مقرر صرف نمی تواند در دعای مدنی از اقرار خویش رجوع نماید. بنابراین، مقرر می تواند در دعای جزایی و دعای مربوط به حق الله مانند: حدود، قصاص، دیت و ... از اقرار خویش به نظر جمهور فقهاء رجوع نماید. ماده ۱۵۸۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «رجوع از اقرار در حقوق العباد صحیح نیست؛ به این توضیح که: اگر شخصی به نفع شخصی اقرار نماید که فلان شخص بر من اینقدر قرض دارد و سپس از اقرار خویش رجوع نماید، به رجوع وی اعتبار داده نمی شود و این شخص ملزم به اقرار خود می گردد.».

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه اقرار نماید که من بیست لک افغانی مدیون محمود هستم، احمد نمی تواند از این اقرار رجوع نماید، زیرا اقرار بر مقرر الزام است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی الزام آور بودن اقرار و عدم جواز رجوع از آن توسط مقرر است.

### ماده ۲۷۸: جواز اقرار به مشاع (ملکیت مشترک)

«اقرار به مشاع در سهم افزاز ناشده صحت دارد.».

مشاع از ریشه «شیع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزاز ناشده، مشاع گویند.<sup>۳۱۰</sup> سهم در لغت به معنی حصه، نصیب، قسمت و بخش است که جمع آن سهام است.<sup>۳۱۱</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، به حصه و بهره هر وارث از ترکه، سهم یا سهم الارث می گویند. افزاز از ریشه فرز گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن چیزی، تقسیم کردن مال مشاع، جدا کردن سهم هر کس است و در اصطلاح حقوقی و فقهی به تقسیم مال مشاع به نسبت سهم هر یک از شرکاء افزاز گویند.<sup>۳۱۲</sup> افزاز ناشده در نص این ماده در مفهوم جدا و تقسیم ناشده است.

به حیث مثال، اگر احمد اگر احمد و حمیده ده جریب زمین را از مادر خویش به ارث برده باشند و زمین را هنوز تقسیم نکرده باشد و حمیده اقرار نماید که من زمین را به جمشید هبه نمودم، اقرار حمیده اعتبار دارد. در این مثال، بیست جریب زمین، ملک مشاع و ده جریب آن افزاز ناشده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بین جواز اقرار به سهم مشاع تقسیم ناشده است. طبق ماده

۳۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

۳۱۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۹.

۳۱۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۲)، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، ص ۱۱۱.

۳۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۷۷.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۲۳

۱۵۸۵ مجله الاحکام: «اقرار به مشاع صحت دارد. بنابراین، اگر شخص برای دیگری به حصه شایعه ملک عقاری که در تصرفش می باشد، مانند: نصف یا ثلث اقرار نماید و مقر له نیز این اقرار را تصدیق نماید، سپس مقر قبل از اقرار و تسلیم و وفات نماید، در این صورت شایع بودن مقربه مانع صحت اقرار نمی گردد.»

#### ماده ۲۷۹: اقرار مدعی مدعی علیه

«هرگاه مدعی علیه نزد محکمه به ادعای مدعی اقرار کند محکوم علیه شناخته می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مدعی علیه نزد محکمه به ادعای مدعی اقرار کند محکوم علیه شناخته می شود. تعریف محکوم علیه و مدعی علیه در فصل اول این کتاب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که حمیده صد لک افغانی مدیون من است و حمیده اقرار نماید که من صد لک افغانی مدیون احمد هستم، حمیده توسط محکمه محکوم علیه قرار می گیرد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر اقرار است.

#### ماده ۲۸۰: انکار مدعی علیه

«هرگاه مدعی علیه انکار نماید مدعی مکلف است مدارک اثباتیه را جهت اثبات ادعای خود به محکمه تقدیم کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مدعی علیه انکار نماید مدعی مکلف است مدارک اثباتیه را جهت اثبات ادعای خود به محکمه تقدیم کند. تعریف مدعی و مدعی علیه در فصل اول این کتاب گذشت. انکار از ریشه فعل «نکر» گرفته شده است که در لغت به معنی نشناختن، خودداری از اقرار، ابا، امتناع، تکذیب و رد است.<sup>۳۱۳</sup> تعریف مدارک اثباتیه گذشت.

به عنوان مثال، هرگاه احمد بیست لک افغانی قرضدار محمود باشد، اما از قرضدار بودن خویش انکار نماید و بعد از اقامه دعوی در محکمه ذیصلاح توسط محمود، احمد به قرض دار بودن خویش اقرار نماید، محکوم علیه شناخته شده و مکلف است براساس حکم محکمه قرض مدعی را پرداخت نماید. اما، در صورتی که احمد از مدیون یا قرضدار بودن خویش انکار نماید، محمود مکلف است سایر مدارک اثباتیه به غیر از اقرار را به محکمه جهت ادعای خویش ارائه نماید مانند سند، شهود و امثال اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر انکار است.

#### ماده ۲۸۱: تعریف و مصادیق مدارک اثباتیه

«مدارک اثباتیه قرار ذیل اسات: ۱- اسناد؛ ۲- شهادت شهود؛ و ۳- قرائن.»

مدارک اثباتیه مرکب از دو کلمه است: مدارک و اثباتیه. اثباتیه مؤنث اثبات است. اثبات از ریشه «ثبت» گرفته شده که در لغت به معنی برجای داشتن، مستقر کردن، استوار داشتن، قرار دادن و ثابت کردن و

معلوم و مشخص کردن درستی یک ادعا است<sup>۳۱۴</sup> و در اصطلاح فقهی به ثابت کردن حق (ادعا) با توسل به وسایل اثبات در نزد قاضی جامع شرایط اثبات گویند.<sup>۳۱۵</sup>

حقوقدانان نیز تعریفی نزدیک به همین مفهوم ارائه کرده اند، چنانکه حقوقدانان می گویند: اثبات عبارت است از اقامه دلیل در پیشگاه محکمه مطابق پیش بینی قانون که قناعت قاضی محکمه ذیصلاح را فراهم سازد بر صحت واقعه که یکطرف مدعی آن و طرف دیگر منکر آن است.<sup>۳۱۶</sup> مدارک جمع مدرک است که در لغت به معنی محل ادراک، حس، زمان و مکان ادراک، مأخذ و دلیل چیزی و نیز سند است.<sup>۳۱۷</sup>

از ترکیب این دو کلمه می توان به این نتیجه کلی رسید که: مدارک اثبات به وسایلی گفته می شود که برای ثابت کردن امری در پیشگاه قضاء به کار می رود مانند شهود و سند قانونگذار ا. م. م برخی مصادیق مدارک اثباتیه را در نص ماده ۱۲۸ ق. ا. م. م پیش بینی نموده است که عبارت اند از: اسناد و شهود و قراین اند. تعریف اسناد و قراین در مواد بعدی خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده تعریف مدارک اثباتیه و پیش بینی مصادیق آن است.

#### ماده ۲۸۲: انواع اسناد

«اسناد دو نوع است:

۱- اسناد رسمی.

۲- اسناد عرفی.»

قانونگذار ا. م. م در نص این ماده اسناد را تعریف نکرده است بلکه اسناد را به دو دسته تقسیم کرده است: سند رسمی و سند عرفی. به نظر می رسد دلیل عدم تعریف سند و اسناد رسمی و عرفی این است که قانونگذار قانون مدنی اسناد رسمی و عرفی را تعریف کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده به رسمیت شناختن اسناد به عنوان یکی از مدارک اثباتیه و دسته بندی آن است.<sup>۳۱۸</sup>

#### ماده ۲۸۳: تعریف سند رسمی و عرفی

«اسناد رسمی و عرفی اسنادی است که در فقره (۱ و ۲) ماده (۹۹۱) قانون مدنی تصریح گردیده است.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی است. زیرا، قانونگذار ا. م. م در نص این ماده سند رسمی و عرفی را تعریف نکرده است بلکه مخاطبین را به ماده ۹۹۱ ق. م ارجاع داده است. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده ارجاع تعریف سند رسمی و عرفی به ق. م است.<sup>۳۱۹</sup>

#### ماده ۲۸۴: دلیل الزام بودن سند رسمی قبل از دوران دعوی

۳۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶؛ و

حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵.

۳۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶.

۳۱۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳-۱۵؛ محمد عالم

ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۱۴.

۳۱۷. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۹۴۶.

۳۱۸. جهت مطالعه اسناد ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). حقوق و جابج، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۴۵۹-۶۶۵.

۳۱۹. جهت مطالعه اسناد ر. ک: همان، نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷)، صص ۴۵۹-۶۶۵.

«اسناد رسمی در مورد مقرر، ورثه و قایم مقام آن قبل از دوران دعوی قابل اعتبار و دلیل الزام است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اسناد رسمی در مورد مقرر، ورثه و قایم مقام آن قبل از دوران دعوی قابل اعتبار و دلیل الزام است. مقرر اقرار کننده است. تعریف ورثه و قایم مقام گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و سپس ملکیت آن را از طریق محکمه وثایق و قبالة قانونی به محمود انتقال دهد، قبالة قانونی مصداق سند رسمی است و در برابر احمد، ورثه احمد و قایم مقام احمد مانند وکیل قبل از دوران دعوی دلیل الزام و مدار اعتبار است. به عنوان نمونه، اگر احمد در مثال بالا پس از فروش خانه و انتقال ملکیت خانه از تسلیم مادی و فیزیکی خانه به محمود پرهیز نماید، محمود می تواند قبل از این که علیه احمد دعوی نماید، احمد، ورثه احمد مانند پسر، دختر، زوجه و نظیر اینها و قایم مقام احمد مانند وکیل را به استناد به سند رسمی ملزم و مکلف به تسلیم خانه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی سند رسمی است.

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت جوزجان:

۱- در دفع تعرض در مورد اموال غیر منقول اگر عقار به نام مدعی علیه باشد طبعاً انتقال صورت می گیرد آیا محصول گرفته شود یا خیر؟

۲- هرگاه در محکمه استیناف بعد از نقض فیصله ابتدائیه حکم به نفع همان محکوم له محکمه ابتدائیه صادر گردد محکمه استیناف محصول اخذ نماید یا خیر؟ اگر اخذ نماید کدام محصول از ابتدائیه یا استیناف؟

۳- در ماده (۲۸۴) قانون اصول محاکمات مدنی چنین تصریح به عمل آمده است: اسنادیکه از اقرار مقرر یا قایم مقام مقرر ترتیب گردیده باشد در حصه مقرر و ورثه آن بدون دوران دعوی مدار اعتبار است محاکم در همچو حالت به صدور قرار قضائی موضوع را خاتمه میدهند که این قرارها از جمله قرارهای قطعی پنداشته می شود اما محاکم فوقانی آن را در ماهیت موضوع تلقی می نماید به استناد ماده (۲۶۷) اصول محاکمات مدنی آن را نقض می نماید.

۴- هرگاه در محکمه فوقانی در مطابقت حکم ماده (۴۰۱) قانون اصول محاکمات مدنی به تأیید فیصله صادره محکمه ابتدائیه قرار صادر شده باشد بعداً قرار صادره محکمه فوقانی در دیوان مدنی ستره محکمه نقض گردد در این حالت دیوان مدنی مرافعه چگونگی اجراات را در رابطه به فیصله ابتدائیه که صراحتاً از طرف تمیز نقض نگردیده اتخاذ نماید به محکمه ابتدائیه ارسال نماید یا خود دیوان مرافعه ابتدائیه رسیدگی نماید؟

توضیح:

۱- چون در دعوی دفع تعرض در صورت اثبات آن مدعی به در دست مدعی دفع تعرض باقی می ماند و اصلاً حکم به اثبات ید مدعی دفع تعرض صادر می گردد بناءً ایجاب محصول را نمی کند. دعوی دفع تعرض دعوی ذوالیدی بوده ایجاب محصول را اصلاً نمی کند.

۲- چون در نفس الامر فیصله محکمه فوقانی به تأیید فیصله ابتدائیه صدور یافته است ایجاب محصول را نمی کند.

۳- برداشت محکمه مذکور از حکم ماده (۲۸۴) اصول محاکمات مدنی درست و سالم بوده است. اگر محاکم فوق به نقض آن متکی به ماده (۲۶۷) قانون مذکور مبادرت می ورزد خلاف حکم ماده (۱۹۸) قانون مذکور می باشد از آن جلوگیری به عمل آید.

۴- از این که وفق هدایت ماده (۴۱۵) اصول محاکمات مدنی قرار قضائی صادره دیوان مدنی مرافعه موید فیصله ابتدائیه تحت رسیدگی قرار گرفته است در صورت نقض قرار قضائی :

اول - اینکه اگر فیصله ابتدائیه مواجه به بطلان باشد بدیهی است که بعد از صدور قرار قضائی بر بطلان آن به محکمه ابتدائیه ارسال می گردد.

دوم - اینکه در صورت فیصله ابتدائیه مواجه به نقض باشد بعد از صدور قرار قضائی بر نقض آن خود دیوان مدنی مرافعه استینافاً رسیدگی نماید.<sup>۳۲۰</sup>

#### ماده ۲۸۵: سند رسمی به عنوان دلیل الزام علیه شهود معرفت

«شخصی که در اسناد رسمی به حیث شهود معرفت پذیرفته شده و ادعای ملکیت مندرج سند را برای خود نماید سند رسمی مذکور قبل از دوران دعوی علیه وی دلیل الزام است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده شخصی که در اسناد رسمی به حیث شهود معرفت پذیرفته شده و ادعای ملکیت مندرج سند را برای خود نماید سند رسمی مذکور قبل از دوران دعوی علیه وی دلیل الزام است. شهود جمع شاهد است. در مفهوم مصطلح شهود معرفت مترادف شاهد است.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و سپس ملکیت آن را از طریق محکمه وثایق و قباله قانونی به محمود انتقال دهد، قباله قانونی مصداق سند رسمی است. اگر در این نقل و انتقال قیوم و فاروق شاهد بوده باشند و سپس در خصوص خانه ادعای ملکیت نمایند، محمود می تواند به استناد به سند رسمی قیوم و فاروق را مجبور و ملزم به صرف نظر از دعوی نماید. زیرا، سند رسمی در برابر فاروق و قیوم دلیل الزام است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی سند رسمی است.

#### ماده ۲۸۶: اقرار مدعی علیه

«دعوی مدعی بر ضد اسناد رسمی با ارائه سند مبطل از طرف مدعی علیه باطل یا به اقرار مدعی علیه ثابت می گردد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) دعوی مدعی بر ضد اسناد رسمی با ارائه سند مبطل از طرف مدعی علیه باطل می گردد. مبطل در لغت به معنی باطل کننده است. عبارت این ماده مفهوم درست را به نظر می رسد که افاده نمی نماید. به

۳۲۰. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۱۸-۱۲۰.



نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده این است که در صورتی که مدعی سند رسمی ارایه نماید و مدعی علیه سندی که سند رسمی را باطل نماید ارایه نماید، سند رسمی مدعی باطل می شود. به حیث مثال، اگر یک باب خانه تحت ید احمد باشد و محمود ادعای ملکیت خانه را نماید و احمد سند رسمی جعلی را برای اثبات ملکیت خانه در محکمه ارایه نماید، اما محمود قبالة قانونی اصلی را به محکمه ارایه نماید، سند رسمی جعلی احمد باطل می شود.

۲) دعوی مدعی به اقرار مدعی علیه ثابت می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که خانه که تحت ید محمود است ملکیت او است و محمود در محکمه اقرار نماید که خانه از آن احمد است، دعوی احمد در محکمه ثابت می گردد و محکمه باید به تسلیمی خانه به احمد حکم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم ابطال سند رسمی و ارزش اثباتی اقرار است.

#### ماده ۲۸۷: اسناد مثبتة

«فرامین، اسناد رسمی، فیصله ها و قرارهای قطعی محکمه در صورتی که عاری از جعل و تزویر بوده و دارای ثبت محفوظ به اداره دولتی یا دیوان قضا باشد اسناد مثبتة شناخته شده دلیل اثبات و الزام است.»

طبق نص این ماده فرامین، اسناد رسمی، فیصله ها و قرارهای قطعی محکمه در صورتی که عاری از جعل و تزویر بوده و دارای ثبت محفوظ به اداره دولتی یا دیوان قضا باشد اسناد مثبتة شناخته شده دلیل اثبات و الزام است. عبارت فرامین را قانونگذار ا. م. م در نص این ماده مطلق استعمال نموده است. به نظر می رسد فرامین در نص این ماده در مفهوم فرامین رئیس جمهور است. فرامین جمع فرمان است. فرمان در لغت به معنی امر، حکم، حکمی که از جانب شخص بزرگ صادر شود است.<sup>۳۲۱</sup> به نظر می رسد فرمان عبارت از قاعده حقوقی و دستور اجرایی است که توسط رئیس جمهور صادر می شود. طبق این تعریف، فرامین تقنینی قاعده حقوقی است، زیرا حایز حکم قانون است و از صفت دوام و عمومیت برخوردار است. اما، فرامین غیرتقنینی دستور است و فاقد ارزش هنجاری است، زیرا با یک بار انجام شدن از بین می رود، مانند: فرمان شماره ۴۵ مورخ ۱۳۹۱/۵/۵ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد تحقق محتویات بیانیه تاریخی اول سرطان سال ۱۳۹۱ در اجلاس فوق العادة شورای ملی که به موجب آن رئیس جمهور به نهاد های مختلف حکومتی وظایف مشخص را جهت تحقق حکومتداری خوب و مبارزه با فساد اداری صادر نمود.

اسناد رسمی اسنادی است که توسط مؤظف عمومی یا کارکنان خدمات عامه نوشته شود. بنابراین، هر سندی را که مؤظف خدمات عامه در حدود احکام قانون و با توجه به صلاحیت اختصاصی تحریر نماید سند رسمی است. مؤظف خدمات عامه عام است و شامل مأمورین دولتی اعم از قضایی، اداری، نظامی، سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و ... می شود. با توجه به گوناگونی مؤظف خدمات عامه، اسناد رسمی نیز که وصف مشترک آنها دخالت مؤظف خدمات عامه در تحریر آنها است، می باشد و به انواع گوناگون تقسیم می شود.

همچنین، قباله قانونی، بل برق، بل آب، اسنادی که از ادارات دولتی صادر می شود مانند جواز سبزی، جواز احداث ساختمان، اسنادی را که حوزه های مالیاتی برای مالیه دهندگان می دهند، مکاتیب رسمی ادارات دولتی و نظیر اینها مصداق اسناد رسمی اند. تعریف فیصله و قرار گذشت. مثبت به لغت به معنی ثابت کننده است. برای این که فرامین، اسناد رسمی و قرار های و فیصله های قطعی محاکم اسناد مثبت و دلیل اثبات و الزام تلقی شود شرط است این که:

(۱) فرامین، اسناد رسمی، فیصله و قرار ها عاری از جعل باشند. عاری در لغت به معنی تهی و خالی است. تعریف جعل گذشت.

(۲) فرامین، اسناد رسمی، فیصله و قرار ها باید عاری از تزویر باشند. تزویر از ریشه «زور» گرفته شده است که در لغت به معنی آراستن، آرایش کردن، نیکو کردن، فریفتن، مکر در میان آوردن و دروغ گفتن، غدر، حيله و دورویی کردن است.<sup>۳۲۲</sup> معنی اصطلاحی تزویر از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، تعریفی که می توان برای تزویر ارایه کرد این است که: تزویر عبارت تغییر دادن و آراستن سند رسمی است به منظور تضییع غیر.

به نظر می رسد فرقی که بین تزویر و جعل وجود دارد این است که در تزویر مزور محتویات سند رسمی را می تراشد، محو می نماید، آن را قلم می زند، تاریخ سند را تغییر می دهد و اعمال شبیه اینها را انجام می دهد. اما، جاعل سندی را که اصلاً وجود ندارد به وجود می آورد یا امضاء و یا مهر دیگری را به وجود می آورد.

(۳) فرامین، اسناد رسمی، فیصله و قرار ها باید دارای ثبت محفوظ به اداره دولتی یا دیوان قضا باشد. به حیث مثال، قباله قانونی باید ثبت محکمه وثایق و مخزن، فرامین رئیس جمهوری ثبت ریاست جمهوری باشد.

در صورت تحقق سه شرط مذکور، فرامین، اسناد رسمی، فیصله و قرار ها دلیل اثبات و الزام است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دین داشته باشد و محمود منکر دین احمد شود و محکمه ذیصلاح حکم نماید که محمود دین احمد را پرداخت نماید، حکم محکمه دلیل است که ثابت می نماید محمود مدیون احمد است. همچنین، اگر احمد از دولت زمین خریداری نماید و قباله زمین را از محکمه وثایق مربوطه بگیرد، قباله قانونی دلیل است بر این که احمد مالک خانه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی فرامین، اسناد رسمی، فیصله و قرار های محاکم و شرایط آن است.

#### پرسش ریاست محکمه ولایت دایکندی:

از آن جایی که به نظرمی رسد در سال های قبل عده از اشخاص به صورت متخاصمین در یک محدوده که اسناد بنیادی و قانونی مطابق ارزش های قانونی تنظیم امور زمین داری و غیره قوانین نافذ کشور در اختیار نداشتند خصومتی را در محکمه آن وقت به راه انداختند و محکمه ذیصلاح وقت هم بدون این که در قسمت

۳۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۱؛

و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۸۵.

داشتن و نداشتن اسناد مدار حکم طرفین تماس بگیرد ابراء خط شرعی و یا فیصله اصلاحی خویش را به منظور قطع خصومت طرفین قضیه صادر نموده است اما سند صادره محکمه وقت تاکنون در دفتر اساس رسماً به اسم دارنده سند قید نگردیده کماکان در دسترس شان قرار دارد روی هم رفته پس از گذشت برهه از زمان مشخص دیگری به صفت مدعی تبارز نموده علیه دارنده همین سند مذکور ادعای ملکیت نموده است و می نماید و قضیه غرض فیصله شرعی به محاکم مربوطه این ولایت احاله می گردد. از اینکه همچو سند دارای ثبت محفوظ قضاء و امثال آن بوده و کدام ملاحظه راجع به ترتیب آن نزد محکمه وجود ندارد. اشکال این است که در حین ترتیب وثیقه مذکور داشتن اسناد قانونی طرفین دعوا مطرح نگردیده و در زمینه اجراءات به عمل آمده است. در صورتی که همچو وثائق بر مبنای اسناد قانونی ترتیب نشده باشد در حین بروز دعوی جدید بالای همچو اسناد محکمه چه نوع طرز العمل قضائی را پیش گیرد تا مشکلات قانونی در روشنی احکام قانون مرفوع گردد.

**توضیح:** اسنادی که اشخاص فوق الذکر قبلاً بدست آورده اند نسبت اینکه بوسیله محکمه ذیصلاح ترتیب گردیده اسناد رسمی بوده تا زمانی که جعل و مشبوهیت آن ثابت نشده باشد طبق هدایت مواد (۲۸۴) و (۲۸۷) قانون اصول محاکمات مدنی بحیث اسناد مثبتة شناخته شده دلیل اثبات و الزام می باشد. هرگاه بالای اسناد مذکور دعوی جعل و مشبوهیت صورت گیرد محکمه طبق احکام مواد (۳۰۱ و ۳۰۲) قانون مذکور در مورد اجراءات نماید. ۳۳

#### ماده ۲۷۶: تعریف سند عرفی

«اسناد رسمی که در ترتیب و تنظیم آن شروط و احکام قانون رعایت نشده باشد حیثیت اسناد عرفی را دارد.»

طبق نص این ماده اسناد عرفی اسنادی است که توسط اشخاصی که مؤلف خدمات عامه نیستند تحریر گردیده یا توسط مؤلف خدمات عامه تحریر گردیده، اما تحریر آن در حدود صلاحیت اختصاصی مؤلف خدمات عامه نبوده یا در تحریر آن احکام ناظر بر تحریر اسناد رعایت نگردیده است. ۳۲۴ به نظر می رسد این شرایط انضمامی و ترکیبی است و برای تحقق رسمی تلقی گردیدن سند، همه این شرایط متحقق گردد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورت فقدان و یا عدم رعایت هر یک از شروط سند رسمی، سند عرفی تلقی می گردد. به حیث مثال، سند قبالة عرفی سند رسمی نیست. زیرا، آن را بایع و

۳۲۳. محمد عثمان ژوبل (۱۲- ۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۲۰ و ۱۲۱.

۳۲۴. جهت مطالعه بیشتر در بارة تعریف و شرایط اسناد رسمی ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۱- ۱۴۲؛ محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعوی مدنی، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۲۹- ۳۲؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۲)، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، صص ۲۹۰- ۲۹۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۶۷- ۷۰.

مشتری نوشته می نمایند، در نوشتن آن احکام قانونی که شکل اسناد را تنظیم می نماید رعایت نمی شود، بایع و مشتری مؤلف خدمات عامه نیستند و صلاحیت استفاده از اقتدار عامه را ندارند. همچنین، سندی را که احمد دوکاندار به محمود مبنی بر فروش مواد خوراکی در سوپر مارکت می دهد سند عرفی است زیرا این سند فاقد ارکان و شرایط اسناد رسمی است. همچنین، اگر احمد و محمود قرارداد مضاربت را منعقد نمایند و احمد ده لک افغانی به محمود جهت کار بدهد و احمد و محمود تعهدات خویش را در سند نوشته و امضاء نمایند، این سند، سند عرفی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده تعریف سند عرفی است. این تعریف وجودی نیست بلکه اضدادی است و فهمیدن آن مستلزم فهمیدن سند رسمی است.

#### ماده ۲۸۹: امضاء، مهر و شصت اسناد عرفی

«اسناد عرفی که بین طرفین تحریر و به امضاء مهر و یا شصت شان رسیده باشد در صورتی که جانبین مهر و امضاء و شصت شان را تصدیق کنند مانند اسناد رسمی قابل اعتبار می باشد.»

طبق نص این ماده اسناد عرفی که بین طرفین تحریر و به امضاء مهر و یا شصت شان رسیده باشد در صورتی که جانبین مهر و امضاء و شصت شان را تصدیق کنند مانند اسناد رسمی قابل اعتبار می باشد. به حیث مثال، قباله عرفی سند رسمی نیست. زیرا، آن را بایع و مشتری نوشته می نمایند، در نوشتن آن احکام قانونی که شکل اسناد را تنظیم می نماید رعایت نمی شود، بایع و مشتری مؤلف خدمات عامه نیستند و صلاحیت استفاده از اقتدار عامه را ندارند. اما، اگر در خصوص ملکیت خانه میان اشخاصی که سند عرفی را نوشته اند منازعه ایجاد شود و ذوالید به سند عرفی استناد نماید و بایع و مشتری مهر، امضاء و شصت خویش را در سند عرفی تصدیق کنند، سند عرفی مانند سند رسمی مدار اعتبار است. همچنین، سندی را که احمد دوکاندار به محمود مبنی بر فروش مواد خوراکی در سوپر مارکت می دهد سند عرفی است زیرا این سند فاقد ارکان و شرایط اسناد رسمی است. اگر در این مثال، احمد منکر دریافت پول شود و محمود سند عرفی را به محکمه ارایه نماید و احمد امضا یا شصت خویش در سند عرفی را تأیید نماید، محکمه مکلف است مطابق سند عرفی حکم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی سند عرفی است.

#### ماده ۲۹۰: تثبیت خط و امضای طرفین در سند عرفی توسط اهل خبره و کارشناس

«سند عرفی که به خط و کتابت شخص تحریر و امضاء شده در صورتی که خط و امضای وی ذریعه کارشناس مربوط و اهل خبره تثبیت گردد مانند سند رسمی مدار اعتبار است.»

طبق نص این ماده سند عرفی که به خط و کتابت شخص تحریر و امضاء شده در صورتی که خط و امضای وی ذریعه کارشناس مربوط و اهل خبره تثبیت گردد مانند سند رسمی مدار اعتبار است. تحریر در لغت به معنی نوشتن است. تعریف اهل خبره در فصل اول گذشت. منظور از اهل خبره در این ماده، کارمندان مسلکی کریمنال تکنیک است که در چوکات معینیت جنایی وزارت داخله ایفای وظیفه می نمایند.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۳۱

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و از محمود سند عرفی بگیرد و محمود در سند عرفی نوشته نماید که من مبلغ ده لک افغانی خویش را از احمد گرفتم و آن را امضاء نماید. اما، سپس احمد علیه اقامه دعوی نماید و احمد برای اثبات این که پول محمود را پرداخته است سند محمود را به محکمه تقدیم نماید اما محمود از خط و امضای خویش انکار نماید و سپس محکمه سند را به منظور تثبیت به کریمنال تخنیک وزارت داخله بفرستد و کارشناس و شخص اهل خبره تصدیق نماید که خط و امضا از آن محمود است، این سند عرفی مانند سند رسمی مدار اعتبار است و محکمه مکلف است مطابق آن حکم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی سند عرفی است.

#### ماده ۲۹۱: تکلیف اشخاص مبنی بر تأیید یا انکار امضاء و شصت

«اشخاصی که اسناد عرفی به مهر، امضا و یا شصت شان در يك خصومت ارائه می شود مکلف اند که مهر و امضاء و یا شصت خود را تصدیق و یا انکار نمایند. سکوت در حکم انکار است.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) اشخاصی که اسناد عرفی به مهر، امضا و یا شصت شان در يك خصومت ارائه می شود مکلف اند که مهر و امضاء و یا شصت خود را تصدیق و یا انکار نمایند. مهر آلت فلزی است که روی آن اسم شخص یا نقش روی کاغذ و پاکت یا زیر نامه ها و قراردادهای به جای امضا می زنند.<sup>۳۲۵</sup> تعریف خصومت گذشت. تصدیق در لغت به معنی به راستی و درستی امری گواهی دادن و باور کردن است.<sup>۳۲۶</sup> تعریف انکار گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد ده لک افغانی به محمود پرداخت نماید و از محمود سند عرفی بگیرد و محمود در سند عرفی نوشته نماید که من مبلغ ده لک افغانی خویش را از احمد گرفتم و آن را امضاء نماید. اما، سپس احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و احمد برای اثبات این که پول محمود را پرداخته است سند محمود را به محکمه تقدیم نماید، محمود مکلف است امضا و مهر خود را تصدیق یا انکار نماید.

(۲) سکوت در حکم انکار است. سکوت از ریشه «سکت» گرفته شده است که در لغت به معنی خاموشی و خاموش شدن است.<sup>۳۲۷</sup> در اصطلاح حقوق مدنی سکوت، وضعیتی است که شخص به طور صریح اراده خود را بیان نمی کند و کاری هم انجام نمی دهد که، به طور غیر مستقیم، بتوان اراده

۳۲۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۹.  
۳۲۶. آخرین بازدید ۲۷/۹/۲۰۱۷. <https://www.vajehyab.com>

۳۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۸۶.

اش را استنباط کرد.<sup>۳۲۸</sup> به عبارت دیگر: سکوت در اصطلاح عبارت از ترک کلام با وجود سخن گفتن است.<sup>۳۲۹</sup>

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود از شصت و امضای خویش نه انکار و نه اقرار نماید، بلکه سکوت نماید، سکوت در حکم انکار است. از مفاد این ماده استنباط می‌گردد که انکار دو نوع است. انکار حقیقی و آن انکاری است که مدعی علیه حقیقتاً از ادعای مدعی منکر می‌شود. انکار حکمی و آن سکوت مدعی علیه است که در حکم انکار تلقی می‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف طرفین دعوی و پیش بینی ضمانت اجرای آن و حکم سکوت است.

### ماده ۲۹۲: اقرار، انکار و اظهار بی طرفی توسط ورثه

(وارث به تصدیق یا انکار مهر، امضاء و شصت مؤثر خویش مجبور ساخته نمی‌شود و صرف حق اقرار، انکار یا اظهار بی خبری را دارد.)

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

۱) وارث به تصدیق یا انکار مهر، امضاء و شصت مؤثر خویش مجبور ساخته نمی‌شود. وارث اسم فاعل از ریشه «ورث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراثبر و وارث بر است. در اصطلاح حقوق مدنی، وارث بر شخصی اطلاق می‌گردد که مال متوفی قهراً به وی منتقل می‌شود.<sup>۳۳۰</sup> مؤثر اسم مفعول از ریشه «ورث» گرفته شده است که در لغت به معنی ارث گذار است. در اصطلاح حقوق مدنی مؤثر شخص متوفی است خواه به مرگ حقیقی مرده باشد و یا مرگ حکمی، مانند: مفقود که حکم موت فرضی او توسط محکمه ذیصلاح صادر شده باشد. تعریف انکار، تصدیق و مهر در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد ده لک افغانی به محمود پرداخت نماید و از محمود سند عرفی بگیرد و محمود در سند عرفی نوشته نماید که من مبلغ ده لک افغانی خویش را از احمد گرفتم و آن را امضاء نماید. اما، سپس محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و احمد برای اثبات این که پول محمود را پرداخته است سند محمود را به محکمه تقدیم نماید و محمود وفات نماید، ورثه محمود مانند پسر، دختر، همسر، مادر و سایر ورثه ها توسط محکمه مجبور به تصدیق یا انکار مهر، امضاء و شصت مؤثر نمی‌شوند.

۲) ورثه صرف حق اقرار، انکار یا اظهار بی خبری را دارد. به حیث مثال، در مثال بالا، ورثه محمود حق اقرار مدیون بودن، انکار مدیون بودن یا بی خبر بودن از مدیون بودن مؤثر خویش را دارند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حق ورثه مبنی بر اقرار، انکار یا بی خبری از مدیون بودن مؤثر است.

### ماده ۲۹۳: برخی مصادیق اسناد عرفی

۳۲۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۶۱.  
 ۳۲۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۸۶.  
 ۳۳۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۶۰.

«مینوت مکاتیب، تلگرام و سایر اوراق امضاء شده شعبات که در دفتر مربوط وجود داشته باشد حیثیت اسناد عرفی را دارد.».

از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد:

۱- مینوت مکاتیب امضاء شده حیثیت اسناد عرفی را دارد. مینوت در مفهوم مصطلح اداری پیش نویس و مکاتیب جمع مکتوب است. مکتوب از ریشه «کتب» گرفته شده است که در لغت به معنی نوشته شده است. در مفهوم مصطلح حقوق اداری، به نظر می‌رسد مکتوب عبارت از نامه ای است که آن را موظف خدمات عامه، در حدود صلاحیت خویش مطابق قانون تحریر می‌نماید و از یک اداره به اداره ای دیگر فرستاده می‌شود. با پذیرش این تعریف، نص ماده ۹۹۷ ق. م محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، طبق نص این ماده مکاتیب از مصادیق اسناد عرفی است که در حالی که طبق رویه های عملی ادارات در مکاتیب ادارات دولتی شرایط اسناد رسمی متحقق می‌گردد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۲- تعریف تلگرام گذشت. به نظر می‌رسد نص این ماده امروز موضوعیت خویش را از دست داده است، زیرا با ایجاد فن آوری های پیشرفته مانند انترنت، ایمیل، موبایل و نظیر اینها امروزه مردم از تلگرام استفاده نمی‌کنند. بنابراین، نص ماده ۹۷۷ ق. م به دلیل عدم داشتن موضوعیت ایجاب تعدیل را می‌نماید.

۳- مینوت سایر اوراق امضاء شده حیثیت اسناد عرفی را دارد. این قاعده محل ایراد است. زیرا، طبق رویه های عملی ادارات در مکاتیب ادارات دولتی شرایط اسناد رسمی متحقق می‌گردد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده احصای برخی مصادیق اسناد عرفی بوده است.

#### ماده ۲۹۴: شهادت دو شاهد در وثایق

«درج شهادت دو نفر شاهد معرفت که اهلیت ادای شهادت داشته باشند در تمام وثایق محاکم حتمی است. اشخاص معروف عندالمحکمه از این حکم مستثنی است.».

از نص این ماده یک قاعده استنباط می‌گردد. درج شهادت دو نفر شاهد معرفت که اهلیت ادای شهادت داشته باشند در تمام وثایق محاکم حتمی است. شهادت از ریشه شهد گرفته شده است که در لغت به معنی، اطلاع، اعلام و دانستن نیز به کار رفته است.<sup>۳۳۱</sup> تعریف شاهد گذشت. وثیقه مؤنث وثیق است که در لغت به عهدنامه، گروهی، تأمین، سند و مدرک است که جمع آن وثایق است.<sup>۳۳۲</sup> به حیث مثال، اگر محکمه نکاح خط، قباله و سایر وثایق را ترتیب نماید، شرط است که دو تن شاهد که دارای اهلیت باشند شهادت بدهند.

۳۳۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۸۶۲۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۹۲؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعوی مدنی، کابل: انتشارات ستاره محکمه، ص ۵۶.

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده بخواهند نکاح خط بگیرند باید برای اثبات این که زن و شوهر اند دو تن شاهد را در محکمه حاضر نمایند، اگر جمشید به محمود خانۀ خویش را به به فروش رساند، برای نقل و انتقال آن لازم است تا دو تن شاهد با اهلیت در محکمه حاضر نمایند. تعریف شرایط شهود در میحث شهادت خواهد آمد. عبارت «اشخاص معروف عندالمحکمه از این حکم مستثنی است» در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد و قابل توصیه است حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و پیش بینی یکی از شرایط ترتیب وثایق است.

#### ماده ۲۹۵: ترتیب وثیقه توسط یکی از شرکا

«در صورت تعدد وارث و شریک هرگاه بعضی از آنها وثیقه را ترتیب نموده باشند این وثیقه صرف در قسمت ترتیب کننده گان مدار اعتبار بوده شامل متباقی وارثین و شرکا شده نمی تواند.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورت تعدد وارث و شریک هرگاه بعضی از آنها وثیقه را ترتیب نموده باشند این وثیقه صرف در قسمت ترتیب کننده گان مدار اعتبار بوده شامل متباقی وارثین و شرکا شده نمی تواند.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و صد جریب زمین از خود به جا گذارد و احمد زوجه به نام حمیده، دختر به نام مرضیه و دو پسر به نام حمید و محمود داشته باشد، بعد از وفات احمد صد جریب زمین میان حمیده، مرضیه، حمیده و محمود مشترک است. در صورتی که حمیده بخواهد این زمین ها را به جمشید به فروش رساند و ملکیت آن را توسط قبالة قانونی منتقل نماید، محکمه ذیصلاح نباید ملکیت این زمین ها را به جمشید انتقال دهد زیرا سندی را که حمیده در محکمه ترتیب می دهد صرف در خصوص حمیده مدار اعتبار است و در خصوص سایر ورثه مدار اعتبار نیست. در این صورت، اول باید جر ارث صورت گیرد و سپس همه ورثه زمین را مشترکاً و به رضایت و توافق هم به جمشید به فروش رسانند. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم و یکی از شرایط ترتیب سند است.

#### ماده ۲۹۶: ترتیب وثایق برای قاضی و کارکنان محکمه

«(۱) قاضی نمی تواند در محکمه ای که اجرای وظیفه می نماید برای خود، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، اولاد، برادر، خواهر، زوجین و به کارکنان محکمه مربوط وثیقه ترتیب بدهد.  
(۲) پذیرش اشخاص مندرج فقره (۱) این ماده به حیث شهود، اهل خبره یا مترجم از طرف قاضی محکمه مربوط جواز ندارد.».

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) قاضی نمی تواند در محکمه ای که اجرای وظیفه می نماید برای خود، پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، اولاد، برادر، خواهر، زوجین و به کارکنان محکمه مربوط وثیقه ترتیب بدهد. به حیث مثال، اگر احمد به عنوان قاضی در محکمه وثایق زون سوم ایفای وظیفه نماید، نمی تواند برای پدر، پدر کلان،



باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۳۵

مادر، مادر کلان، اولاد، برادر، خواهر خویش و به کارکنان محکمه وثایق حوزه سوم شهر کابل وثیقه زوجیت خط، نکاح خط، قبالة قانونی، وصیت خط و نظیر اینها ترتیب نماید.

۲) عبارت زوجین در نص این ماده محل ایراد است. به نظر می‌هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده این است که قاضی نمی‌تواند برای زوج یا زوجه خویش وثیقه ترتیب نماید. به حیث مثال، اگر حمیده در محکمه وثایق حوزه سوم شهر کابل قاضی باشد و شوهرش یک دربند حویلی در ناحیه ای که شامل صلاحیت حوزه ای محکمه وثایق حوزه ای سوم می‌شود خریداری نماید، حمیده نمی‌تواند وثیقه شوهر خویش را ترتیب نماید. همچنین، است اگر احمد قاضی باشد و حمیده یک دربند حویلی خریداری نماید. دلیل این قاعده جلوگیری از تعارض منافع است.

۳) پذیرش اشخاص مندرج فقره (۱) این ماده به حیث شهود، اهل خبره یا مترجم از طرف قاضی محکمه مربوط جواز ندارد. نص این ماده ارجاعی و مرتبط به فقره اول ماده ۲۹۶ ق. م است. نص این ماده مبهم به نظر می‌رسد. زیرا، روشن نیست که پذیرش اشخاصی که در ماده ۲۹۶ فقره ۱ ق. ا. م. م پیش بینی شده اند در مورد همدیگر ایشان جواز ندارد یا در خصوص قاضی. اگر فقره های اول و دوم ماده ۲۹۶ ق. ا. م. م را کنار هم بگذاریم و تفسیر ساختاری- منطقی نماییم به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م این است که پذیرش این اشخاص به عنوان شهود، اهل خبره و مترجم به نفع قاضی یا کارکنانی که در محکمه کار می‌نمایند، جواز ندارد.

به حیث مثال، اگر احمد به عنوان قاضی در محکمه وثایق زون سوم کابل ایفای وظیفه نماید، نمی‌تواند از پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، اولاد، برادر و خواهر خویش و کارکنان محکمه وثایق حوزه سوم شهر به عنوان شهود، اهل خبره و مترجم استفاده نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم ترتیب وثایق برای قاضی و کارکنان محکمه و جلوگیری از تعارض منافع است.

#### ماده ۲۹۷: ترتیب وثایق قضات و کارمندان محکمه در محکمه همجوار

(«وثایق اشخاص مندرج ماده (۲۹۶) این قانون در محکمه همجوار ترتیب می‌گردد.»).

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی است. تعریف وثایق در بالا گذشت. همجوار در لغت به معنی همسایه است.<sup>۳۳۳</sup> به حیث مثال، اگر احمد به عنوان قاضی در محکمه وثایق زون سوم کابل ایفای وظیفه نماید، نمی‌تواند برای پدر، پدر کلان، مادر، مادر کلان، اولاد، برادر، خواهر و به کارکنان محکمه وثایق حوزه سوم شهر کابل وثیقه زوجیت خط، نکاح خط، قبالة قانونی، وصیت خط و نظیر اینها ترتیب نماید. در این صورت، وثایق این اشخاص باید در محکمه وثایق زون دوم یا چهارم شهر کابل ترتیب گردد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۲۹۶ ق. ا. م. م است.

#### ماده ۲۹۸: واریسی عرایض مربوط به مشبوهیت و جعل اسناد رسمی

(«واریسی از عرایض مبنی بر مشبوهیت و جعل اسناد رسمی مربوط محکمه ابتدائیه ذیصلاح می‌باشد.»).

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده واریسی از عرایض مبنی بر مشبوهیت و جعل اسناد رسمی مربوط محکمه ابتدائیه ذیصلاح می باشد. واریسی در لغت به معنی بررسی است. عرایض جمع عریضه است. تعریف عریضه و جعل گذشت. مشبوهیت از ریشه « شبهه » گرفته شده است که در لغت به معنی مشکوکیت است و مشبوه اسم مفعول شبهه به معنی مشکوک و مورد تردید است.<sup>۳۳۴</sup> به نظر می رسد مشبوهیت اسناد در اصلاح حقوق مدنی عبارت از مورد شک و شبهه بودن صحت آن است. به نظر می رسد فرقی که میان جعل، تزویر و مشبوهیت سند وجود دارد این است که در جعل ساختن سند مطرح است، در تزویر تغییر و تحریف محتویات آن و در مشبوهیت وجود شک در مورد صحت محتویات آن.

به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غضب و برای آن اسناد رسمی جعلی بسازد و محمود بخواهد علیه محمود اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به دعوی مشبوهیت و جعل سند رسمی توسط محمود، محکمه ابتدائیه مدنی محل اقامت محمود است. به حیث مثال، اگر محمود در ولسوالی شکرده زندگی نماید، احمد مکلف است عریضه را به محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده تقدیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم محکمه ذیصلاح در رسیدگی به دعوی مشبوهیت و جعل اسناد است.

متحد المال شماره ۵۷۲ الی ۶۴۲ مورخ ۱۳۹۰/۳/۸ ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه مقام محترم شورای عالی به مقصد تسریع و رسیدگی به موقع دعاوی تزویر در محاکم قرار مصوبه ۴۲۵ مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۷ هدایت ذیل را صادر نمود:

«ماده ۲۹۸ قانون اصول محاکمات مدنی حسب فرمان ۱۳۵ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۲۷ مقام محترم ریاست جمهوری که در شماره ۹۴۲ مورخ ۱۳۸۷/۱/۲۵ جریده رسمی نشر گردیده به متن ذیل تعدیل گردیده است.

واریسی از عرایض مبنی بر مشبوهیت یا تزویر اسناد رسمی، مربوط به محکمه ابتدائیه می باشد که اصل دعوی را رسیدگی می نماید. محکمه ادعای تزویر را همزمان و توأم با اصل دعوی ضمن یک فیصله منفصل می سازد. ولی طوری که مشاهده می شود بعضی محاکم دعاوی تزویر را طور علیحده تحت رسیدگی قرار می دهند. بنابراین، اکیداً هدایت داده می شود تا محاکم صراحت قانون را جداً مد نظر داشته باشند. هدایت شورای عالی به محاکم طور متحد المال اخبار گردد.<sup>۳۳۵</sup>

#### ماده ۲۹۹: ارجاع دعوی جعل و تزویر اسناد به محکمه ولسوالی و شهری

«هرگاه عرایض راجع به مشبوهیت جعل یا تزویر اسناد به مراجع دیگری تقدیم گردد به محکمه علاقهداری، ناحیوی، شهری یا ولسوالی مربوط رجعت داده می شود.»

۳۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۴۳.

۳۳۵. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۳۶۴.

چنانچه تفصیل آن گذشت، در حال حاضر صرف محاکم شهری و ولسوالی وجود دارد و محاکم علاققداری و ناحیوی وجود ندارد. طبق نص این ماده هرگاه عرایض راجع به مشبوهیت جعل یا تزویر اسناد به مراجع دیگری تقدیم گردد به محکمه شهری یا ولسوالی مربوط رجعت داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب و برای آن اسناد رسمی جعلی بسازد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به دعوی مشبوهیت و جعل سند رسمی توسط محمود، محکمه ابتدائیه مدنی محل اقامت محمود است. به حیث مثال، اگر محمود در ولسوالی شکرده زندگی نماید، احمد مکلف است عریضه را به محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده تقدیم نماید. اما، در صورتی که قضیه در محکمه جزایی به دلیل این که جعل اسناد جرم است، اقامه گردد، محکمه جزایی مکلف است قضیه جعل، مشبوهیت و تزویر سند را که تعریف هر یک در بالا گذشت به محکمه ابتدائیه مدنی ارجاع دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت محکمه در خصوص رسیدگی به جعل، مشبوهیت و تزویر اسناد است.

**ماده ۳۰۰: تعلیق فیصله توسط محکمه جزایی الی اثبات و عدم اثبات جعل و تزویر اسناد در محکمه**

**مدنی**

«هرگاه ادعا در باره اسناد مبنی بر مشبوهیت و جعل ایجاب اثبات را نماید تعقیب جزایی موضوع الی دوران نهایی حق العبدی معطل می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه ادعا در باره اسناد مبنی بر مشبوهیت و جعل ایجاب اثبات را نماید تعقیب جزایی موضوع الی دوران نهایی حق العبدی معطل می گردد. به عبارت دیگر: در مواردی که يك عمل هم واجد جنبه مدنی و هم جزایی باشد، رسیدگی به دوسیه جزایی متوقف می شود و محکمه جزایی الی تعیین تکلیف دوسیه مدنی قرار توقف دعوی جزایی را الی حل و فصل دعوی مدنی را صادر نماید.

به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب و برای آن اسناد رسمی جعلی بسازد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به دعوی مشبوهیت و جعل سند رسمی توسط محمود، محکمه ابتدائیه مدنی محل اقامت محمود است. به حیث مثال، اگر محمود در ولسوالی شکرده زندگی نماید، احمد مکلف است عریضه را به محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده تقدیم نماید. اما، در صورتی که قضیه در محکمه جزایی به دلیل این که جعل اسناد جرم است، اقامه گردد، محکمه جزایی مکلف است قضیه جعل، مشبوهیت و تزویر سند را که تعریف هر یک در بالا گذشت به محکمه ابتدائیه مدنی ارجاع دهد.

در این صورت، الی اثبات و عدم اثبات جعلی و عدم جعلی بودن سند، دعوی جزایی در محکمه جزایی باید در حالت تعلیق قرار گیرد تا زمانی که جعلی و عدم جعلی بودن سند در محکمه مدنی ثابت شود و سپس محکمه جزایی براساس اثبات و عدم اثبات جعلی بودن سند در محکمه مدنی حکم خویش را صادر نماید. تعقیب جزایی در نص این ماده در مفهوم دعوی جزایی و تعقیب حق العبدی دعوی مدنی

است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم تعلیق دعوی جزایی الی حل و فصل جنبه های مدنی جعل و تزویر اسناد است.

### ماده ۳۰۱: عدم وارد بودن ادعای جعل و مشبوهیت و قرار صدور عدم دوران دعوی

«هرگاه محکمه بعد از ارزیابی دلایل، ادعای مشبوهیت و جعل را وارد نداند قرار عدم دوران دعوی را صادر می‌کند. علیه این قرار استیناف خواهی صورت گرفته می‌تواند.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

(۱) هرگاه محکمه بعد از ارزیابی دلایل، ادعای مشبوهیت و جعل را وارد داند قرار عدم دوران دعوی را صادر می‌کند. تعریف قرار در فصل اول این کتاب گذشت. تعریف مشبوهیت و جعل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که زمینی که تحت حيازت محمود است از آن من است در حالی که محمود قباله قانونی زمین را در دسترس داشته باشد و سند عاری از مشبوهیت و جعل باشد، محکمه مکلف است قرار عدم دوران دعوی را صادر نماید.

(۲) علیه قرار مذکور در بالا استیناف خواهی صورت گرفته می‌تواند. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که زمینی که تحت حيازت محمود است از آن من است در حالی که محمود قباله قانونی زمین را در دسترس داشته باشد و سند عاری از مشبوهیت و جعل باشد، محکمه مکلف است قرار عدم دوران دعوی را صادر نماید. محمود می‌تواند علیه قرار صادره محکمه مدنی در محکمه استیناف، استیناف خواهی نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

### ماده ۳۰۲: وارد بودن ادعای جعل و مشبوهیت و قرار صدور دوران دعوی

«هرگاه محکمه بعد از ارزیابی دلایل ادعای مشبوهیت و جعل را وارد بداند قرار دوران دعوی مشبوهیت و جعل را صادر و به مدعی تفهیم می‌نماید تا صورت دعوی خود را ارائه بدارد.»

طبق نص این ماده هرگاه محکمه بعد از ارزیابی دلایل ادعای مشبوهیت و جعل را وارد بداند قرار دوران دعوی مشبوهیت و جعل را صادر و به مدعی تفهیم می‌نماید تا صورت دعوی خود را ارائه بدارد. تعریف جعل، مشبوعیت، مدعی و صورت دعوی گذشت. تفهیم در لغت به معنی فهماندن است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که زمینی که تحت حيازت محمود است از آن من است و سندی که محمود در دسترس دارد جعلی است و محکمه این ادعا را وارد بداند، مکلف است قرار دوران دعوی را صادر و به احمد بگوید تا صورت دعوی خویش را مطابق قواعدی که تفصیل آن گذشت به محکمه تقدیم نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

### ماده ۳۰۳: مشبوه بودن سند و مطالبه مثنای سند توسط محکمه

«(۱) هرگاه ظواهر امر، سند ارائه شده یکی از طرفین دعوی را در نظر محکمه مشبوه جلوه دهد محکمه می‌تواند مثنای آن را از مرجع ترتیب دهنده رسماً مطالبه نماید. (۲) حکم مندرج فقره (۱) این ماده در صورت اشتباه در تصدیق ارائه شده نیز تطبیق می‌گردد.»

از نصوص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

(۱) هرگاه ظاهر امر، سند ارائه شده یکی از طرفین دعوی را در نظر محکمه مشبوه جلوه دهد محکمه می تواند مثنای آن را از مرجع ترتیب دهنده رسماً مطالبه نماید. ظاهر جمع ظاهر است. ظاهر در لغت به معنی پیدا و آشکارا و روی بیرون هر چیز است. مثنا در لغت به معنی مکرر و دوباره است.<sup>۳۳۶</sup> در مفهوم مصطلح، مثنا در مفهوم کاپی استعمال می شود. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که زمینی که تحت حیات محمود است از آن من است و برای اثبات آن بل برق و قبالة قانونی را ارایه نماید، اما ظاهر سند نشان بدهد که سند مشبوه است، محکمه می تواند مثنای سند را از ریاست برشنا یا محکمه و ثایق مطالبه نماید. همچنین، اگر یک عراده موتر میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد برای اثبات ملکیت خویش بر موتر سند ارایه نماید اما سند در نظر محکمه مشکوک به نظر برسد، محکمه می تواند رسماً از موتر فروشی مثنای سند خرید و فروش موتر را مطالبه نماید.

(۲) حکم مندرج فقره ۲ ماده ۳۰۳ ق. ا. م. م که می گوید: «حکم مندرج فقره (۱) این ماده در صورت اشتباه در تصدیق ارائه شده نیز تطبیق می گردد.» مبهم و محل ایراد به نظر می رسد زیرا تصدیق سند مثنا ندارد. به حیث مثال، اگر احمد برای اثبات سن خویش در محکمه تذکره ارایه نماید و محکمه از احمد بخواهد تا تذکره خویش را تصدیق نماید و احمد در ریاست ثبت احوال نفوس تذکره خویش را تصدیق نماید، اما این تصدیق در نظر محکمه مشکوک به نظر برسد محکمه نمی تواند مثنای تصدیق تذکره را از ریاست ثبت احوال نفوس رسماً مطالبه نماید. زیرا، تصدیق تذکره مثنی ندارد. قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد. به نظر می رسد قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۳۰۴: اضافات میان سطرها و حواشی سند رسمی

«(۱) برآمدگی ها و یا عباراتی که بین السطور یا در حاشیه يك سند رسمی تحریر گردیده اعتبار ندارد؛ (۲) در صورتی که اضافات مندرج فقره (۱) این ماده به تصدیق و امضای مقرر و مقرله و شهود سند رسیده از طرف ترتیب کننده مهر و امضاء شده باشد مدار اعتبار است.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) برآمدگی ها و یا عباراتی که بین السطور یا در حاشیه يك سند رسمی تحریر گردیده اعتبار ندارد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود شرکت مضاربه ایجاد نماید و در ابتداء مقدار سرمایه را ده لک افغانی تعیین نماید و سپس احمد و محمود در بین سطرها یا در حاشیه سند رسمی نوشته نمایند که مقدار سرمایه یازده لک افغانی است، نوشته های میان سطرها و حواشی مدار اعتبار نیست.

(۲) در صورتی که اضافات مندرج فقره (۱) این ماده به تصدیق و امضای مقرر و مقرله و شهود سند رسیده از طرف ترتیب کننده مهر و امضاء شده باشد مدار اعتبار است. اضافات جمع اضافه است. اضافه در لغت به معنی زیادت است. مقرر شخصی است که اقرار می نماید. مقرله شخصی است که به نفع او اقرار صورت می گیرد. شهود جمع شاهد است که تعریف آن در مبحث شهادت خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد با محمود شرکت مضاربه ایجاد نماید و در ابتداء مقدار سرمایه را ده لک افغانی تعیین نماید و سپس احمد و محمود در بین سطرها یا در حاشیه سند رسمی نوشته نمایند که مقدار مقدار سرمایه یازده لک افغانی است، نوشته های میان سطرها و حواشی در صورتی مدار اعتبار است که به امضای احمد و محمود که در محکمه اقرار می نمایند و شاهدان سند برسند. هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی حکم اضافاتی است که در سند رسمی صورت می گیرد.

#### ماده ۳۰۵: نوشتن عبارات توسط داین در روی و پشت سند

«عباراتی که از طرف دائن در روی و ظهر يك سند داشته مدیون دایر به رسیدن کل دین و یا قسمتی از آن تحریر گردیده در صورتی مدار اعتبار است که دائن به صحت آن معترف بوده و یا به خط و کتابت وی تحریر و امضاء شده باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده عباراتی که از طرف دائن در روی و ظهر يك سند داشته مدیون دایر به رسیدن کل دین و یا قسمتی از آن تحریر گردیده در صورتی مدار اعتبار است که دائن به صحت آن معترف بوده و یا به خط و کتابت وی تحریر و امضاء شده باشد. داین اسم فاعل از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی طلبکار و متعهد له است. در مفهوم محدود داین شخصی است که بر مدیون دین دارد. دین در این مفهوم مترادف با قرض است. ظهر در لغت به معنی پشت است.<sup>۳۳۷</sup> مدیون اسم مفعول از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی قرض دار، دین دار و مقروض است. در اصطلاح حقوقی مدیون بر کسی می گویند که قرضی برای مدتی معین یا نا معین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.<sup>۳۳۸</sup> دین در لغت به معنی قرض است. معترف در لغت به معنی اعتراف کننده است.

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون حمیده باشد و احمد دین حمیده را پردازد و حمیده در روی سند یا در پشت سند نوشته نماید که من بیست لک افغانی یا ده لک از بیست لک افغانی دین خویش را از احمد دریافت نمودم، این سند در صورتی مدار اعتبار است که به نوشته حمیده باشد و حمیده اعتراف نماید که این سند را من نوشته ام. هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی حکم نوشتن عبارت در پشت و روی سند توسط داین است.

#### ماده ۳۰۶: مطالبه سند توسط محکمه از مراجع رسمی در صورت عجز شهروند

«طرفی که اصل سند او نزد مقامات رسمی قید بوده و باوجود ضرورت ارائه سند به محکمه به دلایل موجه از ارائه آن عاجز باشد می تواند توسط محکمه اصل سند را مطالبه نماید. مصارف ناشی از این امر به دوش صاحب سند است.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) طرفی که اصل سند او نزد مقامات رسمی قید بوده و باوجود ضرورت ارائه سند به محکمه به دلایل موجه از ارائه آن عاجز باشد می تواند توسط محکمه اصل سند را مطالبه نماید. عاجز اسم فاعل از ریشه

337. Ibid, (Last visit: 17/1/2016).

۳۳۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۷۴.

«عجز» گرفته شده است که در لغت به معنی ناتوان، ضعیف و بیچاره است.<sup>۳۳۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که خانه که تحت حیات محمد است از آن احمد است و احمد هیچ سندی جز بل برق در دسترس نداشته باشد اما اصل بل برق را نیز گم کرده باشد و در زون مربوطه ریاست برشنا از بهر دریافت کاپی بل برق مراجعه نماید، اما زون مربوطه ریاست برشنا کاپی بل برق را به احمد ندهد، احمد می تواند از محکمه مطالبه نماید تا محکمه از ریاست برشنا رسماً تقاضا نماید تا یک اصل از بل برق را به احمد بدهد. رفتن احمد به ریاست برشنا و ندادن بل برق به احمد، دلیل بر عجز احمد در این مثال است.

همچنین، اگر احمد برای دریافت ویزه به سفارت هندوستان درخواست نماید و پاسپورت و تذکره خویش را به سفارت بدهد و سپس برای گرفتن نکاح خط به محکمه برود و محکمه از احمد مطالبه تذکره نماید و احمد به سفارت برود و سفارت از دادن تذکره احمد به دلیل این که برای ویزه وجود تذکره شرط است از دادن تذکره به احمد خودداری نماید، احمد می تواند از محکمه مطالبه نماید تا محکمه از سفارت هندوستان رسماً تقاضا نماید تا تذکره احمد را در دسترس محکمه قرار دهد.

۲) مصارف مطالبه سند به دوش صاحب سند است. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر دریافت بل برق و تذکره ایجاب مصرف را نماید، احمد مکلف است این مصارف را متحمل شود. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و مورد حمایت قرار دادن یکی از طرفین دعوی و متقاضی است.

#### ماده ۳۰۷: ترتیب اسناد در خارج از کشور

«اسنادی که در خارج کشور ترتیب گردیده در حالی مدار اعتبار قرار گرفته می تواند که سند مذکور از طرف یکی از نمایندگی های سیاسی جمهوری افغانستان ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت امور خارجه نیز از صحت آن رسماً اطمینان داده باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اسنادی که در خارج کشور ترتیب گردیده در حالی مدار اعتبار قرار گرفته می تواند که سند مذکور از طرف یکی از نمایندگی های سیاسی جمهوری افغانستان ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت امور خارجه نیز از صحت آن رسماً اطمینان داده باشد. به حیث مثال، اگر احمد از والدین افغانی در خارج متولد شوند و والدین احمد برای احمد از سفارت افغانستان در خارج پاسپورت بگیرند، این پاسپورت در صورتی مدار اعتبار است که پاسپورت توسط سفارت افغانستان در خارج ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد.

همچنین، اگر احمد در فرانسه سفر نماید و در آنجا پاسپورت خویش را گم نماید و از سفارت افغانستان مقیم فرانسه پاسپورت جدید بگیرد، این پاسپورت در صورتی مدار اعتبار است که پاسپورت توسط سفارت افغانستان در خارج ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد. همچنین، اگر احمد با حمیده در کانادا ازدواج نمایند و نکاح خط خویش را در آنجا ترتیب دهند

و سپس بخواهند متزوج بودن خویش را در محکمه ذیصلاح افغانستان ثابت نمایند، نکاح خط آنها در صورتی مدار اعتبار است که توسط سفارت افغانستان تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد. هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت اسنادی است که در خارج ترتیب شده اند.

متحد المال شماره ۱۲۱۵ الی ۱۲۷۴ مؤرخ ۱۸ / ۳ / ۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

قبلاً استهدائیه ریاست مخزن کابل راجع به اجرای مثنی قباله شرعی (۳۱۲۷/۱۲۸۸) مؤرخ ۲۳ / ۳ / ۱۳۲۷ براساس حصر وراثت (۱۵۵۳) مؤرخ ۲۴ / ۵ / ۱۳۸۴ مرتبه سفارت افغانستان در کویته جهت ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات محول و اداره متذکره نظر شان را در زمینه چنین ابرازداشته است: حسب ماده ۳۰۷ قانون اصول محاکمات مدنی که در آن تذکر داده شده است:

اسنادی که در خارج از کشور ترتیب گردیده در حالی مورد اعتبار قرار گرفته می تواند که سند مذکور از طرف یکی از نمایندگی های سیاسی جمهوری اسلامی افغانستان ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت محترم امور خارجه از صحت آن اطمینان داده باشد. همچنین، نظر به هدایت ماده (۱۰) تعلیمات نامه تحریر و ثایق که چنین مشعر است:

اسناد و وثایقی که از خارج ذریعه سفارت خانه ها و قونسلگری های افغان ترتیب یافته باشد و شرایط شرعی را دارا باشد در محاکم عدلی مدار حکم و قابل اعتبار است: بناً نظر تدقیقی بر این است که با استناد موادی که قبلاً تذکر داده شد اجرای مثنی قباله متذکره در صورتیکه وثیقه حصر وراثت از مجرای قانونی طی مراحل نموده باشد مانع قانونی و جدی ندارد و ریاست مخزن در اجرای آن اقدام نماید.

مراتب استهدا و نظر تدقیقی ارائه شده بالتفصیل به مقام محترم شورای عالی پیشنهاد و مستند به هدایت مندرج یادداشت شماره (۶۷۷) مؤرخ ۲۵ / ۸ / ۱۳۸۵ مقام محترم که نظر فوق الذکر تدقیقی را تأیید فرموده اند می نگاریم که: اسناد مرتبه نمایندگی های سیاسی جمهوری اسلامی افغانستان در خارج اعم از قونسلگری ها و سفارت خانه ها مطابق ماده ۳۰۷ قانون اصول محاکمات مدنی و ماده ۱۰ تعلیماتنامه تحریر و ثایق با رعایت صلاحیت های مفوضه قانونی مدار اعتبار می باشد. <sup>۳۴۰</sup>

### ماده ۳۰۸: ترتیب سند به لسان خارجی

«در صورت استناد به سندی که به لسان خارجی ترتیب گردیده است استناد کننده مکلف است اصل سند را همزمان با ترجمه مصدقه آن به محکمه ارائه نماید. هرگاه ترجمه سند ارائه شده مورد قبول جانب مقابل و یا محکمه واقع نشود به ترجمه مجدد آن از جانب محکمه به مصرف ارائه کننده سند اقدام می گردد. در صورت مطابقت ترجمه دوم با ترجمه اول حق مراجعه متضرر به جانب مقابل اخلاص نمی شود.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:



۱) در صورت استناد به سندی که به لسان خارجی ترتیب گردیده است استناد کننده مکلف است اصل سند را همزمان با ترجمه مصدقه آن به محکمه ارائه نماید. مصدقه اسم مؤنث مصدق است که در لغت به معنی تأیید کننده، باور کننده و تصدیق کننده است. استناد در لغت به معنی تکیه کردن و اتکا است.<sup>۳۴۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده در کانادا ازدواج نمایند و نکاح خط خویش را در آنجا ترتیب دهند و سپس بخواهند متزوج بودن خویش را در محکمه ذیصلاح افغانستان ثابت نمایند، نکاح خط آنها در صورتی مدار اعتبار است که توسط سفارت افغانستان تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد. اگر این نکاح خط به لسان انگلیسی نوشته شده باشد و احمد و حمیده به آن استناد نمایند، مکلف اند ترجمه آن را به محکمه با اصل سند تقدیم نمایند.

۲) هرگاه ترجمه سند ارائه شده مورد قبول جانب مقابل و یا محکمه واقع نشود به ترجمه مجدد آن از جانب محکمه به مصرف ارائه کننده سند اقدام می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده ترجمه سند را قبول ننماید یا ترجمه سند مورد قبول محکمه قرار نگیرد، محکمه می تواند آن را به یکی از دارالترجمه ها به منظور ترجمه بفرستد و احمد را مکلف به پرداخت اجرت و مصارف آن نماید.

۳) در صورت مطابقت ترجمه دوم با ترجمه اول حق مراجعه متضرر به جانب مقابل اخلاص نمی شود. اخلاص در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.<sup>۳۴۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده در کانادا ازدواج نمایند و سپس احمد مهر حمیده را ندهد و حمیده علیه احمد اقامه دعوی پرداخت مهر نماید و نکاح خط خویش را که در کانادا به لسان انگلیسی یا فرانسوی ترتیب شده است به محکمه با ترجمه آن ارایه نماید، اما ترجمه سند مورد تأیید احمد و محکمه نباشد و محکمه آن را به مصارف حمیده به دارالترجمه بفرستد و ترجمه دوم با ترجمه اول مطابقت داشته باشد، حق احمد محفوظ است. نص فقره دوم ماده ۳۰۸ ق.ا.م.م مبهم به نظر می رسد و مفهوم درست را نمی رساند. قابل توصیه است نص این ماده توسط قانونگذار اصلاح گردد. هدف قانونگذار ا.م.م در نص این ماده پیش بینی جواز استناد به سندی که در خارج ترتیب شده و ترجمه آن است.

#### ماده ۳۰۹: ادعای مشبوهیت و جعل سند در جریان محاکمه

«هرگاه دعاوی مشبوهیت و جعل سند ارائه شده در اثنای جلسه محکمه به عمل آید چگونگی آن در فورمه خاص دعوی رسانیده شده امضاء و شصت ادعا کننده در ذیل آن گرفته می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه دعاوی مشبوهیت و جعل سند ارائه شده در اثنای جلسه محکمه به عمل آید چگونگی آن در فورمه خاص دعوی رسانیده شده امضاء و شصت ادعا کننده در ذیل آن گرفته می شود. تعریف مشبوهیت و جعل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود دین احمد را نپردازد و احمد علیه محمود اقامه دعوی پرداخت دین نماید و محمود سند ارایه نماید که دین احمد را پرداخته است، احمد می تواند در جریان جلسه قضایی محکمه به مشبوهیت و جعل سند استناد نمایند. در این صورت، محکمه مکلف است

341. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

342. Ibid, (last visit: 24/2/2028).

چگونگی ادعای احمد را در فورمه خاص دعوی رسانیده، امضاء و شصت احمد را در ذیل آن بگیرد. هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۳۱۰: موثر و عدم موثر بودن ادعای مشبوهیت و جعل اسناد

«(۱) هرگاه سند مورد ادعای مشبوهیت و یا جعل در ماهیت دعوی موثر نباشد، نزد محکمه مدار اعتبار نبوده مدارك و اسناد دیگری مدعی را استماع می نماید؛ و (۲) هرگاه سند ارائه شده ای مورد ادعای مشبوهیت و جعل در ماهیت دعوی موثر باشد محکمه قرار مبنی بر رسیدگی دعوی مشبوهیت یا جعل را صادر و اصل دعوی دایر شده را الی طی مراحل نهایی متوقف می سازد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) هرگاه سند مورد ادعای مشبوهیت و یا جعل در ماهیت دعوی موثر نباشد، نزد محکمه مدار اعتبار نبوده مدارك و اسناد دیگری مدعی را استماع می نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که این خانه از آن من است و قباله قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما احمد ادعا نماید که این سند مشبوه و جعلی است اما در محکمه ثابت شود که ادعای احمد وارد نیست و سند جعلی نیست، ادعای احمد در ماهیت دعوی موثر نیست و محکمه می تواند در صورت لزوم سایر مدارك محمود را بررسی نماید.

(۲) هرگاه سند ارائه شده ای مورد ادعای مشبوهیت و جعل در ماهیت دعوی موثر باشد محکمه قرار مبنی بر رسیدگی دعوی مشبوهیت یا جعل را صادر و اصل دعوی دایر شده را الی طی مراحل نهایی متوقف می سازد. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که این خانه از آن من است و قباله قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما احمد ادعا نماید که این سند مشبوه و جعلی است و این ادعای احمد در ماهیت دعوی موثر باشد، محکمه مدنی مکلف است قرار رسیدگی به دعوی مشبوهیت و جعل را صادر نماید و اصل دعوی مالکیت را الی اثبات و عدم اثبات ادعای جعل و مشبوهیت به تعویق بی اندازد. هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم موثر و عدم موثر بودن ادعای جعل و مشبوهیت اسناد و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۳۱۱: تعقیب ادعای مشبوهیت و جعل در مدت یک ماه

«(مدعی مشبوهیت و جعل مکلف است که ادعای خود را در ظرف يك ماه در محکمه ذیصلاح تعقیب نماید.)»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده مدعی مشبوهیت و جعل مکلف است که ادعای خود را در ظرف یکماه در محکمه ذیصلاح تعقیب نماید. تعریف مدعی، مشبوهیت و جعل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که این خانه از آن من است و قباله قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما

احمد ادعا نماید که این سند مشبوه و جعلی است، احمد مکلف است در مدت یک ماه دعوی خویش را در محکمه تعقیب نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف مدعی است.

#### ماده ۳۱۲: عدم حضور مدعی مشبوهیت و جعل در محکمه در مدت یک ماه

«هرگاه مدعی مشبوهیت و جعل به دعوی خود بدون عذر موجه در میعاد مندرج ماده (۳۱۱) این قانون حاضر نگردد محکمه برای حضور مدعی تاریخ دیگری تعیین و ابلاغ می نماید. در صورتی که مدعی بازهم در مدت معینه دعوی مشبوهیت و جعل را تعقیب نکند برای ادعای وی مبنی بر مشبوهیت و جعل میعاد دیگری تعیین نگردیده محکمه طرفین را جلب و به اصل دعوی دایر شده رسیدگی می نماید.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) هرگاه مدعی مشبوهیت و جعل به دعوی خود بدون عذر موجه در میعاد مندرج ماده (۳۱۱) این قانون حاضر نگردد محکمه برای حضور مدعی تاریخ دیگری تعیین و ابلاغ می نماید. تعریف مدعی، ابلاغ، موجه، مشبوهیت و جعل گذشت. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعداز است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.<sup>۳۴۳</sup> نص ماده ۳۱۲ ق. م. م مجمل است و قانونگذار ا. م. م در نص این ماده و نه در سایر مواد ق. ا. م. م مصادق عذر موجه را پیش بینی نکرده است که محل ایراد به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که این خانه از آن من است و قباله قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما احمد ادعا نماید که این سند مشبوه و جعلی است، احمد مکلف است در مدت یک ماه دعوی خویش را در محکمه تعقیب نماید. در صورتی که احمد ادعای خویش را در مدت یک ماه بدون عذر مانند مریضی، وفات یکی از اقارب نزدیک و نظیر اینها در تعقیب ننماید و در محکمه حاضر نشود، محکمه مدت دیگر را تعیین و به احمد باید ابلاغ نماید.

۲) در صورتی که مدعی بازهم در مدت معینه دعوی مشبوهیت و جعل را تعقیب نکند برای ادعای وی مبنی بر مشبوهیت و جعل میعاد دیگری تعیین نگردیده محکمه طرفین را جلب و به اصل دعوی دایر شده رسیدگی می نماید. تعریف جلب در فصل جلب و احضار گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد بازهم برای تعقیب دعوی خویش به محکمه حاضر نشود، محکمه احمد و محمود را جلب و اصل دعوی مالکیت را باید مورد رسیدگی قرار دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم تعقیب دعوی مشبوهیت و جعل توسط مدعی و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۳۱۳: گزارش محکمه رسیدگی کننده به دعوی جعل به محکمه اصلی

«هرگاه رسیدگی دعوی جعل از طرف محکمه دیگری غیر از محکمه ذیصلاح دعوی اصلی، صورت بگیرد محکمه رسیدگی کننده جعل مکلف است از نتیجه اجراءات خود به محکمه ای که اصل دعوی را رسیدگی می نماید وقتاً فوقتاً اطلاع دهد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه رسیدگی دعوی جعل از طرف محکمه دیگری غیر از محکمه ذیصلاح دعوی اصلی، صورت بگیرد محکمه رسیدگی کننده جعل مکلف است از نتیجه اجراءات خود به محکمه ای که اصل دعوی را رسیدگی می نماید وقتاً فوقتاً اطلاع دهد. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب و برای آن اسناد رسمی جعلی بسازد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به دعوی مشبوهیت و جعل سند رسمی توسط احمد، محکمه ابتدائیه مدنی محل اقامت احمد است.

به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی شکرده زندگی نماید، محمود مکلف است عریضه را به محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده تقدیم نماید. اما، در صورتی که قضیه در محکمه جزایی به دلیل این که جعل اسناد جرم است، اقامه گردد، محکمه جزایی مکلف است قضیه جعل، مشبوهیت و تزویر سند را که تعریف هر یک در بالا گذشت به محکمه ابتدائیه مدنی ارجاع دهد. در این صورت، الی اثبات و عدم اثبات جعلی و عدم جعلی بودن سند، دعوی جزایی در محکمه جزایی باید در حالت تعلیق قرار گیرد تا زمانی که جعلی و عدم جعلی بودن سند در محکمه مدنی ثابت شود و سپس محکمه جزایی براساس اثبات و عدم اثبات جعلی بودن سند در محکمه مدنی حکم خویش را صادر نماید. در این صورت، محکمه مدنی مکلف است وقتاً فوقتاً به محکمه جزایی از اجراءات خویش گزارش دهد. هدف قانونگذار

۱. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۳۱۴: رعایت نکات ضروری در رسیدگی اسناد مشبوه و جعلی

«رعایت نکات آتی در رسیدگی اسناد مشبوه و جعلی ضروری است:

- ۱- دقت در خط.
- ۲- دقت در امضاء.
- ۳- دقت در مهر.
- ۴- دقت در نشان شصت.
- ۵- گل و تراش و قلم خوردگی بدون تصحیح.
- ۶- برآمده گی بدون مهر و امضاء.
- ۷- فوتوی مشمولین وثیقه.
- ۸- تفاوت در اصل و ثبت وثیقه.»

تعریف وثیقه در بالا گذشت. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

ماده ۱۱۵: وضع لایحه جداگانه برای رسیدگی به دعاوی جعل و مشبوهیت

«طرز رسیدگی ادعای مشبوهیت و جعل علاوه بر احکامی که در این قانون پیش بینی شده توسط لایحه جداگانه ای که تحریر وثایق و اشتباه وثایق در آن توضیح و شورای عالی ستره محکمه آن را تصویب می نماید تنظیم می گردد.».

قانونگذار ا. م. م با توجه به اهمیت دعاوی جعل و مشبوهیت اسناد به احکام مندرج ق. ا. م. م بسنده نکرده بلکه تفصیل احکام را به لایحه تحریر و اشباه وثایق واگذار نموده است. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده اعطای صلاحیت به منظور وضع لایحه جداگانه به ستره محکمه است.

**ماده ۳۱۶: ادعای مرافعه خواهی در قضایای مدنی و حقوق عامه در باره جعل و مشبوهیت، ابراء، صلح و اقرار**

«ادعای مرافعه خواهی در قضایای مدنی و حقوق عامه که نظر به مشبوهیت وثایق، ابراء و صلح یا فیصله های اقرار، ابراء و صلح مطرح می گردد از تاریخ تقدیم ادعای مشبوهیت و جعل مدار اعتبار است نه از تاریخ صدور اصل وثیقه یا فیصله.».

ابراء و صلح در نص این ماده دو بار تکرار شده است که محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده ادعای مرافعه خواهی در قضایای مدنی و حقوق عامه که نظر به مشبوهیت وثایق ابراء و صلح یا فیصله های اقرار، ابراء و صلح مطرح می گردد از تاریخ تقدیم ادعای مشبوهیت و جعل مدار اعتبار است نه از تاریخ صدور اصل وثیقه یا فیصله. تعریف ادعا گذشت. مرافعه در لغت به معنی دعوی پیش قاضی بردن، نزاع کردن، درگیر شدن، با هم دعوی کردن و شکایت نزد حاکم بردن است.<sup>۳۴۴</sup> در نظام حقوقی افغانستان مرافعه خواهی مترادف با استیناف خواهی است که تعریف آن در فصل اول گذشت. تعریف وثیقه، صلح و ابراء گذشت. تعریف اقرار در مبحث بعدی خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود یا نماینده ریاست عمومی قضایای دولت ادعا نماید که این خانه از آن من یا دولت است و قبالة قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما احمد ادعا نماید که این سند مشبوه و جعلی است، احمد مکلف است در مدت یک ماه دعوی خویش را در محکمه تعقیب نماید. در صورتی که محکمه به نفع محمود یا نماینده قضایای دولت حکم صادر نماید، احمد می تواند در مدت دو ماه در محکمه استیناف مرافعه خواهی نماید. این مدت از تاریخ تقدیم ادعای مشبوهیت و جعل مدار اعتبار است نه از تاریخ صدور اصل سند.

همچنین، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود یا نماینده ریاست عمومی قضایای دولت ادعا نماید که این خانه از آن من یا دولت است و قبالة قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما احمد ادعا نماید که این سند مشبوه و جعلی است و محمود یا نماینده قضایای دولت با احمد صلح نماید یا اقرار بر ملکیت احمد نماید یا احمد را ابراء دهد و محکمه

به نفع احمد فیصله صادر نماید، محمود و نماینده قضایای دولت می توانند در مدت دو ماه در محکمه استیناف مرافعه خواهی نمایند. این مدت از تاریخ صدور فیصله مدار اعتبار است. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی مدت مرافعه خواهی و تأریخ و زمان آغاز آن به نظر می رسد.

#### ماده ۳۱۷: رسیدگی به وثایق و فیصله های توسط محکمه استیناف

«محکمه فوقانی وثایق و فیصله های مندرج ماده (۳۱۶) این قانون را از حیث مشبوهیت یا جعل و دلایل آن بررسی نموده در صورتی که مشبوهیت و جعل وجود نداشت حکم به تأیید آن می نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۳۱۶ ق. ا. م. م و مکمل آن است. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه فوقانی وثایق و فیصله های مندرج ماده (۳۱۶) این قانون را از حیث مشبوهیت یا جعل و دلایل آن بررسی نموده در صورتی که مشبوهیت و جعل وجود نداشت حکم به تأیید آن می نماید. تعریف وثایق، فیصله، جعل، فوقانی و مشبوهیت گذشت. تأیید از ریشه «اود» گرفته شده است که در لغت به معنی نیرومند کردن، نیرو و قوت دادن و توانا کردن است. در اصطلاح حقوقی به تأکید بر درستی عملی یا دستورات و احکام و قرار های قانونی تأیید گویند.<sup>۳۴۵</sup>

به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود یا نماینده ریاست عمومی قضایای دولت ادعا نماید که این خانه از آن من یا دولت است و قباله قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما احمد ادعا نماید که این سند مشبوه و جعلی است، احمد مکلف است در مدت یک ماه دعوی خویش را در محکمه تعقیب نماید. در صورتی که محکمه به نفع محمود یا نماینده قضایای دولت حکم صادر نماید، احمد می تواند در مدت دو ماه در محکمه استیناف مرافعه خواهی نماید. این مدت از تاریخ تقدیم ادعای مشبوهیت و جعل مدار اعتبار است نه از تاریخ صدور اصل سند. در این صورت، محکمه استیناف مکلف است دعوی جعل و مشبوهیت را رسیدگی نماید. در صورتی که در اسناد جعل و مشبوهیت وجود نداشته باشد، محکمه استیناف مکلف است فیصله محکمه ابتداییه را مورد تأیید قرار دهد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۳۱۸: رد مرافعه خواهی توسط محکمه مرافعه

«هرگاه حکم محکمه به اساس اقرار، اصلاح، ابراء و یا متکی به وثایق و اسناد رسمی دارای ثبت محفوظ دیوان قضاء صادر شده باشد و راجع به اسناد مذکور ادعای جعل و مشبوهیت صورت نگرفته باشد محکمه فوقانی با صدور قرار قضایی مرافعه خواهی این نوع حکم را رد می نماید.»

تعریف حکم، ابراء، وثایق، اسناد، قرار، ادعا، جعل، مشبوهیت، مرافعه خواهی و اصلاح گذشت. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. هرگاه حکم محکمه به اساس اقرار، اصلاح، ابراء و یا متکی به وثایق و اسناد رسمی دارای ثبت محفوظ دیوان قضاء صادر شده باشد و راجع به اسناد مذکور ادعای جعل و

مشبوهیت صورت نگرفته باشد محکمه فوقانی با صدور قرار قضایی مرافعه خواهی این نوع حکم را رد می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که این خانه از آن من است و قباله قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید و قباله قانونی محمود عاری از جعل و مشبوهیت باشد و دارای ثبت محفوظ قضاء در محکمه و وثایق و مخزن باشد و احمد در خصوص مالکیت خانه به نفع محمود اقرار نماید یا احمد با محمود صلح نماید و به عوض خانه ده عراده موتر به محمود بدهد یا احمد در محکمه ابتدائیه نسبت به مالکیت محمود اقرار نماید و سپس محکمه ابتدائیه به نفع محمود حکم نماید و احمد علیه حکم محکمه ابتدائیه مرافعه خواهی نماید، محکمه مرافعه مکلف است مرافعه خواهی احمد را با صدور قرار قضایی رد نماید. هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۳۱۹: عدم اعطای مثنای سند جعلی به اشخاص توسط محکمه و وثایق

«محکمه نمی تواند مثنای اسنادی را که راجع به آن ادعای مشبوهیت و یا جعل صورت گرفته است به اشخاص بدهد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه نمی تواند مثنای اسنادی را که راجع به آن ادعای مشبوهیت و یا جعل صورت گرفته است به اشخاص بدهد. تعریف مثنای گذشت. در مفهوم مصطلح، مثنای در مفهوم کاپی استعمال می شود. به حیث مثال، اگر احمد یا یک شرکت تجارتي ادعا نماید که زمینی که تحت حیات محمود است از آن من است و برای اثبات آن قباله قانونی را ارایه نماید، اما محمود ادعا نماید که قباله جعلی و مشبوه است و احمد در محکمه و وثایق مربوطه عریضه نماید و خواهان اخذ مثنای قباله گردد، محکمه و وثایق مربوطه نباید مثنای قباله را به احمد یا شرکت بدهد. شخص می تواند شخص حقیقی باشد یا حکمی. مصداق شخصی حقیقی احمد و مصداق شخص حکمی شرکت است. هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و جلوگیری از جعل و مشبوهیت اسناد است.

#### ماده ۳۲۰: تحریر خلاصه حکم ابطال در ذیل اصل و کنده سند جعلی

«هرگاه فیصله محکمه راجع به جعلی بودن يك سند قطعی گردد خلاصه حکم ابطال در ذیل اصل و کنده سند تحریر و به مهر مخصوص رئیس محکمه مربوط رسانیده می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه فیصله محکمه راجع به جعلی بودن يك سند قطعی گردد خلاصه حکم ابطال در ذیل اصل و کنده سند تحریر و به مهر مخصوص رئیس محکمه مربوط رسانیده می شود. تعریف فیصله، سند، جعل و ابطال گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که این خانه از آن من است و قباله قانونی را برای اثبات مالکیت خود به محکمه ارایه نماید، اما در محکمه ثابت شود که قباله قانونی جعلی است، خلاصه حکم باطل بودن این سند باید توسط محکمه در ذیل اصل و کنده سند تحریر شود و به

مهر رئیس محکمه مربوطه رسانده شود. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

متحدالعمال شماره (۷۲۴ - ۸۹۷) مؤرخ ۱۳۹۷/۵/۸، ریاست دارالانشاء که به اساس مصوبه شماره (۳۸۸) مؤرخ ۱۳۹۷/۴/۱۹، شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است استهدائیه ریاست محکمه استیناف ولایت پروان به شرح ذیل مواصلت ورزیده بود:

«ریاست دیوان مدنی و حقوق عامه استیناف این ریاست طی پیشنهادیه شماره (۸۱/۸۷) مؤرخ ۱۳۹۷/۳/۱۰ خویش شرح ذیل را عنوانی اینریاست تقدیم داشته است.

محترماً: بجواب مکتوب شماره (۹۱۱) مؤرخ ۱۳۹۷/۲/۲۱ شما که از اثر مکتوب نمبر (۱۹۲۱) مؤرخ ۱۳۹۷/۲/۱۵ مدیریت اسناد و ارتباط مدیریت عمومی اجرائیه ریاست محکمه استیناف ولایت کابل که بجواب مکتوب نمبر (۶۵۵) مؤرخ ۱۳۹۷/۲/۱۰ این دیوان بوده در زمینه ذیلاً استهداء تقدیم است:

(....) مدعی بالوکاله ادعای موازی یک در بند حویلی و بلند منزل مسمی به هوتل ستاره واقع شهر نو کابل به مساحت (۷۹۷) متر مربع جایداد و جعل و ابطال قباله نمبر (۸۷۶ بر ۱۲۰) مؤرخ ۱۳۶۲/۵/۱ مرتبه محکمه وثایق شهر نو کابل را علیه (....) مدعی علیه بالوکاله وکیل هر یک (....) و (....) نموده که در نتیجه به ابطال قباله نمبر فوق فیصله قطعی نهایی شماره (۱۲ - ۱۴۵) مؤرخ ۱۳۹۴/۹/۳ دیوان مدنی و حقوق عامه محکمه استیناف ولایت پروان به حیث محکمه مماثل صادر گردیده است. اما در رابطه به معامله حکم ابطال به کنده قباله متذکره ریاست محکمه استیناف ولایت کابل این بار دوم است که مکاتیبی را عنوانی ریاست محکمه استیناف ولایت پروان ارسال و در موضوع چنین ابراز نظر نموده اند:

«هرگاه محتوی ماده (۳۲۰) ق.ا.م.م ملاحظه شود، معامله حکم ابطال بعد از قطعی و نهایی شدن، توسط رئیس محکمه مربوط که محکمه حاکمه است صورت میگیرد و هرگاه رئیس محکمه تبدیل شده باشد باز هم مصوبه در زمینه وجود دارد و موضوع ایجاب ارسال و مرسل را نکرده» اما طوریکه دیده میشود از ماده (۳۲۰) ق.ا.م.م برداشت ریاست محکمه استیناف ولایت کابل بنابر دلایل ذیل فهمیده نمیشود.

اولاً اینکه در ماده متذکره محکمه مربوط تذکر رفته است و محکمه مربوط محکمه ذیصلاحی است که سند مورد نظر در حوزه قضایی آن ترتیب گردیده نه محکمه حاکمه.

دوم اینکه قاعده این است که هر دوسیه در محکمه همان ولایت که صاحب صلاحیت است بررسی میگردد؛ اما استثناءً بنابر تفویض به حیث محکمه مماثل یک تعداد از دوسیه ها به دیگر ولایات تحت بررسی قرار میگیرد. بناءً مواد قانون ناظر بر قاعده بوده نه بر استثناء یعنی اینکه محکمه مربوط که در ماده قانون تذکر رفته است همان محکمه محل ترتیب سند بوده نه محاکم دیگر.

از طرف دیگر معامله خلاصه ابطال یک سند در کنده و اصل آن یک وظیفه اداری میباشد. بناءً محکمه یک ولایت که موازی با ولایت دیگر است به جز از طریق نیابت صلاحیت، حق تشبث در وظایف و مخزن ولایت دیگر را ندارد.



همچنین در متن مصوبه (۶۷۰) مؤرخ ۱۳۸۶/۹/۱ شورایی عالی ستره محکمه هدایت داده شده است که «خلاصه حکم ابطال در ذیل سند و کنده تحت نظر یک هیأت، معامله و به امضاء رئیس محکمه مربوط رسانیده میشود.».

فهمیده میشود که معامله خلاصه حکم ابطال یک سند تحت نظر یک هیئت صورت میگیرد. بناً فهمیده نمیشود که هیئت مذکور از کدام ولایت توظیف گردد آیا از ولایت کابل یا از ولایت پروان؟ مراتب فوق استهداءً به مقام محترم پیشنهاد گردید. مراتب پیشنهادیه دیوان مذکور احتراماً جهت صدور هدایت به مقام محترم پیشنهاد گردید؛ هر آنچه هدایت فرمایید موجب تعمیل است.».

استهدائیه فوق جنساً مع ضمائم آن غرض ابراز نظر بریاست تدقیق و مطالعات محول گردید آن اداره محترم نظر تدقیقی خویش را در مورد ذیلاً آرایه نموده است:

در مطابق به ماده (۳۲۰) قانون اصول محاکمات مدنی، مراد از محکمه مربوط، همان محکمه ذیصلاحی است که در مورد حکم قطعی و نهایی مبنی بر ابطال سند را صادر نموده باشد. بناً همان محکمه صلاحیت معامله خلاصه حکم ابطال سند را در ذیل اصل سند و کنده دارا می باشد که طریقه اجراء آن در مصوبه شماره (۶۷۰) ۱۳۸۶/۹/۱ شورایی عالی محترم ستره محکمه تصریح گردیده است.».

مطلب مورد استهدائیه و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۷/۴/۱۹ مقام محترم شورایی عالی مطرح و طی تصویب شماره (۳۸۸) هدایت ذیل صدور یافت:

«نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است موضوع متحدالمالاً به مراجع ذیربط اخبار گردد.».

از اینکه در نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات از مصوبه شماره (۶۷۰) مؤرخ ۱۳۸۶/۹/۱ یاد آوری گردیده است که مصوبه فوق ذریعه متحدالمال (۲۸۲۰ - ۲۸۷۵) مؤرخ ۱۳۸۶/۹/۱۱ به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط اخبار گردیده است، بدینوسیله مراتب مصوبه شماره (۳۸۸) مؤرخ ۱۳۹۷/۴/۱۹ نیز متحدالمالاً به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط ابلاغ میگردد؛ تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده عندالموقع مطابق به آن اجراء مقتضی و قانونی بعمل آرند.<sup>۳۴۶</sup>

### ماده ۳۲۱: تعریف، نصاب و درجه اثباتیه شهادت

«(۱) شهادت شهود عبارت است از اخبار به حق در مجلس قضاء به لفظ اشهد. (۲) محکمه مکلف است شرایط شهادت شهود را اکیداً رعایت نماید. (۳) شهادت از نظر قوت اثباتیه بعد از سند به درجه دوم قرار دارد. (۴) نصاب شهادت و شرایط آن تابع احکام شریعت اسلام می باشد.».

از نص این ماده تعریف شهادت و قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) طبق ماده ۳۲۱ ق. م: «شهادت شهود عبارت است از اخبار به حق در مجلس قضاء به لفظ اشهد.» شهادت از ریشه شهد گرفته شده است که در لغت به معنی، اطلاع، اعلام و دانستن نیز به کار رفته

است.<sup>۳۴۷</sup> شخصی که شهادت می دهد شاهد نامیده می شود که جمع آن شاهدان و شهود است. فقهاء برای شهادت تعاریف گوناگون ارائه نموده اند: ابن همام در تعریف شهادت می گوید: به اخبار درست برای اثبات حق به لفظ شهادت در مجلس قضاء شهادت گویند. ماده ۱۶۸۴ مجله الاحکام در تعریف شهادت می گوید: «شهادت عبارت است از اینکه شخصی از یک موضوع به لفظ اشهد خبر دهد به این معنی که به حضور قاضی و در حال وجود طرفین دعوی بگوید: به اثبات حق فلان کس که به ذمه آن دیگری است شهادت می دهم.» برخی دیگر می گویند: شهادت اخبار به حق غیر توسط غیر به لفظ اشهد است.<sup>۳۴۸</sup>

حقوقدانان نیز تعاریف متعددی برای شهادت ارائه کرده اند. برخی بر این عقیده اند که: «شهادت عبارت است از اخبار ناخواسته از تخصص، اصالتاً به استناد علم شخص بر امری جزئی، نه بر فعل خود بلکه به نفع غیر، بدون ضرری بر خویشتن و به قصد شرکت در احقاق حق یا صورت دادن وظیفه شرعی».<sup>۳۴۹</sup> برخی دیگر نیز بر این نظر اند که: «شهادت عبارت است از انتقال حقیقت امری از ناحیه فردی واجد شرایط که آن را دیده و شنیده به قاضی محکمه، علیه یکی از اصحاب دعوی و به نفع دیگری با ادای سوگند و التزام به راستگویی».<sup>۳۵۰</sup> برخی دیگر نیز بر این عقیده اند که: شهادت عبارت است از اخبار به لفظ اشهد در مجلس قضاء به حضور خصمین راجع به حقی برای شخص معین علیه شخص معین دیگری.<sup>۳۵۰</sup> هدف قانونگذار ا. م. م. فقره اول ماده ۳۲۱ ق. ا. م. م. تعریف شهادت است.

۲) محکمه مکلف است شرایط شهادت شهود را اکیداً رعایت نماید. شرایط شهود در فقره ۴ نص ماده ۳۲۱ ق. م. خواهد آمد. هدف قانونگذار ا. م. م. در فقره ۲ ماده ۳۲۱ ق. ا. م. م. پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

۳) شهادت از نظر قوت اثباتیه بعد از سند به درجه دوم قرار دارد. طبق ق. ا. م. م. شهادت بعد از سند در درجه دوم قرار دارد. مهم ترین و قوی ترین وسیله اثبات دعوی سند است. پس از سند، قوی ترین وسیله اثبات دعوی شهادت است. بنابراین، شهادت از نظر اثبات سند ضعیف تر و از اقرار، سوگند و قراین قوی است. هدف قانونگذار ا. م. م. فقره ۳ ماده ۳۲۱ ق. ا. م. م. پیش بینی جایگاه و ارزش اثباتی شهادت است.

۳۴۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۲۸؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۱۴-۲۱۶؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۸۶۲۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۹۲؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۵۶.

۳۴۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۲۸؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۶.

۳۴۹. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۸۶۲۴.

۳۵۰. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۵۷.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۵۳

۴) نصاب شهادت و شرایط آن تابع احکام شریعت اسلام می باشد. نصاب در لغت به معنی جزء هر چیز را گویند.<sup>۳۵۱</sup> هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده ارجاع شرایط و نصاب شهادت به شریعت است. زیرا، قانونگذار ا. م. م در نص این ماده شرایط و نصاب شهادت را پیش بینی نکرده است. به نظر می رسد دلیل این که قانونگذار ا. م. م شرایط و نصاب شهادت را در نص این ماده به فقه واگذار نموده است این است که نصاب شهادت و شرایط شهادت از مباحث جنجال برانگیز در فقه است زیرا فقهاء در خصوص شهادت یک مرد و دو زن، دو مرد و چهار زن، شهادت کافر و فاسق و نظیر اینها نظریات مختلف ارائه کرده اند که پیش بینی این احکام گاهی برای دولت ها از نظر تعهدات بین المللی دولت ها برای دولت ها مشکل ساز می شود.

#### ماده ۳۲۲: استماع شهادت شهود طور جداگانه

«شهادت شهود طور منفرد در جلسه هیأت قضایی به حضور طرفین دعوی استماع می گردد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده بر قاضی لازم است تا شهادت شهود را به طور جداگانه در جلسه قضایی و در حضور طرفین استماع نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و دو تن شاهد را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید، هیأت قضایی مکلف است شهادت شهود را طور جداگانه بشنود. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرط مربوط به ادای شهادت و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۳۲۳: معلوم نمودن شهرت مکمل شهود

«محکمه قبل از استماع شهادت شهود مکلف است شهرت مکمله شهود را معلوم نماید.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه قبل از استماع شهادت شهود مکلف است شهرت مکمله شهود را معلوم نماید. استماع در لغت به معنی شنیدن و گوش دادن است.<sup>۳۵۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و دو تن شاهد را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید، هیأت قضایی مکلف است قبل از ادای شهادت توسط شهود، شهرت مکمل شهود را معلوم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرط مربوط به ادای شهادت و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

#### ماده ۳۲۴: احضار شهود

«(۱) هرگاه مدعی در جواب پرسش محکمه قبل از احضار شهود به حضور هیأت قضایی و طرف دعوی شهرت مکمله شهود را معرفی نماید. اما، در وقت احضار شهود دیگری را به محکمه حاضر سازد محکمه این شهود را نمی پذیرد؛ و (۲) در صورتی که مدعی شهودی را که قبلاً شهرت مکمله آنها را معرفی کرده است عیناً حاضر نماید محکمه به شهود اجازه می دهد تا ادای شهادت نمایند.».

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

351. <https://www.vajehyab.com> (15/11/ 2017).

352. Ibid, (Last visit: 11/1/ 2018).

۱) هرگاه مدعی در جواب پرسش محکمه قبل از احضار شهود به حضور هیأت قضایی و طرف دعوی شهرت مکمله شهود را معرفی نماید. اما، در وقت احضار شهود دیگری را به محکمه حاضر سازد محکمه این شهود را نمی پذیرد. تعریف مدعی در فصل اول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید و قبل از ادای شهادت شهرت مکمل حمید و محمود را به محکمه تقدیم نموده باشد، اما در وقت احضار شهود، قیوم و فاروق را جهت ادای شهادت به محکمه احضار نماید، قاضی نباید به دلیل عدم تزکیه شهود، شهادت قیوم و فاروق را بپذیرد.

۲) در صورتی که مدعی شهودی را که قبلاً شهرت مکمله آنها را معرفی کرده است عیناً حاضر نماید محکمه به شهود اجازه می دهد تا ادای شهادت نمایند. به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید و قبل از ادای شهادت شهرت مکمل حمید و محمود را به محکمه تقدیم نموده باشد و در وقت احضار شهود، حمید و محمود را جهت ادای شهادت به محکمه احضار نماید، هیأت قضایی مکلف است به دلیل تزکیه شهود، شهادت حمید و محمود را بپذیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرط مربوط به ادای شهادت و صلاحیت تکلیفی محکمه است.

متحد المال شماره (۲۵۹۹ - ۲۶۷۱) مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۶ ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا.

ریاست محکمه ابتدائیه حوزه چهارم شهر کابل مراتب ذیل را استهدا نموده اند «: دوسیه حقوقی شخصی تحت رسیده گی محکمه قرار داشته بعد از صحت اقامه دعوی بالوکاله هیئت قضایی ذریعه استعلام تاریخی ۱۳۹۱/۴/۲۸ از نزد مدعی بالوکاله طبق تعدیل ماده (۲۱۵) طالب شهود ذوالیدی حصر وراثت و جر ارث گردیده و نیز تحریر داشته که تمامی شهود خود را معرفی نمایند. مدعی بالوکاله در جواب استعلام چنین تحریر داشته است: برای فعلاً دو نفر شاهدان ذوالیدی و جر ارث هر یک (الف) و (ب) را معرفی می دارم و به روز شنبه تاریخ ۱۳۹۱/۲/۷ به منظور ادای شهادت حاضر می نمایم. بعد از این که مدعی بالوکاله شاهدان خود را به روز معین به محکمه غرض ادای شهادت حاضر نمود، شهادت یکی از شهود توسط هیئت قضایی رد و مدعی بالوکاله اصرار داشت تا هیئت قضایی برایش موقع دهد تا شهود دیگری معرفی نماید اما جانب مدعی علیه بالوکاله اصرار می دارد که حق اقامه و معرفی شهود مدعی بالوکاله قانوناً منتفی گردیده و هر دو جانب به مصوبه نمبر ۵۹۴ تمسک می ورزند. طرفین به مقام محترم ستره محکمه عرض و آن مقام منبع به سهم خویش به هر دو جانب احکام صادر و به تعمیل مصوبه نمبر فوق هدایت داده اند در حالیکه اخیراً محکمه به جانب مدعی برای بار دوم طی استعلامی که بالاتر هدایت مقام محترم ستره محکمه گزارش مختصر قضیه وسیلتاً پیشنهاد و عرایض متذکره توأم آن به مقام محترم ارسال شد که آیا طبق مصوبه شماره ۵۹۴ بار ثانی برای مدعی موقع اقامه شهود داده شود یا خیر آنچه هدایت میفرمایند قابل تعمیل می باشد. موضوع پس از ابراز نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات حسب هدایت مقام محترم ستره

محکمه به کمیته منتخب شورای عالی ستره محکمه جناب محترم قضاوت وال برات علی متین مستشار قضایی به ریاست جناب محترم قضاوتپوه محمد علیم نسیمی رئیس دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه جهت مطالعه و غور مزید محول گردید. کمیته محترم ممدوح در زمینه ابراز نظر به عمل آورده اند. حینی که متن استهدائیه، نظر تدقیقی و نظر کمیته محترم با جمیع سوابق مربوط بالتفصیل به جلسه مورخ ۲۶ / ۱۰ / ۱۳۹۱ مقام محترم شورای عالی ستره محکمه تقدیم گردید قرار مصوبه ۱۲۹۲ در زمینه هدایت ذیل صادر گردید: « نظر ریاست محترم دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مبنی بر این که «مصوبه ۵۹۴ مورخ ۱۲ / ۷ / ۱۳۸۶ و ماده ۳۲۳ و ۳۲۴ قانون اصول محاکمات مدنی در رابطه به شهود اثبات است ربطی به شهود ذوالییدی و حصر وراثت ندارد، شهود ذوالییدی و حصر وراثت تابع احکام خاص و جداگانه بوده که در زمینه طی متحد المالهای متعدد به محاکم هدایات الزم و روشن داده شده با مراجعه به آن مشکل مرفوع میگردد تایید گردید» متن مصوبه به مرجع مربوط اخبار و متحد المالاً به محاکم تعمیم گردد. ۳۵۳

### ماده ۳۲۵: حاضر شدن یکی از شهود به جلسه قضایی

هرگاه در معاملات حقوقی یکی از شهود به روز معین جلسه به محکمه حاضر و شاهد دیگر به موجب عذر موجه قانونی حاضر شده نتوانست محکمه اظهارات شاهد حاضر را استماع و برای احضار شاهد غایب مهلت می دهد. شهود در قضایای حدود و قصاص از این حکم مستثنی است.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) در صورتی که یکی از شهود در روز معین جلسه قضایی حاضر شود. اما، دومی بنابر معاذیر قانونی، مانند: مریضی خود و یا یکی از اقاربش و رفتن به نزد داکتر طب، تصادم، فوت یکی از اقارب و نظیر اینها نتواند به جلسه قضایی حاضر شود، قاضی محکمه ذیصلاح باید شهادت شاهد حاضر را استماع و برای احضار شاهد غایب مهلت بدهد. تعریف عذر و موجه گذشت. مهلت در لغت به معنی زمان، مدت، فرصت، اجل و زمان دهی است. در اصطلاح حقوق مدنی، مهلت مدت زمانی معین است که برای انجام تعهد در اختیار شخص به موجب قانون و یا توافق قرار می گیرد.<sup>۳۵۴</sup> غایب در لغت به معنی ناپیدا است.

به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید، اما در روز جلسه قضایی حمید در جلسه قضایی حاضر گردد و محمود به دلیل مریضی، وفات زوجه، پسر و نظیر اینها نتواند در جلسه قضایی حاضر شود، هیأت قضایی مکلف است شهادت حمید را بشنود و به محمود مهلت دهد تا در روز دیگر در محکمه حاضر شود و شهادت دهد.

۳۵۳. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۵۱۷-۵۱۹.

۳۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۱۵.

۲) این امر صرف در قضایای مدنی قابل تطبیق و شهادت در قضایای حدود و قصاص از این حکم مستثنی است. حدود جمع حد است که در لغت به معنی فاصل و مانع بین دو چیز است. در زبان عرب حد به معنی منع است و در اصطلاح شرع، عقوبات و کیفرها را حدود می گویند، زیرا اغلب این حدود، گناهکار را بعد از اجرای آنها از بازگشت مجدد به گناهی که برای آن مجازات شده است، باز می دارد و گاهی به خود گناه و معصیت «حد» می گویند. حد شرعاً عقوبت و کیفری است که به جهت حق الله اجرا می گردد.<sup>۳۵۵</sup> به عبارت دیگر: حدود عبارت از جزایی است که از جانب شارع جهت تأمین منافع عامه مقرر گردیده است.<sup>۳۵۶</sup>

بنابراین، تعزیر داخل حدود نیست، زیرا میزان و نوع آن معین نشده است و به رأی و نظر حاکم شرع موکول گردیده است و قصاص نیز از تعریف حدود خارج می شود، زیرا قصاص حق بشر است نه حق الله. به طور عموم، جرایم حدود عبارت اند از: سرقت، قطاع الطریقی (که به نام های رهزنی، حرابت و محاربه نیز یاد می شود)، زنا، بغاوت، قذف، شرب خمر (نوشیدن شراب) و ارتداد.<sup>۳۵۷</sup> قصاص در لغت به معنی پی جویی، کشتن قاتل به مثل، مجازات، عقوبت، سزا، عقاب، جبران و تلافی است. در اصطلاح قصاص عبارت از عقوبتی است که در صورت قتل عمد مشروط بر تحقق شرایط آن بر جانی تطبیق می گردد.<sup>۳۵۸</sup>

به حیث مثال، اگر احمد متهم به سرقت یا قتل باشد و خانونوال سند نداشته باشد، اما بخواهد محمود و حمید را از بهر ادای شهادت در محکمه حاضر نماید، شرط است محمود و حمید در یک جلسه قضایی علیه احمد ادای شهادت نمایند. مستثنی حالتی است که به موجب آن قاعده عمومی تطبیق نمی شود. پیش بینی این فقره که مربوط حقوق جزا است در ق. ا. م. م محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرط ادای شهادت و مستثنی آن است.

#### ماده ۳۲۶: ثبت و قرائت شهادت شهود

«شهادت شهود در جلسه قضایی از طرف یکی از هیأت قضایی محکمه ثبت و به حضور شهود و طرفین دعوی قرائت و به امضاء و مهر و نشان شصت آنها رسانیده می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده یکی از اعضای هیأت قضایی مکلف است شهادت شهود را در جلسه قضایی ثبت و به حضور شهود و طرفین دعوی قرائت و به امضاء و مهر و نشان شصت آنها برساند. به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید و احمد و محمود شهادت بدهند یکی از اعضای هیأت قضایی مکلف است شهادت حمید و محمود را ثبت و در حضور حمید و محمود و احمد و نماینده شرکت بیمه قرائت و به امضاء و مهر حمید و محمود برساند.

۳۵۵. اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۳۱۹.

۳۵۶. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعه نعمانی، ص ۲۹۱.

۳۵۷. همان، داد محمد نذیر، صص ۲۹۲-۲۹۵.

۳۵۸. همان، داد محمد نذیر، ص ۲۹۵.

هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرط ادای شهادت و صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

### ماده ۳۲۷: ذکر حدود اربعه عقار و اشاره به مدعی بها

«(۱) هرگاه شهود، شهادت خود را نسبت کثرت حدود اربعه یا تعدد مدعی بها از یاد گفته نتوانند، شهادت خود را از روی نوشته به حضور هیأت محکمه قرائت و در موقع لازم طرف مدعی و مدعی علیه و مدعی بها مطابق به ضرورت اشاره نمایند؛ و (۲) در دعوی حدود و قصاص ادعای شهادت از روی نوشته جواز ندارد.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) هرگاه شهود، شهادت خود را نسبت کثرت حدود اربعه یا تعدد مدعی بها از یاد گفته نتوانند، می توانند شهادت خود را از روی نوشته به حضور هیأت محکمه قرائت نمایند. منظور از حدود اربعه مساحت عقار است. تعریف مدعی بها در فصل اول گذشت. طبق نص این ماده در صورت شهادت در مورد عقار، شرط است که شاهد حدود اربعه آن را ذکر نماید. بنابراین، در صورت عدم ذکر، شهادت وی قابل قبول نیست. اما، در صورتی که تعهد نمایند تا حدود اربعه عقار را نشان دهد، و پس از نشان دادن شهادت وی قابل پذیرش است. ماده ۱۶۹۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «در شهادت عقار لازم است تا حدود آن ذکر گردد. اما، اگر شاهد حدود آن را ذکر نکرد و تعهد نمود که آن را نشان می دهد و معین می گرداند، در محلی که عقار وجود دارد، بروند تا شاهد آن را تعیین نماید.»

اما، در صورتی که شهود نتواند حدود اربعه عقار مدعی بها را از یاد بگوید، می تواند آن را از روی نوشته قرائت نماید. به حیث مثال، اگر احمد دو صد جریب زمین خویش را در ولسوالی چهارآسیاب به محمود به فروش رساند و قیوم و فاروق را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، اگر قیوم و فاروق نتوانند به دلیل زیاد بودن زمین حدود اربعه آن را از یاد بگویند می توانند در محکمه وثایق از روی نوشته شهادت بدهند.

(۲) هرگاه شهود، شهادت خود را نسبت تعدد مدعی بها از یاد گفته نتوانند، شهادت خود را از روی نوشته به حضور هیأت محکمه قرائت نمایند. به حیث مثال، اگر احمد از محمود دو صد پایه تلویزیون، سه صد پایه رادیو، ویدیو، آنتن، لین و نظیر اینها خریداری نماید و سپس میان احمد و محمود منازعه ایجاد شود و احمد قیوم و فاروق را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، اگر قیوم و فاروق نتوانند به دلیل زیاد بودن مدعی بها، تعداد آن را از یاد بگویند می توانند در محکمه از روی نوشته شهادت بدهند.

(۳) شهود مکلف اند در موقع لازم طرف مدعی و مدعی علیه و مدعی بها مطابق به ضرورت اشاره نمایند. طبق ماده ۱۶۹۰ مجله الاحکام: «اشاره شاهد حین شهادت به مشهود له و مشهود به در صورتی که در مجلس حاضر باشند، کفایت می کند و نیازی به ذکر نام پدر و پدر کلان مشهود له و مشهود علیه نیست. اما، شهادتی که متعلق به مؤکل و یا متوفی است، لازم است شاهد نام پدر و پدر کلان ایشان را ذکر نماید. اما، اگر هر یک از این دو معروف و مشهور باشند، فقط به ذکر نام و شهرت ایشان اکتفاء صورت می گیرد. زیرا، مقصد اصلی معرفی این اشخاص است به نحوی که از سایر مردم متمایز

گردند.». اتاسی در شرح این ماده می نویسد: در صورتی که شهادت بر حاضر اداء شود، شاهد باید به سه چیز: مدعی، مدعی علیه و مدعی به اشاره نماید مشروط بر اینکه مشهود به عین باشد. بنابراین، در صورتی که مشهود به قرض (دین) باشد، لازم است تا شاهد نوع، جنس و صفات آن را تذکر دهد. اما، در صورتی که مشهود، علیه شخص غایبی ادای شهادت دهد، باید نام خودش، پدرش و پدرکلانش را ذکر نماید. بنابراین، شاهد نباید به نام، نام پدر و وظیفه اش اکتفاء نماید مگر اینکه مشهود علیه به وظیفه مؤظف باشد که دیگری در آن منطقه به آن وظیفه مؤظف نباشد. در این صورت، اگر شاهد نام پدر کلان مشهود علیه را نیز یاد نماید، شهادتش قابل قبول است.<sup>۳۵۹</sup>

۴) در دعوی حدود و قصاص ادعای شهادت از روی نوشته جواز ندارد. تعریف حدود و قصاص در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد متهم به سرقت یا قتل باشد و خارنوال سند نداشته باشد، اما بخواهد محمود و حمید را از بهر ادای شهادت در محکمه حاضر نماید، شرط است محمود و حمید از یاد شهادت بدهند. پیش بینی این فقره که مربوط حقوق جزا است در ق. ا. م. م محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرط ادای شهادت مستثنی آن است.

متحدالمال شماره (۳۹۹۱/۳۹۲۱) مؤرخ ۱۳۸۷/۱۲/۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه محکمه استیناف ضمن استهدائیه چنین طالب هدایت شده اند:

در ماده ۳۲۷ قانون اصول محاکمات مدنی چنین صراحت وجود دارد: «در صورت کثرت حدود اربعه تعدد مدعی بها اگر شهود، شهادت خود را از یاد گفته نتوانند شهادت خود را از روی نوشته به حضور هیأت محکمه قرائت نمایند.». از ماده متذکره چنین استنباط می شود که شاهد می تواند به داخل محکمه روی کاغذ شهادت خود را نوشته و بعداً به حضور هیأت قضائی بادر نظر داشت ماده فوق الذکر قرائت نماید و ورق شهادت که خارج از محکمه در دارالوکاله و جای دیگر ترتیب می گردد شهادت خود شهود نمی باشد و مطابق قانون مذکور مجاز نمی باشد و قابل استماع محکمه هم نمی گردد.

چون مطابق قانون اساسی کشور تفسیر مواد قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد در مورد احتراماً طالب هدایت و تفسیر ماده (۳۲۷) قانون اصول محاکمات مدنی را خواهیم تا در محاکم به طور یکسان اجراءات قانوناً صورت گیرد و حق اصحاب دعاوی تلف نگردد.

مطالب مورد استهداء جهت مطالعه و ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات محول و پس از وصول نظر تدقیقی آن اداره جریان به جلسه مقام محترم شورای عالی تقدیم گردید که پس از بحث در زمینه قرار مصوبه شماره (۶۶۲) مؤرخ ۱۳۸۷/۱۱/۲۲ هدایت ذیل صادر گردید:

شاهد تحت نظر هیأت قضائی و به حضور هیأت قضائی شهادت را تحریر نماید و بعد به ادای شهادت از روی آن مبادرت می ورزد. دارالانشاء مصوبه فوق را به جمیع محاکم متحدالماً اخبار نماید.<sup>۳۶۰</sup>

۳۵۹. محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحکام، مترجم: محمد صدیق راشد سلجوقی، قسمت حجت و سوگند، صص ۶۲ و ۶۳.

۳۶۰. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالماًها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۶۳۳ و ۶۳۴.



### ماده ۳۲۸: حکم / اثر شهادت

«هرگاه مدعی علیه بعد از اقامه شهود، شهادت شهود را تصدیق و یا به اصل مدعی بها اقرار نماید محکمه حکم خود را متکی به اقرار مدعی علیه صادر می کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. تعریف مدعی علیه، شهود، شهادت، تصدیق و مدعی بها گذشت. طبق نص این ماده قاضی پس از استماع شهادت شهود ناچار است که به مقتضای آن حکم خویش را صادر نماید. بنابراین، قاضی نمی تواند ارزش آن را تعیین کند و یا در مورد آن تردید کند. طبق طبق فقه اسلامی نیز قاضی ناگزیر از صدور حکم بر اساس شهادت شهود است و پس از استماع شهادت شهود جایز نیست در صدور حکم تأخیر به عمل آورد، مگر هنگامی که امیدی برای مصالحه وجود داشته باشد و یا مدعی مطالبه تأخیر نماید.<sup>۳۶۱</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید و احمد و محمود شهادت بدهند و شرکت بیمه شهادت حمید و محمود را قبول نماید یا بگوید من مدیون احمد از ناحیه بیمه هستم و حاضرم جبران خسارت را پردازم، اعضای هیأت قضایی مکلف اند براساس شهادت حمید و محمود یا اقرار ممثل قانونی شرکت حکم خویش را صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم شهادت و صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

### ماده ۳۲۹: اقامه شهود ذوالییدی در دعوی دفع تعرض

«از مدعی دفع تعرض شهود ذوالییدی مطالبه و بعد از اثبات ذوالییدی از مدعی علیه حجت و برهان خواسته می شود. در صورت عجز مدعی علیه از اقامه حجت و برهان به منع و دفع تعرض مدعی علیه برمدعی بها اصدار حکم می شود.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) از مدعی دفع تعرض شهود ذوالییدی مطالبه و بعد از اثبات ذوالییدی از مدعی علیه حجت و برهان خواسته می شود. تعریف مدعی در فصل اول گذشت. دفع در لغت به معنی دور کردن، راندن از نزد خود و پس زدن است.<sup>۳۶۲</sup> تعرض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنای طلب و مزاحمت کردن است.<sup>۳۶۳</sup> شهود جمع شاهد است. تعریف ذوالییدی گذشت. حجت در لغت به معنی برهان و دلیل است. همچنین، در لغت عرب به هر آن چیزی که بتوان از آن علیه دیگری احتجاج و استدلال کرد، حجت گویند که جمع آن حُجج و حجاج است. همچنین، حجت به هر آن چیزی گویند

۳۶۱. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۹۴-۲۹۶.

362. <https://www.vajehyab.com> (2016/8/31) (آخرین بازدید 31/8/2016).

۳۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۴.

که بتوان به آن خصم را دفع کرد.<sup>۳۶۴</sup> برهان در لغت به معنی دلیل و حجت است که جمع آن براهین است.<sup>۳۶۵</sup> تعریف مدعی علیه در فصل اول گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود به فروش رساند و سپس محمود ادعا نماید که این زمین از من است و به احمد اجازه ندهد تا در زمین تصرف نماید، به حیث مثال، زمین را زرع نماید، در زمین درخت غرس کند، در زمین خانه آباد نماید و سایر تصرفات را انجام دهد و احمد علیه محمود اقامه دعوی دفع تعرض نماید، محکمه مکلف است از احمد که ذو الید زمین تلقی می شود، شهود ذوالیدی مطالبه نماید. به حیث مثال، محکمه مکلف است از احمد بخواهد تا جمشید و قیوم را در محکمه به عنوان شاهد حاضر نماید و جمشید و قیوم شهادت بدهند که احمد ذو الید زمین است. پس از این که ذو الیدی احمد بر زمین ثابت شد، محکمه مکلف است از محمود حجت و برهان به حیث مثال سند بخواهد. محمود در این مثال، در ابتداء مدعی است و سپس به مدعی علیه تبدیل می شود. اما، احمد که مدعی علیه است به مدعی دفع تعرض تبدیل می شود.

۲) در صورت عجز مدعی علیه از اقامه حجت و برهان به منع و دفع تعرض مدعی علیه بر مدعی بها اصدار حکم می شود. تعریف مدعی بها و عجز گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود نتواند برای اثبات ملکیت خویش به محکمه سند ارایه نماید، محکمه مکلف است به دفع تعرض محمود حکم صادر نماید. این قاعده برخلاف قواعد عمومی اثبات که ارایه بینه بر مدعی است می باشد. زیرا، در این صورت، مدعی علیه باید برای اثبات ملکیت خویش سند ارایه نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم بار اثبات در دعوی دفع تعرض و صلاحیت تکلیفی محکمه به نظر می رسد.

متحدالمال شماره (۶۷۳ الی ۷۴۷) مؤرخ ۱۳۹۶/۴/۱۰ ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه شماره (۲۳۷) مؤرخ ۱۳۹۶/۳/۲ شورایعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است. قبلاً استهدائیه محکمه استیناف ولایت ننگرهار به شرح ذیل به ریاست تدقیق و مطالعات محول گردیده بود: «ریاست عدلیه ولایت ننگرهار استهدائیه شماره (۱۱۷۲) مؤرخ ۱۳۹۵/۹/۲۷ خویش را به این ریاست تقدیم نموده که اوراق حقوقی دفع تعرض بالای یک دربند حویلی به مساحت (۳) بسوه واقع ناحیه (۵) شهر جلال آباد از طرف مدعی بالوکاله (...) ولد (...) علیه (...) ولد (...) مدعی علیه بالاصاله که در مورد قضیه آنها فیصله خط شماره (۱۰۰/۱۵) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۰ دیوان مدنی ریاست محکمه حوزه اول شهری ننگرهار، به نفع مدعی بالوکاله و ضرر و ملامتی مدعی علیه طور غیابی صادر گردیده بوده که دوسبه متذکره به اساس استیناف طلبی مدعی علیه (...) ولد (...) ذریعه مکتوب شماره (۱۶۰/۱۸۷) مؤرخ ۱۳۹۴/۲/۶ این آمریت به دیوان مدنی و احوال شخصیه محکمه استیناف، ارسال گردید که در نتیجه، بعد از صدور قرار قضائی شماره (۲۷/۱۵) مؤرخ ۱۳۹۴/۳/۱۰ دیوان مذکور مبنی به سقوط حق شکایت مستأنف، دوباره ذریعه مکتوب شماره (۹۵/۱۵) مؤرخ ۱۳۹۵/۳/۱۶ مدیریت تحریرات دیوان مدنی و

۳۶۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۸۱۴.

احوال شخصیه محکمه استیناف ولایت ننگرهار، به این آمریت مواصلت ورزیده که از همان تاریخ الی اکنون مدعی علیه غرض تعقیب موضوع نسبتی خویش مراجعه نکرده تا حکم قرار قضائی نمبر فوق برایش ابلاغ میگردد.

اکنون اسامی (...) ولد (...) مدعی الأصل دعوی، عنوانی آنمقام محترم عارض و تقاضا نموده که به نسبت اینکه موضوع اش قطعی گردیده باید بریاست شاروالی جلال آباد رسماً خبر داده شود تا جایداد مندرج فیصله نمبر فوق و قرار قضائی نمبر فوق به اسم وی ثبت و راجستر گردد و هم اصل فیصله دیوان مدنی حوزه اول و اصل قرار قضائی دیوان مدنی استیناف در اختیارش قرار داده شود که عریضه متذکره طی احکام مؤرخ ۱۳۹۵/۹/۲۴ آنمقام محترم به این ریاست ارجاع گردیده است.

بناءً با ذکر مراتب فوق اینک کاپی عریضه (۳۷۶۱۲۲۶) (...) و کاپی فیصله شماره (۱۰۰/۱۵) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۰ دیوان مدنی محکمه حوزه اول و کاپی قرار قضائی شماره (۲۷/۱۵) مؤرخ ۱۳۹۴/۳/۱۰ دیوان مدنی و احوال شخصیه محکمه استیناف ننگرهار، جمعاً بداخل (۱۶) ورق بشما ارسال و تقدیم گردید تا بملاحظه آن در مورد قطعیت و یا عدم قطعیت موضوع طوریکه میدانند، هدایت خواهند فرمود.

استهدائیه فوق الذکر بعد از ابراز نظر ریاست تدقیق و مطالعات در جلسه مؤرخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۰ شورایعالی ستره محکمه مطرح و طی تصویب شماره (۱۱۰۷) در زمینه چنین هدایت صادر گردید.

۱- ریاست محترم تدقیق و مطالعات تحت اشراف محترم متین صاحب عضو شورایعالی در زمینه نظر مجدد ارایه دهند.

۲- ریاست محترم تفتیش قضائی قضات صادر کننده فیصله (۱۵-۱۰۰) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۰ محکمه ابتدائیه شهری ولایت ننگرهار را بارتباط صدور فیصله نمبر فوق، که دعوی دفع تعرض شخص غایب را دوران داده مورد باز پرس قرار دهند.

حسب هدایت فوق، ریاست تدقیق و مطالعات تحت اشراف جناب محترم متین صاحب عضو شورایعالی ستره محکمه در زمینه ذیلاً ابراز نظر مجدد نموده اند:

«از آن جا که بررسی صدور فیصله شماره (۱۰۰/۱۵) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۰ دیوان مدنی حوزه اول شهر جلال آباد به مفتیشین قضائی سپرده شده است الی معلوم شدن نتیجه تفتیش، از تسلیمی نقل فیصله نمبر فوق به محکوم له جلوگیری شود.

در مورد ثبت فیصله دفع تعرض به دفاتر املاک شاروالی باید خاطر نشان ساخت که دعوی دفع تعرض دعوی حمایت از حیات و ذوالیدی محض است، افاده ملکیت را نمی نماید و طبق متون فقهی، مدعی بها در دعوی دفع تعرض ذوالیدی بودن است نه ملکیت. به همین دلیل طبق صراحت ماده (۳۲۹) قانون اصول محاکمات مدنی از مدعی دفع تعرض اسناد ملکیت مطالبه نگردیده بلکه شهود ذوالیدی مطالبه میگردد و از جانب مقابل اسناد ملکیت مطالبه گردیده، در صورت عدم ارایه اسناد و مدارک ملکیت، به منع تعرض حکم میگردد، از این لحاظ، این حکم افاده ملکیت مدعی بها را برای مدعی نمی نماید. بناءً ثبت فیصله های قطعی منع تعرض مجاز نبوده و دلیل بر ملکیت محکوم بهاء شمرده نمی شود.»

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۶/۳/۲ شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا، مطرح و طی تصویب شماره (۲۳۷) در زمینه، هدایت ذیل صدور یافت:  
 «نظر ریاست محترم تدقیقی و مطالعات تأیید شد، موضوع به عموم محاکم طور متحدالامال اخبار گردد.».

۳۶۶

### در مورد شهود ذوالیدی در دعوی دفع تعرض

متحد المال شماره ۳۸۲۴ الی ۳۸۹۶ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۷ ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا

ریاست محترم محکمه استیناف ولایت پکتیا طی نامه شماره ۱۵۲۳ مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۵ از اثر استهدائیه محکمه ابتدائیه ولسوالی سید کرم آنولایت مراتب آتی را طالب هدایت شده اند:

«دوسیه نسبتی حقوق دعوی دفع تعرض ذات البینی مدعی اسامی (الف) علیه اسامی (ب) تحت دوران شرعی در محکمه ابتدائیه ولسوالی سید کرم قرار دارد. بعد از صحت دعوی و درج در صورت حال از مدعی طبق هدایت ماده ۳۲۹ قانون اصول محاکمات مدنی شهود ذوالیدی خواسته شد و بعد از قبول شهادت شهود ذوالیدی نزد محکمه، از مدعی علیه حجت و برهان خواسته و بعداً طبق احکام قانون به تزکیه سری شاهدان پرداخته شد. حینی که از مدعی مذکور شاهدان تزکیه علنی خواسته شد مدعی مذکور به این و آن بهانه از محکمه کناره جویی نمود که محکمه سه جلب را مبنی بر حاضر شدن مدعی به محکمه صادر نموده بعداً معلوم گردید که یکی از اشخاصی که شاهدی ذوالیدی را ادا نموده بود فعلاً در خارج از کشور بسر میبرد و مدعی موصوف را غرض تزکیه علنی حاضر کرده نمی تواند که در واقع مشکل آفرین است. بناءً، این محکمه دچار مشکل میباشد که ایا طبق مسئله شرعیه «المدعی من اذا ترک ترک» عمل نماید و اوراق دوسیه را ترک خصومت نماید طبق ماده ۱۵۴ قانون اصول محاکمات مدنی و یا اینکه ملتوی قرار دهد تا مدعی مذکور شاهدان خود را غرض تزکیه علنی به محکمه حاضر نماید در زمینه طالب هدایت می باشیم.».

مطلب مورد استهدا تحت غور و مذاقه مدققین قضایی ریاست محترم تدقیق و مطالعات قرار گرفته چنین ابراز نظر به عمل آمده است:

رسیده گی به دعوی دفع تعرض دارای اجراءات خاص است که در ماده ۳۲۹ قانون اصول محاکمات مدنی ذیلاً توضیح گردیده است: «از مدعی دفع تعرض شهود ذوالیدی مطالبه و بعد از اثبات ذوالیدی از مدعی

علیه حجت و برهان خواسته می شود. در صورت عجز مدعی علیه از اقامه حجت و برهان به منع و دفع تعرض مدعی علیه بر مدعی بها اصدار حکم می شود».

بناءً بعد از خواستن حجت و برهان از مدعی علیه در صورتی که حجت و برهان را اقامه کرده نتواند محکمه به منع مدعی علیه حکم صادر می کند. در این مرحله ضرورت به تزکیه شهود اصلاً وجود ندارد و از جانب دیگر طبق صراحت فقره یک ماده ۳۳۷ قانون اصول محاکمات مدنی عملیه تزکیه علنی و سری در قبال شهود ملزمه صورت میگیرد نه در قبال شهود ذوالیدی و شهود ذوالیدی در دعوی دفع تعرض شهود ملزمه نیستند بلکه الزام مدعی علیه به منع تعرض همانا عدم اقامه حجت و برهان است. بناءً، در دعوی دفع تعرض به اجرای عملیه تزکیه علنی و سری ضرورت نیست.»

چنینکه نظر تدقیقی مرتب بر استهداء توأم با استهدا ضمن پیشنهادی به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه گزارش داده شد طی تصویب شماره ۱۴۷۲ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۲ هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید شد. موضوع به جمیع محاکم طور متحد المآ اخبار گردد.»<sup>۳۶۷</sup>

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت فاریاب:

طبق حکم ماده (۳۲۹) قانون اصول محاکمات مدنی در دعوی دفع تعرض در مدعی بهای غیر منقول بعد از ثبوت ذوالیدی مدعی از مدعی علیه حجت و برهان مطالبه میگردد اما فهمیده نمی شود که منظور از حجت و برهان چی بوده آیا شهود هم از جمله حجت و برهان محسوب می گردد یا خیر؟

توضیح: شهود از جمله حجت و برهان است در کتب معتبره فقه مثل کنز اخیر و عینی و غیره ذکر است: (البینه حجه متعدیه لا الاقرار) شاهد از جمله حجت متعدیه است نه اقرار. زیرا اقرار هم حجت است مگر حجت قاصره ولی شاهد حجت متعدیه است بناءً اگر مدعی علیه دفع تعرض ادعای شراء مدعی بها را می نماید و با اقامه شهود می پردازد این اقامه شهود حجت پنداشته شده مجوز تعرضش شده و حکم محکمه به نفع آن انجام می یابد.<sup>۳۶۸</sup>

#### ماده ۳۰۰: تعیین میعاد برای احضار شهود

«(۱) تعیین میعاد و مهلت برای احضار شهود بانظرداشت بعد مسافه و کیفیت احضار از صلاحیت محکمه می باشد؛ و (۲) محکمه برای احضار شهود تاسه مرتبه به مدعی اقامه شهود موقع می دهد.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) تعیین میعاد و مهلت برای احضار شهود بانظرداشت بعد مسافه و کیفیت احضار از صلاحیت محکمه می باشد. میعاد در لغت به معنی وعده گاه و جای وعده است.<sup>۳۶۹</sup> تعریف مهلت و احضار گذشت. بُعد

۳۶۷. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۳۲۴ و ۳۲۵.

۳۶۸. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تممیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۲۱ و ۱۲۲.

(آخرین بازدید 2016 / 8 / 31). <https://www.vajehyab.com> 369.

در لغت به معنی دوری است. به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و بخواهد حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید، تعیین میعاد و مهلت آن از صلاحیت محکمه است.

۲) محکمه برای احضار شهود تاسه مرتبه به مدعی اقامه شهود موقع می دهد. به حیث مثال، در مثالا بالا، اگر احمد شاهدان خویش را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر ننماید، محکمه می تواند تاسه مرتبه به احمد مهلت بدهد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۳۰۱: عجز مدعی از احضار شهود

«هرگاه مدعی عندالمحکمه اظهار نماید ولو هر قدر مهلت برایم داده شود نمی توانم شهود را حاضر نمایم اظهارات مدعی در فورمه دعوی ثبت و در ذیل آن شصت و امضای وی درج می گردد بعداً اگر مدعی شهودی را حاضر کند پذیرفته نمی شود.»

نص این ماده مکمل ماده ۳۳۰ ق. ا. م. م است. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مدعی عندالمحکمه اظهار نماید ولو هر قدر مهلت برایم داده شود نمی توانم شهود را حاضر نمایم اظهارات مدعی در فورمه دعوی ثبت و در ذیل آن شصت و امضای وی درج می گردد بعداً اگر مدعی شهودی را حاضر کند پذیرفته نمی شود. تعریف مدعی، مهلت و شهود گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و بخواهد حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید اما نتواند محمود و حمید را در روز معین به محکمه حاضر نماید، محکمه مکلف است سه بار احمد را مهلت بدهد. اگر احمد نتواند شهود را حاضر محکمه نماید و به محکمه بگوید نمی توانم شهود را حاضر نمایم، اظهارات احمد باید در فورمه دعوی ثبت شود و در ذیل آن شصت و امضای احمد گرفته شود. اگر بعداً احمد شهود را حاضر نماید، شهادت شهود نباید توسط محکمه پذیرفته شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عجز مدعی مبنی بر احضار شهود در محکمه است.

#### ماده ۳۳۲: جلب شهود

«هرگاه شهود بنا بر تقاضای مدعی طوعاً به محکمه حاضر نشوند محکمه می تواند به اثر درخواست مدعی، شهود را جلب نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه شهود بنا بر تقاضای مدعی طوعاً به محکمه حاضر نشوند محکمه می تواند به اثر درخواست مدعی، شهود را جلب نماید. طوعاً در لغت به

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۶۵

معنی با میل و با رغبت است.<sup>۳۷۰</sup> جلب در لغت به معنی علاقه مند کردن، به سوی خود کشیدن، جذب کردن، دستگیر کردن، بازداشت کردن، ربودن و فراخواندن است.<sup>۳۷۱</sup> در اصطلاح حقوقی، جلب دعوت کردن هر شخصی است که محکمه تشخیص دهد مطابق احکام قانون بیان یا حضور او در اجراءات محکمه مفید و مؤثر است مانند شهود، مدعی علیه، اهل خبره و نظیر اینها. طبق نص این ماده شهادت حق نیست، بلکه تکلیف است.

به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و بخواهد حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید اما محمود و حمید میل نداشته باشند تا شهادت بدهند، محکمه می تواند محمود و حمید را جلب نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف شهود است.

#### ماده ۳۳۳: نصاب شهود متواتر

«(۱) نصاب شهود متواتر برای اثبات مدعی بها از بیست و پنج نفر کمتر نمی باشد؛ (۲) ترکیه سری و علنی در مورد شهود متواتر قابل تطبیق نیست.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) نصاب شهود متواتر برای اثبات مدعی بها از بیست و پنج نفر کمتر بوده نمی تواند. متواتر در لغت به معنی پی در پی است.<sup>۳۷۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین را از محمود خریداری نموده باشد و محمود پول زمین را دریافت کرده باشد و منکر عقد و تسلیم زمین به احمد باشد و احمد برای اثبات این که مدعی بها از آن او است، بخواهد شهود متواتر در محکمه حاضر نمایند، تعداد شهود متواتر باید از بیست و پنج تن کمتر نباشد.

۲) ترکیه علنی و سری که بحث آن در ذیل خواهد آمد در خصوص شهود متواتر قابل تطبیق نیست. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی نصاب شهود متواتر و حکم عدم ترکیه شهود متواتر است.

#### سماع شهادت شهود فرداً فرد

متحد المال شماره ۳۴۰۷-۳۴۶۳ مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

ریاست دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مراتب ذیل را مستلزم غور و صدور هدایت دانسته اند: در مورد جریان بررسی قضایای مدنی و حقوق عامه دیده می شود که بعضی از مدعیان ادعای شان را به وسیله شهود متواتر به اثبات رسانیده و محکمه با اخذ شصت در ورقه تحریری شهادت و بعداً با نصب فوتو شهود تواتر معمولاً بیشتر از (۲۵) نفر می باشد و در فیصله خط چنین تحریر می دارند: «هر کدام علی

370. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

371. Ibid, (Last visit: 17, 12, 2017).

372. Ibid, (Last visit: 17, 12, 2017).

الانفراد و التعاقب در جلسه قضائی هذا به لفظ اشهد بالله اداء شهادت نمودند. اشهد بالله شهادی می دهم برای خداوند (ج) نه برای ریاء لیکن فقط عبارات و کلمات شهادت را به طور دسته جمعی در فیصله تحریر داشته و عبارات و جملات هر شاهد را به طور علیحده ذکر نمی نماید». چون ماده (۳۳۳) قانون اصول محاکمات مدنی فقط نصاب شهود تواتر را بیان کرده و تزکیه سری و علنی شهود را در آن قابل تطبیق ندانسته در مورد مطلوبه فوق چیزی نگفته و ساکت است و از جانب دیگر نظر به مسأله شرعی: «کما یشرط قبول الشهادة موافقتها الدعوی کذا یشرط ایضاً مطابقة الشهادتین» باید شهادت تمام کسانی که در جمله شهود متواتر شهادت می دهند طور جداگانه در فیصله تحریر گردد تا موافقت و عدم موافقت شهادت شهود معلوم گردد. بناءً، از مقام محترم استهداءً متمنی ایم که محکمه در تحریر شهادت شهود متواتر چگونه اجراءات نماید آیا شهادت شهود را جدا جدا در فیصله تحریر نماید که در این صورت فیصله خیلی ضخیم می گردد و یا این که فقط به تحریر شهادت یکن نفر در مورد تأیید همه شهود نصاب تواتر واقع گردیده و نظر به قول محکمه تمام شان به همان قسم شهادت داده اند که اکتفاء نماید. رهنمائی و هدایت مقام شورای عالی را در مورد خواهانیم.

حینی که جریان به اجلاس مقام شورای عالی تقدیم گردید طی مصوبه (۷۵۵) مؤرخ ۱۳۸۶ / ۱۱ / ۲ هدایت ذیل صدور یافت:

((شهادت شهود تواتر در جریان محاکمه فرداً فرداً مانند سایر شهود استماع گردد. موضوع به محاکم اخبار شود)). ۳۷۳

#### ماده ۳۳۴: عدم اعتبار شهادت شهود خارج از محکمه

((شهادت شهود خارج از محکمه اعتبار ندارد)).

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده شرط است که شهادت شهود در محکمه صورت بگیرد. هرگاه شهادت شهود در خارج از محکمه و مجلس قضاء صورت بگیرد، این شهادت اعتبار ندارد. برخی فقهاء در این خصوص می نویسند که شهادتی که در غیر از مجلس قضاء صورت پذیرد، هرچند در حضور قاضی صورت پذیرد، صحیح نیست.<sup>۳۷۴</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه شرکت بیمه دعوی جبران خسارت نماید و برای اثبات آن سند نداشته باشد و بخواهد حمید و محمود را به محکمه از بهر ادای شهادت حاضر نماید اما محمود و حمید میل نداشته باشند تا شهادت بدهند، شرط است که حمید و محمود در محکمه و مجلس قضاء شهادت بدهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط محل شهادت است.

#### ماده ۳۳۵: عدم پذیرش شهادت اصل در باره فرع و سایر اقارب

۳۷۳. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_)، مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۴۶۶ و ۴۶۷.

۳۷۴. محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰)، شرح مجلة الاحکام، مترجم: محمد صدیق راشد سلجوقی، قسمت حجت و سوگند، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۱۱.



«شهادت اصل در باره فرع و فرع در باره اصل، زوج در باره زوجه و یا عکس آن و شهادت اقارب دیگر تا به درجه دوم جواز ندارد.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) شهادت اصل در باره فرع جواز ندارد. تعریف اصول و فروع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد شرکت مضاربت را با محمود ایجاد نماید و جمشید پسر خویش را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، شهادت جمشید به نفع احمد مورد پذیرش نیست. احمد در این مثال، اصل و جمشید فرع است.

۲) شهادت فرع در باره اصل جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد شرکت مضاربت را با محمود ایجاد نماید و جمشید پدر خویش را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، شهادت جمشید به نفع احمد مورد پذیرش نیست. احمد در این مثال، فرع و جمشید اصل است.

۳) شهادت زوج در باره زوجه و یا عکس آن جواز ندارد. تعریف زوج و زوجه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد شرکت مضاربت را با محمود ایجاد نماید و حمیده زوجه خویش را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، شهادت حمیده به نفع احمد مورد پذیرش نیست. احمد در این مثال، زوج و حمیده زوجه است. همچنین، شهادت زوج به نفع زوجه مدار اعتبار نیست. به حیث مثال، اگر حمیده شرکت مضاربت را با جمیله ایجاد نماید و حمیده زوج خویش جمشید را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، شهادت جمشید به نفع حمیده مورد پذیرش نیست.

۲) شهادت اقارب تا به درجه دوم جواز ندارد. اقارب جمع قریب از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندان، نزدیکان و فامیل است.<sup>۳۷۰</sup> به حیث مثال، اگر احمد شرکت مضاربت را با محمود ایجاد نماید و جمشید پسر خویش یا فاروق نواسه خویش را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، شهادت جمشید و فاروق به نفع احمد مورد پذیرش نیست. احمد در این مثال، اصل و جمشید اقارب درجه و فاروق اقارب درجه دوم است. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرایط مربوط به شاهد است.

دلیل این قاعده عدم تهمت است. در فقه یکی از شرایط مربوط به شهادت عدم تهمت است. فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه در اثر تهمت شهادت رد می شود. تهمت عبارت از جلب نفع توسط شاهد برای مشهود له یا ضرری را از او دفع کردن است. بنابراین، شهادت والد برای ولد و، ولد ولد و شهادت ولد برای پدر و مادر و اجداد و شهادت خصم علیه خصم جواز ندارد. همچنین، به اتفاق نظر فقهاء شهادت دشمن دنیوی علیه دشمن قابل پذیرش نیست. ماده ۱۷۰۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «شرط است که بین شاهد و مشهود علیه عداوتی در امور دنیوی وجود نداشته باشد و این عداوت از طریق عرف دانسته می شود.»

اما، شهادت سایر خویشاوندان، مانند: شهادت برادر برای برادر، کاکا و ماما قابل پذیرش است. زیرا، هر یک عرفاً از همدیگر مستقل هستند.<sup>۳۷۶</sup> ماده ۱۷۰۰ مجله الاحکام در مورد عدم تهمت می گوید: «در ادای شهادت شرط است که ضرری از شاهد دفع نشود و نیز فایده ای عاید حال او نگردد یعنی شاهد را دفع ضرری و یا جلب منفعتی وادار به شهادت نکرده باشد. بنابراین، شهادت آباء، اجداد، امهات و جدات برای اولاد و نواسه ها و شهادت اولاد و نواسه ها برای آباء، اجداد، امهات و جدات قابل قبول نیست.

همچنین است شهادت زوجین برای همدیگر. اما، شهادت سایر خویشاوندان برای همدیگر قابل پذیرش است. همچنین، شهادت کسی که به پول شخص دیگری در جمله عایله اش اعاشه می شود، شهادت او برای اعاشه دهنده قابل پذیرش نیست. شهادت اجیر خاص برای مستأجر نیز قبول نمی گردد، اما اگر جماعتی خدمتکار یک شخص باشند، شهادت بعضی برای بعضی دیگر قابل پذیرش است. همچنین، شهادت یکی از دو شریک برای دیگری در مورد مال شرکت مورد پذیرش نیست. شهادت کفیل بالمال مبنی بر این که اصیل مکفول به را اداء نموده است، صحیح نیست. اما، شهادت یکی از این دو نفر به مفاد آن دیگری در سایر دعاوی قابل پذیرش است.»

#### ماده ۳۳۶: شهادت شریک در باره شریک و رفیق در باره رفیق

«شهادت شریک در باره شریک در حال شرکت و رفیق در باره رفیق در نفع صحیح نیست.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) شهادت شریک در باره شریک در حال شرکت صحیح نیست. شریک از «شرک» گرفته شده است که در لغت به معنی همدست، مُشارک و هم بهره است.<sup>۳۷۷</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی شریک شخصی است که در مال مشترک با شخص دیگری شریک است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در شرکت عنان شریک باشند و احمد بر جمشید دین داشته باشد و احمد بخواهد محمود را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، شهادت محمود در حالی که شراکت او با احمد جریان دارد به نفع احمد صحیح نیست.

۲) شهادت رفیق در باره رفیق در نفع صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد و محمود رفیق باشند و احمد بر جمشید دین داشته باشد و احمد بخواهد محمود را به عنوان شاهد در محکمه حاضر نماید، شهادت محمود به نفع احمد صحیح نیست. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرایط شاهد است. طبق ماده ۱۷۰۱ مجله: «شهادت یک رفیق برای رفیق دیگر قابل قبول است. اما، اگر دوستی ایشان به حدی رسد که یکی از آنها بتواند در مال دیگری تصرف کند، در چنین حالتی، شهادت یکی از آنها در مورد دیگری قابل پذیرش نیست.»

#### ماده ۳۳۷: تزکیه شهود

۳۷۶. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۲۳-۲۲۵؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۴۱-۶۰۴۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۸۳-۴۸۵.

«(۱) تزکیه شهود ملزمه چگونگی و شرایط تزکیه تابع احکام شریعت اسلام می باشد؛ و (۲) ستره محکمه مکلف است طرزالعمل تزکیه سری و علنی شهود ملزمه را مطابق به احکام شریعت اسلامی تنظیم و مرعی الاجرا قرار دهد.».

از نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

(۱) طبق نص این ماده قانونگذار ا. م. م مسایل مربوط به تزکیه شهود را به شریعت واگذار نموده است. بنابراین، قضات مکلف اند، در تزکیه شهود از فقه استفاده نمایند. طبق فقه زمانی که قاضی شهادت شهود را در یک قضیه استماع می نماید، نسبت به شهود حتماً یکی از سه موقف را اتخاذ می نماید: شناخت شاهد من حیث شخص عادل، شناخت شاهد من حیث شخص فاسق و یا عدم شناخت شاهد به صورت کل. در صورتی که قاضی شاهد را به حیث شخص عادل بشناسد، بدون تزکیه باید در مورد مدعی بها حکم صادر نماید. اما، در صورتی که شاهد به فسق و فجور شهرت داشته باشد، چون عادل بودن شهود یکی از شرایط صحت شهادت است، به اتفاق نظر همه فقهاء شهادتش قابل سمع نیست و بر قاضی واجب است تا شهادت وی را قبول ننماید. طبق فقه، در صورتی که قاضی شاهد را نشناسد یا شاهد مورد طعن قرار بگیرد، بر قاضی تزکیه شهود لازم است.<sup>۳۷۸</sup> ماده ۱۷۱۶ مجله الاحکام در مورد تزکیه شهود حکم می نماید که: «هنگامی که شهود شهادت دادند، قاضی از شخصی که شهادت علیه او صورت گرفته است، سؤال نماید که: در باره شهود چه می گویی؟ آیا اینها راستگو هستند یا نه؟ اگر مشهود علیه در جواب گفت: اینها در شهادت خویش عادل یا راستگو اند، در واقع راجع به مدعی به اقرار نموده است و به اساس اقرارش حکم صادر می شود و یا گفت: اینها شاهدان دروغگو هستند، یا گفت: عادل اند، مگر در این شهادت به خطاء رفته اند، یا گفت: این واقعه را فراموش کرده اند، یا گفت: این دو شاهد عادل اند، اما من از اینکه مال (مدعی به) از شخص مذکور باشد انکار دارم، قاضی به اساس شهادتش نباید حکم صادر نماید و عدالت و بی عدالتی شهود را از طریق تزکیه سری و علنی تحقیق نماید.» اما، «قاضی به تزکیه شهودی که عدالت شان در ضمن یک موضوع دیگر ثابت گردیده و به حضور وی ادای شهادت نموده اند، نباید مبادرت ورزد مشروط بر اینکه از این تزکیه شش ماه سپری نشده باشد، ولی اگر از تزکیه سابق شش ماه سپری گردیده باشد، قاضی شهود را بار دیگر تزکیه می کند.» با توجه به آنچه گفته شد، تعریف و انواع تزکیه و کسانی را که قاضی شهود را توسط آنها تزکیه می نماید ذیلاً بالترتیب مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- تعریف و انواع: تزکیه از ریشه «زکو» گرفته شده است که در لغت به معنی پاک گردانیدن است.<sup>۳۷۹</sup> در اصطلاح حقوقی تزکیه عبارت از معلوم نمودن عادل بودن شاهدان در صورت عدم علم قاضی در مورد عادل و فاسق بودن شاهدان به صورت سری و یا علنی. از تعریفی که در باره تزکیه ارایه شد، به

۳۷۸. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۷۳؛ و صبیحی

رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۲۹۶.

۳۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۱.

خوبی واضح می گردد که تزکیه دو نوع است: تزکیه سری و تزکیه علنی که هر یک را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

- تزکیه سری و نمونه مستوره: طبق ماده ۱۷۱۸ مجله الاحکام: «تزکیه سری به وسیله یک ورقه صورت می گیرد که آن را فقهاء به نام «مستوره» یاد می کنند، به این ترتیب که: قاضی در این ورقه اسم مدعی، مدعی علیه و شهود را نوشته، شهرت ایشان را تذکر می دهد و از پیشه، چهره، محل سکونت، اسمای پدر و اجدادشان نیز در آن ورق تذکر می دهند و اگر از مردم معروف باشند، اسمای شان را با شهرت شان در آن می نویسد و طوری ایشان را معرفی می نماید که از غیر خود به صورت کامل متمایز گردند. سپس، این ورق را در پاکت انداخته و سر آن را بسته و مهر و نشانی نموده و آن را به کسانی که به حیث مزکی تعیین گردیده اند، می فرستد.

حینی که پاکت به مزکی ها رسید، آن را باز می کنند و می خوانند. اگر شهودی که نام های شان در آن ورق نوشته شده عادل باشند، زیر نام هر یک از ایشان می نویسد: عادل است، شهادتش پذیرفته می شود. اگر شهود عادل نباشد، مزکی ها در برابر اسم های شهود باید بنویسند که: ایشان عادل نیستند و ورق را امضاء کنند و بدون اینکه کسی را از این موضوع واقف سازند، پاکت را مهر کرده و به طور محفوظ به قاضی اعاده نمایند.». در صورتی که تزکیه کننده در ورق بنویسد که: اشخاص مندرج در اوراق، اشخاص راستگو و عادل هستند، شهادت این اشخاص در محکمه پذیرفته می شود. اما، در صورتی که اشخاص تزکیه کننده شهودی که اسمای شان در ورق درج گردیده، عادل معرفی نکنند و در پایان ورق این موضوع را با امضای شان تأیید نمایند، بدون اینکه کسی را از این موضوع آگاه سازند، این اوراق را به شکل محفوظ به قاضی محکمه ذیصلاح اعاده نمایند، در چنین حالات قاضی محکمه ذیصلاح نباید شهادت این شهود را قبول و به اساس آن حکم صادر نماید.

ماده ۱۷۱۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هنگامی که مستوره سر بسته و مهر شده به قاضی اعاده گردیده و در آن به صراحت از عدالت شهودی یاد نگردیده، بلکه مزکی ها مطلبی را نوشته باشند که بیانگر جرح باشد به ترتیبی که در ورق مذکور نوشته باشند که: ما به حال شان واقف نیستیم و اینها مجهول الهویه می باشند، یا گفته باشند: خدا بهتر می داند، در چنین حالات قاضی شهادت شان را نپذیرد.». در ذیل نمونه ورقه تزکیه شهود (مستوره) ارایه می گردد:

شما ... راجع به دو نفر شاهدان هر یک « ولد » « چهره او ..... عمر او ..... ساله، ساکن »  
 « پیشه وی ..... نماز گذار مسجد » « و اسمی » « ولد » « چهره او .....  
 ..... عمر او ..... ساله، ساکن » « پیشه وی ..... نماز گذار مسجد » « در قضیه  
 مسماست » « بنت » « قوم » « ساکن » « که بالای اسمی  
 » « ولد » « ملیت » « ساکن » « راجع به  
 دعوی طلاق خود از جانب مدعی علیه » « شوهرش اقامه دعوی نموده بود، هر دو نفر شاهدان  
 مذکوران برای مسماست » « مدعیه عندالمحکمه هذا به تأریخ » « ادای شهادت نموده  
 اند. بنابراین، توسط مستوره هذا از شما پرسیده می شود که:

(۱) آیا شاهدان فوق الذکر عادل هستند؟

(۲) آیا شاهدان مذکوران تا به حال مقدوف به قذف نشده اند؟

(۳) آیا شاهدان مذکوران تا به حال مرتکب گناه کبیره نشده اند؟

(۴) آیا شاهدان مذکوران در این قضیه صادق هستند؟

هر اندازه معلوماتی که دارید بدون کم و کاست خدا را حاضر و ناظر دانسته معلومات خود را که کماحقه بنگارید و از مسؤولیت دنیا و آخرت خود را رهانیده و معلومات را به صورت سری به محکمه ارسال بدارید تا طبق آن اجراء شود.

- تزکیه علنی: طبق ماده ۱۷۲۰ مجله الاحکام: «تزکیه علنی به این ترتیب صورت می گیرد که: مزکی ها در حضور قاضی در حالی که دعوی کنندگان نیز حاضر هستند، احضار می شوند و شهود، تزکیه می گردند یا شهود و طرفین دعوی با شخص که در مورد تزکیه از قاضی نیابت می کند به محلی می روند که مزکی ها در آنجا حضور دارند و شهود به صورت علنی تزکیه می گردند.»

به نظر امام ابو حنیفه رحمته و امام ابو یوسف رحمته مناسب است تا مزکی ها دو نفر باشند. اما، امام محمد رحمته بر این نظر است که: جایز نیست مزکی ها در تزکیه سری از دو نفر کمتر باشند. زیرا، ولایت قاضی در صدور حکم مبتنی بر ظهور عدالت شهود است و این امر از طریق تزکیه شهود صورت می گیرد. بنابراین، همانطوری که عدالت شرط است، تعدد نیز شرط است. ماده ۱۷۲۱ مجله الاحکام نظر امام محمد رحمته را اختیار نموده و در این مورد تصریح می نماید که: «مناسب است که مزکی در تزکیه دو نفر باشد تا جانب احتیاط رعایت گردد هر چند یک مزکی نیز در این مورد کافی است.»

همچنین، طبق ماده ۱۷۲۲ مجله الاحکام: «تزکیه علنی از قبیل شهادت بوده و در آن شروط شهادت و نصاب آن اعتبار داده می شود. اما، لازم نیست مزکی ها لفظ شهادت را بر زبان آرند.» بنابراین، براساس اجماع علماء تمامی شرایط شهود از قبیل: عدالت، بلوغ، بینایی و امثال اینها در تزکیه علنی باید در مزکی نیز رعایت گردد. همچنین، باید افزود که: اگر عده ای از مزکی ها شهود را عادل و عده ای دیگر شهود را غیر عادل تلقی نمایند، قول مزکی های که شهود را غیر عادل تلقی می نمایند، ترجیح داده می شود و بنابراین قاضی نباید حکم خویش را بر اساس شهادت این شهود صادر نماید (ماده ۱۷۲۵ مجله الاحکام). در صورتی که در یک طرف دو مزکی باشد و شاهدان را عادل معرفی نمایند و در طرف دیگر یک مزکی باشد و شاهدان را غیر عادل معرفی نمایند، قاضی باید به حرف جانبی که دو تن هستند، ترجیح بدهد.

همچنین، در صورتی که هر دو طرف مساوی باشند، به نظر امام ابو حنیفه رحمته و امام ابو یوسف رحمته نظر جانبی را که شاهدان را غیر عادل دانسته اند، ترجیح داده می شود. اما، امام محمد رحمته بر این نظر است که: در چنین حالات قاضی نباید براساس شهادت آنها حکم خویش را صادر نماید، یعنی: نه آن را تأیید و نه رد نماید، بلکه موضوع را به حالت قبلی آن بگذارد تا اینکه شخص دیگری شهود را تزکیه نماید و سپس قاضی یکی از دو جانب را ترجیح دهد. سؤالی که در چنین حالات مطرح می گردد این است که: زمانی که یک بار شاهدان به طور سری تزکیه شوند، آیا می توان بار دوم آنها را تزکیه نمود؟ در پاسخ به

سؤال فوق، در کتاب های فتح القدير، خانيه و غيره ذكر شده است كه: ظاهراً واجب است كسى كه شاهد را به طور سرى تزكيه نموده به صورت علنى نيز او را تزكيه نمايد.

۳- اشخاصى كه توسط آنها شاهدان تزكيه مى شوند: تزكيه شهود از جانب كسانى صورت مى پذيرد كه شهود منسوب به آنها باشد. بنا بر اين، در صورتى كه شهود از جمله متعلمين باشند، تزكيه آنها توسط استادان و اگر از جمله منسوبين عسكرى باشند، توسط قوماندان قطعه يا مأمورين توسط مأمورين اداره مربوط، ساير افراد از طريق اصناف شان، و يا توسط وكلاى گذر و امثال اينها (ماده ۱۷۱۷ مجله الاحكام).<sup>۳۸۰</sup>

### ماده ۳۳۸: تعريف و مصداق قرينه قاطعه

«(۱) قرينه قاطعه آن است كه به دلالت آن وجود يك امر مجهول معلوم مى گردد. اين دلالت قرينه را به حد يقين رسانيده از ظاهر آن در اصل موضوع متنازع فيها استفاده به عمل مى آيد؛ و (۲) هرگاه شخصى تصرفات مالكانه شخص ديگرى را مدتى مشاهده نمايد و راجع به مالك بودن خود با وجود نبودن اعداز قانونى مانند صغارت، جنون و امثال آن دعوى نكند بعداً اگر دعوى نمايد دعوى ملكيت وى به دلالت قرينه قاطعه منتفى است.»

از اين ماده تعريف و يك قاعده در خصوص قرينه قاطعه استنباط مى گردد:

(۱) قرين جمع قرينه است. قرينه در لغت به معنى علامتى است كه دلالت بر شى مطلوب مى نمايد.<sup>۳۸۱</sup> همچنين، قرينه در لغت به معنى اماره و نشانه است.<sup>۳۸۲</sup> قرينه قاطعه آن است كه به دلالت آن وجود يك امر مجهول معلوم مى گردد.

(۲) اين دلالت قرينه را به حد يقين رسانيده از ظاهر آن در اصل موضوع متنازع فيها استفاده به عمل مى آيد. در اين خصوص و مثال اين ماده، ماده ۱۷۴۱ مجله الاحكام مى گويد: «قرينه قاطعه عبارت از اماره اى است كه به حد يقين برسد. به عنوان مثال، اگر كسى در دست داشتن كاردى خونين، هراسان و ترسان از خانه اى خالى از سكنه بيرون آيد و در همان دم به آن خانه بروند و كسى را سر بريده در آنجا بيابند، ترديدى باقى نماند كه قاتل اين شخص، همان است كه ديده اند و در اين مورد به احتمالات صرف، از قبيل اينكه مقتول خودكشى کرده است، التفات نمى شود.»

فقهای حنفیه، حکم به قرينه را در موارد بسیار دیگر نیز بیان کرده اند، مثلاً: اگر دو نفر در مورد کشتی ای که بار آن آرد است، باهم منازعه کنند و یکی از آنها تاجر و دیگری کشتی بان باشد، و هیچ کدام شاهد نداشته باشند، در این صورت به مالکیت تاجر بر آرد و مالکیت کشتی بان بر کشتی حکم می شود. زیرا، این قبیل قراین، به نظر و سنجش قاضی بستگی دارد و نیز اوضاع و احوال و عرف جامعه در آنها مؤثر

۳۸۰. محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجله الاحكام، مترجم: محمد صديق راشد سلجوقى، قسمت حجت و سوگند، ص ۳۳۸.

۳۸۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامى وادلته، جلد (۸)، كويته: انتشارات مكتب رشيديه، ص ۶۱۲۷.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۷۳

است و روی همین دلیل، این قبیل قراین «قراین عرفی» نامیده شده اند و امروزه، در امور جزایی کاملاً معتبر بوده، استفاده از آنها کاملاً در اختیار قاضی و وجدان اوست.<sup>۳۸۳</sup>

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت هرات:

فقره (۲) ماده (۳۳۸) قانون اصول محاکمات مدنی قابل توضیح است.

توضیح: قرینه قاطعه یکی اسباب حکم طبق ماده (۲۷۲) قانون اصول محاکمات مدنی بوده و در ماده (۱۷۴۱) مجله الاحکام چنین تعریف گردیده القرینه القاطعه هی الاماره البالغه حد الیقین. از تعریف فوق چنین استنباط میگردد که هر آن نشانه و علائم که موجب تیقن محکمه در حکم صادره اش گردد قرینه قاطعه بوده و سبب حکم شده می تواند تعیین مدت برای آن صورت نگرفته طوریکه تکمله رد المختار که اصلاً یک جلد بوده مطالعه گردید در صفحه (۴۵۴) مطلب تحریری فوق ریاست محکمه استیناف هرات به نظر نرسید و مثال های قرینه قاطعه در موضوع حقوقی و مدنی در ماده (۱۶۵۹) مجله الاحکام و شرح آن ذکر گردیده است عندالضرورت می توان با مراجعه به آن حل مطلب نمود.<sup>۳۸۴</sup>

۲) هرگاه شخصی تصرفات مالکانه شخص دیگری را مدتی مشاهده نماید و راجع به مالک بودن خود با وجود نبودن اعدار قانونی مانند صغارت، جنون و امثال آن دعوی نکند بعداً اگر دعوی نماید دعوی ملکیت وی به دلالت قرینه قاطعه منتفی است. تعریف عذر گذشت. صغارت در لغت به معنی کوچکی و خوردی است.<sup>۳۸۵</sup> تعریف جنون قبلاً گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد مشاهده نماید که محمود در یک دربند حویلی در خیرخانه زندگی، رفت و آمد، در حویلی درخت غرس، بر منزل اول منزل دوم ایجاد می نماید و سایر تصرفات را انجام می دهد و در خصوص مالک بودن خویش با وجود نبود اعدار مانند صغیر بودن، مجنون بودن، معتوه، سفیه و نظیر اینها اقامه دعوی نمی نماید، اگر سپس احمد دعوی ملکیت علیه محمود را اقامه نماید، دعوی احمد قابل سمع نیست. رفت و آمد، غرس درخت، احداث منزل دوم بر منزل اول و سایر تصرفات مصادیق قرینه قاطعه است که دلالت بر ملکیت محمود می نماید. همچنین، عدم اقامه دعوی در ابتداء توسط احمد قرینه قاطعه مبنی بر عدم مالک بودن احمد است. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تعریف قرینه قاطعه و ارایه مثال است.

پرسش ۴۶:

اگر قرینه قاطعه تعریف و مصادیق آن معین گردد بهتر خواهد بود.

۳۸۳. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۳۱۰ و ۳۱۱؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۹۷ و ۴۹۸.

۳۸۴. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۱۷ و ۱۱۸.

(آخرین بازدید 2016 / 8 / 31). <https://www.vajehyab.com> 385.

**توضیح:** براساس نظریات حقوقی قرینه عبارت است از: «آثار و نتایجی که قانون یا قاضی برای دستیابی و معرفت یک امر مجهول از یک امر ثابت و معلوم استنباط می نماید.»<sup>۳۸۶</sup> طور مثال، شخصی متهم به ارتکاب جرم سرقت از منزلی می شود، ولی برای ثابت شدن جرم، شاهد وجود ندارد و خود متهم هم اقرار نمی کند، لیکن آثار انگشتان او در دروازه منزل ثابت می شود و همچنین یک مقدار مال مسروقه از نزدش به دست می آید، پس ثابت شدن آثار انگشتان او یافت شدن مقدار اموال مسروقه از نزدش قرائنی هستند که ارتکاب سرقت را توسط وی ثابت می کند و یا دو نفر داخل چهار دیواری خالی می شوند بعداً یکی از آنها بیرون می آید در این اثنا جسد نفر دومی که به قتل رسیده، از داخل چهار دیواری به دست می آید، پس همه این حالات قرینه است که ارتکاب قتل را توسط شخص اولی ثابت می سازد.

به همین ترتیب، مجموعه قرائنی مادی در فقرة (۵) ماده (۱۹) قانون اجراءات جزایی تسجیل گردیده، در واقع هر کدام قرینه هستند که با کمک قرائن دیگر می توان در روشنی آن امر مجهول را که عبارت از وقوع جرم و انتساب آن به متهم می باشد توضیح و کمک نمود. البته لازم است بین دو قرینه رابطه سببیت منطقی و عقلانی موجود باشد. چنانچه در فقرة (۳) ماده (۱۹) قانون اجراءات جزایی، در مورد ضرورت این رابطه وضاحت داده شده است. اما قرینه قاطعه آن است که افاده قطع و یقین را نماید، یعنی برای وصول یقین در مورد آن، احتیاج به قرینه دیگری نباشد. مثلاً دریافت واسکت انتحاری در بدن شخص، آنهم در محلی که قصد انتحار را دارد و بالاخره قرینه که در ماده (۳۳۸) قانون اصول محاکمات مدنی ذکر شده است.

باید توجه کرد که دلایل و امارات (علامت و نشانی ها) که در واقع استنتاج گریک واقعه از واقعه دیگری است به سبب احتمال و امکان بوده، دلیل مستقیم در اثبات واقعه و اثبات انتساب آن به متهم نمی گردد، بلکه در تقویت دلایل دیگری می توانند ممد واقع شود. مثلاً هرگاه محکمه در مورد شهادت شک کند ولی موجودیت قرینه، امارات و دلایل دیگر صحت شهادت را تقویت نماید، شک قاضی مرفوع گردیده و منجر به اقناع وی در صدور حکم می شود.<sup>۳۸۷</sup>

#### ماده ۳۳۹: تعریف و شرط استناد به قرینه مستنبطه

«(۱) قرینه مستنبطه قرینه ای است که محکمه از حالات مربوط به دعوی و جریان محاکمه آن را استنباط و بعد به حیث دلیل در حکم خود به آن اتکا می نماید؛ و (۲) اتکاء به قرینه مستنبطه در صورت وجود نص صریح قانون جواز ندارد.»

از نص این ماده تعریف و یک قاعده در خصوص قرینه مستنبطه استنباط می گردد:

(۱) قرینه مستنبطه قرینه ای است که محکمه از حالات مربوط به دعوی و جریان محاکمه آن را استنباط و بعد به حیث دلیل در حکم خود به آن اتکا می نماید. تعریف حکم و محاکمه در فصل اول گذشت. استنباط از ریشه «نبط» گرفته شده است که در لغت به معنی کشف و بیرون کشیدن امر پنهان است.<sup>۳۸۷</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، استنباط عبارت از استخراج و برداشت حکم از منابع حقوق به خصوص قانون است. اتکاء در لغت به معنی تکیه کردن است.

۳۸۶. \_\_\_\_\_ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۱۰۰ و ۱۰۱.

۳۸۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۲.



برخی نویسندگان در خصوص قرینه مستنبطه چنین مثال می آورند: «هرگاه مدعی به استناد ورقه عرفی ای که امضاء و شصت مدعی علیه در آن به ملاحظه برسد، دعوی دین مبلغ یک صد هزار افغانی را علیه مدعی علیه اقامه نماید و مدعی علیه از دعوی انکار و تصدیق امضاء و شصت خود را نیز انکار کند، قاضی می تواند ورقه عرفی را که مدعی علیه در آن اقرار نموده و به امضاء و شصت او رسیده باشد، به هیأت کریمنال تخنیک و اهل خبره ارسال نماید. در صورتی که اهل خبره امضاء و شصت مدعی علیه در ورقه عرفی را تأیید نماید، در این صورت قاضی می تواند با در نظر داشت حالات مربوط به دعوی، نظریه کریمنال تخنیک را به حیث قرینه مستنبطه قبول نموده و با استناد به آن به نفع مدعی حکم صادر نماید.»<sup>۳۸۸</sup>

۲) اتکاء به قرینه مستنبطه در صورت وجود نص صریح قانون جواز ندارد. صریح در لغت به معنی واضح و روشن است. تعریف اتکاء و نص گذشت. به حیث مثال، طبق ماده ۱۳۷۴ ق. م: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.» طبق نص این ماده پرداخت یک قسط اجرت، قرینه ای است مبنی بر این که مدیون سایر اقساط را پرداخته است. این اصل است. استثنای این اصل این است که داین ثابت نماید مدیون سایر اقساط را نپرداخته است. در چنین حالات استنباط قرینه مستنبطه به نظر می رسد که توسط قاضی به دلیل وجود نص جواز ندارد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تعریف قرینه مستنبطه شرط استناد به آن است.

### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۴):

در ماده (۱۰۳۱) قرینه قانونی و در ماده (۱۰۳۴) قرینه مستنبطه از دعوی توضیح شود.  
توضیح: هدف از قراین قانونی مواردی است که در مواد (۱۶۳ و ۱۷۳) اصولنامه اداری به ارتباط مواد (۱۷۴۱ و ۱۶۵۹) مجله الاحکام پیش بینی گردیده و قراینی که در جریان محاکمه و دفع دعوی به ظهور می پیوند قراین مستنبطه دانسته می شود و یا به عباره دیگر به سویه قانونی پیش بینی نشده ولی در جریان محاکمه به میان می آید.<sup>۳۸۹</sup>

### ماده ۳۴۰: توجیه سوگند به مدعی علیه در صورت عجز از ارائه وسایل اثباتیه

«هرگاه مدعی از ارائه وسایل و مدارک اثباتیه دیگر در محکمه عاجز بماند می تواند به مدعی علیه توجیه سوگند نماید. در این صورت، محکمه به اثر مطالبه مدعی، مدعی علیه را سوگند می دهد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) هرگاه مدعی از ارائه وسایل و مدارک اثباتیه دیگر در محکمه عاجز بماند می تواند به مدعی علیه توجیه سوگند نماید. تعریف مدعی، وسایل و مدارک اثباتیه، عاجز و مدعی علیه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود ده لک افغانی مدیون او است اما سند و شاهد نداشته باشد و محمود نیز اقرار ننماید، احمد می تواند به محمود توجیه سوگند نماید. دلیل این قاعده این است که سوگند یکی از

۳۸۸. یادگار راجی (\_\_\_) توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد دوم، ص ۱۰۳۳.

۳۸۹. \_\_\_ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۴.

ضعیف ترین وسایل اثبات دعوی است که مدعی در صورت عدم داشتن سایر وسایل اثباتیه می تواند به آن متوسل شود.<sup>۳۹۰</sup>

۲) در این صورت، محکمه به اثر مطالبه مدعی، مدعی علیه را سوگند می دهد. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه می تواند از محمود مطالبه نماید تا سوگند اداء نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده به رسمیت شناختن سوگند به عنوان یکی از وسایل اثبات دعوی است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه هرگاه مدعی فاقد سایر وسایل اثبات باشد، می تواند از محکمه سوگند مدعی علیه را مطالبه نماید. زیرا در این مورد قاعده حقوقی - فقهی وجود دارد که تصریح می نماید: «ارایه بینه بر مدعی و قسم بر منکر است.»<sup>۳۹۱</sup> ماده ۱۶۸۴ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «یکی از اسباب حکم، یمین و یا نکول از آن است یعنی اگر مدعی عجز خود را از اثبات دعوی ظاهر نماید، در اثر مطالبه مدعی بر مدعی علیه سوگند توجیه می گردد. اما، اگر شخصی بالای دیگری چنین ادعاء نمود که تو وکیل فلان شخص می باشی، و وکیل از وکالت انکار نماید، در این صورت تحلیف وی لازم نمی باشد. همچنین، اگر دو نفر بر مالی ادعای ملکیت نمایند که در دست شخص ثالث قرار داشته باشد، و هر یک از مدعیان بگویند: مال را از وی خریداری نموده است و مدعی علیه اقرار نماید که مال را به یکی از آنها فروخته است و از دعوی دیگری انکار به عمل آورد، به شخص مذکور یمین متوجه نمی شود. استتجار، ارتهان و اتهاپ در این خصوص مانند خریدن است.»

#### ماده ۳۴۱: ادای سوگند از سوی مدعی علیه

«هرگاه مدعی علیه در محکمه سوگند نمود دعوی مدعی رد گردیده به قطع خصومت فعلی حکم صادر می شود.»

نص این ماده مرتبط و مکمل ماده ۳۴۰ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هرگاه مدعی علیه در محکمه سوگند یاد نماید، دعوی مدعی رد گردیده محکمه مکلف است به قطع خصومت فعلی حکم صادر نماید. تعریف خصومت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود ده لک افغانی مدیون او است اما سند و شاهد نداشته باشد و محمود نیز اقرار نماید، احمد می تواند به محمود توجیه سوگند نماید. در این صورت، محکمه به اثر مطالبه مدعی، مدعی علیه را سوگند می دهد. اگر محمود سوگند ادا نماید که مدیون احمد نیست، محکمه مکلف است حکم به قطع خصومت میان احمد و محمود نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و اثر ادای سوگند است.

#### ماده ۳۴۲: سوگند واحد در دعاوی حاوی مطالبه متعدد

۳۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۶۸؛ و محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۵۱۲۵. ۳۹۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۶۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۹۴.

«در صورتی که دعوی حاوی مطالب متعدد باشد به سوگند واحد اکتفا می شود.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که دعوی حاوی مطالب متعدد باشد به سوگند واحد اکتفا می شود. تعریف دعوی در فصل اول گذشت. حاوی در لغت به معنی دربرگیرنده است. اکتفاء در لغت به معنی بسنده و کفایت کردن است.<sup>۳۹۲</sup> به عنوان مثال، هرگاه احمد بر علیه محمود دو دعوی: دعوی غصب و دعوی قرض را اقامه نماید و برای اثبات این دو وسیله اثبات از قبیل: شاهد و سند نداشته باشد و پیشنهاد سوگند به محمود را نماید، قاضی باید جهت اثبات و عدم اثبات هر دو دعوی محمود را یک قسم بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم طلبات متعدد در یک دعوی است. ماده ۱۷۵۰ مجله الاحکام است که در این مورد حکم می نماید: «در مجموعه دعاوی مختلفه، یک سوگند کفایت می کند و اجرای سوگند به هر یک از موارد لازم نمی شود.».

#### ماده ۳۴۳: سوگند و نکول از سوگند خارج از محکمه

«سوگند یا نکول از سوگند در محکمه به حضور خصم یا قایم مقام وی اعتبار دارد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده، سوگند یا نکول از سوگند در محکمه به حضور خصم یا قایم مقام وی اعتبار دارد. سوگند در لغت به معنی یمین، حلف و قسم است.<sup>۳۹۳</sup> ق. ا. م. م. تعریفی برای سوگند ارائه نکرده است. در اصطلاح فقهی به تأکید گذاردن بر چیزی یا حقی یا سخنی نفیاً یا اثباتاً با یاد کردن نام خداوند ﷻ یا وصفی از اوصاف او یمین گویند. همچنین، در مقام اثبات قضایی، تعریفی ویژه نیز در مورد سوگند ارائه شده است: «یمین عبارت از تأکید گذاردن بر ثبوت یا نفی حق در حضور قاضی و در مجلس قضاء با یاد کردن نام خداوند ﷻ و یا برخی از اوصاف او با شرایط خاص.».<sup>۳۹۴</sup> حقوقدانان تعاریفی متعددی برای یمین ارائه کرده اند. داکتر امامی در تعریف سوگند می گوید: سوگند عبارت است از گواه قرار دادن خداوند ﷻ بر صحت گفتار یاد کننده.<sup>۳۹۵</sup>

داکتر کاتوزیان در تعریف سوگند می گوید: «اعلام اراده ای است که به موجب آن شخصی خدا ﷻ را شاهد صداقت خود در اظهارات و التزامات بیان شده می گیرد.» طبق این تعریف، سوگند اعلام اراده ای تشریفاتی است که به نام خداوند ﷻ انجام می شود و اعلام کننده به تنها شاهد راستگویی خود را خداوند ﷻ می سازد و بدین وسیله خود را در معرض مکافات قسم دروغ قرار می دهد. پس، اثر نامتعارف این اعلام در محاکمات منوط به درجه ایمان گوینده به عالم غیب و عدل خداوند ﷻ است. بنابراین، سوگند اخباری تشریفاتی است که به موجب آن شخص خداوند ﷻ را بر صدق اظهاری یا عهد خود گواه می گیرد در حالی که علی القاعده نباید صرف گفتار اشخاص به نفع آنها قابل استناد باشد ترتیب اثر دادن به گفتاری که به قید سوگند باشد مبتنی بر جنبه دینی سوگند یعنی ترس از خدا ﷻ است

392. <https://www.vajehyab.com> (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

۳۹۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۲۶۸؛ و محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۵۱۲۵.

۳۹۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کوپته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۶۳ و ۶۰۶۴.

۳۹۵. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۲۵.

اگر چه نباید جنبهٔ دنیوی آن یعنی بیم از مجازات سوگند دروغ را دست کم نسبت به بعضی، از یاد برد.<sup>۳۹۶</sup>

داکتر سنهوری در تعریف سوگند می گوید: «سوگند قولی است که یاد کننده سوگند به عنوان دلیلی بر صدق گفتهٔ خویش و یا منجز گردانیدن امری در آینده بر خویش، به نحوی که: اگر آن را بشکند مستوجب عقوبت الهی می شود.» طبق این تعریف سوگند صرف یک عمل مدنی نیست، بلکه یک عمل دینی نیز است. همچنین، سوگند گاهی برای تأکید قول است و گاهی برای تأکید گذاردن بر وعده.<sup>۳۹۷</sup> نکول در لغت خودداری از ادای سوگند است.<sup>۳۹۸</sup> در اصطلاح حقوقی، معنی اصطلاحی نکول از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، نکول خودداری از سوگند است که توسط مدعی یا قاضی متوجه مدعی علیه شده است. خصم در لغت به معنی دشمن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به هر یک از طرفین دعوی خصم و به هر دوی آنها متخاصمان گویند.<sup>۳۹۹</sup> قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.<sup>۴۰۰</sup> طبق نص این ماده شرط است که هم سوگند و هم نکول از سوگند در محکمه به حضور خصم یا نمایندهٔ خصم مانند وکیل، ولی، وصی و قیم خصم صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی بر محمود داشته باشد و محمود در خارج از محکمه قسم ادا نماید که من فرضدار نیستم یا از ادای قسم انکار کند، این سوگند و نکول ارزش اثباتی ندارد. زیرا، خارج از محکمه و در عدم حضور خصم یا نایب او صورت گرفته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط سوگند که محل سوگند و حاضر بودن خصم یا نایب او است می باشد.

#### ماده ۳۴۴: عدم جواز نیابت در سوگند

«قبول سوگند یا نکول از سوگند به شخص مدعی علیه مربوط است. به امتناع وکیل از سوگند یا نکول وی اثری مرتب نیست.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱) قبول سوگند یا نکول از سوگند به شخص مدعی علیه مربوط است. تعریف سوگند، نکول و مدعی علیه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود ده لک افغانی مدیون او است اما سند و شاهد نداشته باشد و محمود نیز اقرار ننماید، احمد می تواند به محمود توجیه سوگند نماید. در این صورت، قبول سوگند و نکول از سوگند مربوط محمود است و محمود نمی تواند برای ادای سوگند یا نکول از سوگند وکیل تعیین نماید.

۳۹۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۹۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۲)، تهران: نشر میزان، صص ۱۸۳ و ۱۸۴.

۳۹۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۵۱۴.

398. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

۳۹۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۹.

۴۰۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۳)، ص ۲۷۸.

باب دوم: استدعا و مبادی دعوا- فصل پانزدهم: اسباب حکم (وسایل ثبوت) ۲۷۹

۲) به امتناع وکیل از سوگند یا نکول وی اثری مرتب نیست. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.<sup>۴۰۱</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، وکیل محمود از ادای سوگند پرهیز نماید، هیچ اثری بر آن مرتب نمی شود. عبارت این ماده نازیبا و عاری از ایراد نیست. زیرا، قانونگذار ا. م. م از یکطرف عبارت امتناع و سپس نکول را استعمال نموده است که هر دو یک مفهوم را افاده می نمایند. همچنین، عبارت این ماده زاید به نظر می رسد. زیرا، بند اول این ماده کافی و بسنده است که به موجب آن در سوگند نیابت جواز ندارد و سوگند و نکول از سوگند مربوط مدعی علیه می شود. قابل توصیه است نص این ماده توسط قانونگذار اصلاح گردد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز نیابت در سوگند است.

#### ماده ۳۴۵: اسقاط حق سوگند

«هرگاه مدعی حق سوگند خود را اسقاط نماید محکمه به ترك خصومت مدعی حکم صادر می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مدعی حق سوگند خود را اسقاط نماید محکمه مکلف است به ترك خصومت مدعی حکم صادر نماید. تعریف حکم و مدعی در فصل اول گذشت. ترك در لغت به معنی رهایی و رها کردن است. تعریف خصومت گذشت. به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی تركه خصومت عبارت از ترك دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود ده لک افغانی مدیون او است اما سند و شاهد نداشته باشد و محمود نیز اقرار ننماید، احمد می تواند به محمود توجیه سوگند نماید. در صورتی که احمد قبل از این که محمود سوگند ادا نماید، از دادن سوگند به محمود منصرف شود، قاضی باید به ترك خصومت میان احمد و محمود حکم صادر نماید. دلیل این قاعده این است که توجیه سوگند از جمله حقوق متداعیان است. بنابراین، در صورتی که مدعی از ادای سایر وسایل اثبات، مانند: شهود و سند عاجز گردد، می تواند از سوگند استفاده نماید. در چنین حالتی، قاضی محکمه ذیصلاح چاره ای جز متوسل شدن به صدور حکم مبنی بر ترك خصومت ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم جواز اسقاط حق سوگند است.

متحدالمال شماره (۴۱ الی ۱۱۵) مؤرخ ۱۳۹۷/۱/۲۱، ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه شماره (۱۱۵) مؤرخ ۱۳۹۷/۱/۵، شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است.

از لابلای بررسی اجراء قضائی محاکم ولایات دیده می شود که قضات در رابطه به اخذ محصول از فیصله های که بر اساس اسقاط حلف به ترك خصومت تصمیم اتخاذ می گردد، دیدگاه متفاوت داشته اند که ذیلاً به آن اشاره می نمایم:

۱- تعدادی از قضات با در نظر داشت صراحت ماده (۳۴۵) قانون اصول محاکمات مدنی باور دارند که فیصله های صادره، مبنی بر اسقاط حلف همانند فیصله ترك خصومت پیشبینی شده در ماده (۱۵۴) قانون مذکور بوده، تابع محصول فیصدی نمی باشد و از قضایا عملاً محصول اخذ نمی دارند.

۲- تعداد دیگری از قضات، باور شان بر این است که فیصله های فوق الذکر به دلیل انجام مراحل محاکمه و خدمات کامل قضائی با هم مشابهت و همگونی نداشته بلکه نظر به موقف اسقاط کننده حلف تابع محصول فیصدی می باشد و از قضا یا عملاً محصول اخذ می نمایند.

با در نظر داشت دیدگاه فوق باور قضات ریاست عمومی تفتیش قضائی بر این است که چون تصمیم قضائی به استناد ماده (۳۴۵) قانون اصول محاکمات مدنی بعد از طی مراحل محاکمه الی وصول نتیجه مطلوبه و انجام خدمات کامل قضائی در قالب فیصله ترک خصومت مطابق صراحت ماده مذکور صادر می گردد با فیصله ترک خصومت مندرج ماده (۱۵۴) قانون فوق الذکر مشابهت نداشته و تابع محصول فیصدی بوده و با در نظر داشت موقف اسقاط کننده حلف محصول اخذ گردد.

با وصف آن، اینک به منظور توحید دیدگاه و ایجاد رویه واحد قضایی مبنی بر اخذ محصول فیصدی، بالوسیله پیشنهاد هذا خواهان توضیح و رهنمائی می باشیم.

مقام محترم ستره محکمه، طی حکم مؤرخ ۱۳۹۶/۱۱/۳۰ هدایت فرموده اند که ریاست تدقیق و مطالعات، در مورد ابراز نظر صورت گیرد. حسب هدایت مقام محترم ستره محکمه، مدققین قضائی ریاست تدقیق و مطالعات در مورد ذیل ابراز نظر نموده اند:

به نظر ما: طبق صراحت ماده (۱۵۴) قانون اصول محاکمات مدنی در صورتی که مدعی دعوی را ترک نماید، درین حالت موضوع غیابت مطرح می باشد زیرا مدعی بعد از تقدیم صورت دعوی خود در میعاد معینه به محکمه حاضر نمیگردد و محکمه فیصله مبنی بر ترک خصومت را صادر مینماید که این ترک خصومت تابع محصول نمی گردد.

هرگاه طبق صراحت ماده (۳۴۵) قانون مذکور، مدعی حق سوگند خود را اسقاط نماید محکمه به ترک خصومت مدعی حکم صادر می نماید. از فحوای ماده مذکور چنین استنباط می گردد، که اگر مدعی حق شرعی و قانونی خویش یعنی مطالبه سوگند از مدعی علیه را اسقاط نماید، این اسقاط در حقیقت عدم اثبات دعوی می باشد.

بناءً در ماده (۱۵۴) مدعی دعوی را ترک نموده اما در ماده (۳۴۵) مدعی ترک دعوی ننموده بلکه مدعی حق سوگند خود را اسقاط نموده که منجر به عدم اثبات دعوی میگردد پس ترک خصومت مندرج ماده (۱۵۴) اختیاری و شکلی بوده و تابع محصول نمیباشد و ترک خصومت مندرج ماده (۳۴۵) در نتیجه حکم محکمه در ماهیت دعوی بوده، که طبق صراحت قانون تعرفه محصول دولتی تابع یک فیصد محصول عدم اثبات می باشد.

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۷/۱/۵ شورایعالی مطرح و در زمینه طی تصویب شماره (۱۵) هدایت ذیل صدور یافت:

نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تائید است، موضوع جهت توحید مرافق قضائی به جمیع محاکم متحدالماً اخبار گردد. ۴۰۲

### ماده ۳۴۶: نکول از سوگند

«در صورتی که مدعی علیه از سوگند نکول نماید محکمه او را به رد و یا سپردن مدعی بها به مدعی محکوم می سازد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که مدعی علیه از سوگند نکول نماید محکمه او را به رد و یا سپردن مدعی بها به مدعی محکوم می سازد. تعریف مدعی علیه و مدعی بها در فصل اول گذشت. تعریف سوگند و نکول در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید اما محمود از ادای سوگند امتناع ورزد، قاضی مکلف است محمود را به سپردن صد لک افغانی به احمد محکوم نماید.

همچنین، اگر احمد ادعا نماید که محمود موتر من را گرفته است و برای اثبات ادعای خود شاهد و سند نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، اما محمود از ادای سوگند امتناع ورزد، محکمه مکلف است حکم به سپردن مدعی بها به احمد نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر نکول یا پرهیز از سوگند است. طبق ماده ۱۸۲۰ مجله الاحکام: «وقتی مدعی علیه از قسم نکول کرد، قاضی به اساس نکولش حکم کند و اگر بعد از نکول گفت: قسم می خورم، به آن التفاتی نشود.».

### ماده ۳۴۷: متوسل شدن مدعی علیه به دفع صحیح

«مدعی علیه می تواند در مقابل دعوی مدعی به دفع صحیح متوسل گردد. دفع مدعی علیه در حالات ذیل دفع صحیح شناخته می شود:

- ۱- مدعی از دعوی خود ابراء نموده است؛
- ۲- مدعی بها را مدعی هبه نموده است؛ و
- ۳- مدعی بهارا از مدعی خریده است.
- ۴- به مدعی حق مطلوبه را ایفا نموده است.».

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد. نخست این که مدعی علیه می تواند در مقابل دعوی مدعی به دفع صحیح متوسل گردد. تعریف مدعی و مدعی علیه در فصل اول گذشت. دفع در لغت به معنی دور کردن، راندن از نزد خود و پس زدن است.<sup>۴۰۳</sup> صحیح در لغت به معنی درست و سالم است. متوسل در لغت به معنی وسیله جوینده است. در اصطلاح حقوقی، متوسل عبارت از وسیله جستن به اسباب و دلایل است.<sup>۴۰۴</sup> دوم این که قانونگذار ا. م. م مواردی که مدعی علیه می تواند به دفع صحیح متوسل شده است حصر کرده است. این موارد قرار ذیل اند:

(۱) مدعی از دعوی خود ابراء نموده است. تعریف مدعی، ابراء و دعوی در فصل اول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است و احمد سند و شاهد نداشته

403. <https://www.vajehyab.com> (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

404. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

باشد و سوگند را متوجه محمود نماید و محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که احمد دین را ابراء داده است.

(۲) مدعی بها را مدعی هبه نموده است. هبه از ریشه «وهب» گرفته شده است که در لغت به معنای انعام، بخشش، بخشیدن و دادن چیزی برای کسی بدون عوض است.<sup>۴۰۵</sup> در اصطلاح حقوقی و فقهی نیز هبه عبارت از عقدی است که به موجب آن يك نفر مالی را مجاناً به شخص دیگری در زمان حیات تملیک می کند. زیرا، هبه بدون عوض بعد از مرگ وصیت است.<sup>۴۰۶</sup> به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که اسپان محمود مال من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که احمد این اسپان را برای من هبه نموده است.

(۳) مدعی بها را از مدعی خریده است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که اسپان محمود مال من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که احمد این اسپان را برای من فروخته است.

(۴) به مدعی حق مطلوبه را ایفا نموده است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید و محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که دین احمد را اداء نموده ام. به نظر می رسد نص فقره دوم ماده ۳۴۷ ق. ا. م. م حصری است. زیرا، قانونگذار ا. م. م مصادیق دفع صحیح را حصر کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی جواز متوسل شدن به دفع صحیح و احصای موارد و مصادیق آن است.

#### ماده ۳۴۸: اثبات مصادیق دفع صحیح توسط مدعی بالدفع

«(۱) هرگاه مدعی بالدفع از اثبات دفع عاجز شود، می تواند سوگند مدعی اصل را مطالبه نماید؛ و (۲) در صورت نکول مدعی از دعوی دفع مدعی علیه دعوی مدعی اصل رد گردد محکوم علیه قرار می گیرد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) هرگاه مدعی بالدفع از اثبات دفع عاجز شود، می تواند سوگند مدعی اصل را مطالبه نماید. مدعی بالدفع، عبارت از شخصی است که به دفع صحیح متوسل می شود. تعریف عجز گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که دین احمد را اداء نموده ام. در چنین حالتی، شرط است که محمود با ارایه وسایل اثبات مانند سند، شهود و نظیر اینها ثابت نماید که دین را پرداخته است. در صورت عجز از اثبات محمود می تواند، سوگند را به

۴۰۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۰؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۹۲۰.

۴۰۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۰؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۵)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۹۸۰؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۹۲۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۵۶ و ۲۲۵۷.



احمد توجیه نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می شود که در صورتی که مدعی بالدفع نتواند ابراء، هبه، ایفای حق و یا خرید مدعی بها را با ارایه وسایل اثبات ثابت نماید، می تواند قسم را به مدعی پیشنهاد نماید.

۲) در صورت نکول مدعی از دعوی دفع مدعی علیه، دعوی مدعی اصل رد و محکوم علیه قرار می گیرد. در این صورت، مدعی میان دو امر اختیار دارد: ادای سوگند و نکول از سوگند. در صورت ادای سوگند مدعی محکوم له قرار می گیرد و در صورت نکول از سوگند محکوم علیه. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود نتواند ابراء، هبه، ایفای حق و یا خرید مدعی بها را با ارایه وسایل اثبات ثابت نماید، می تواند قسم را به احمد پیشنهاد نماید. در صورتی که احمد سوگند اداء ننماید، دعوی را می بازد و محکوم علیه قرار می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی بار اثبات توسط مدعی علیه و در صورت رد سوگند به مدعی، اثر آن است.

#### ماده ۳۴۹: ادای سوگند توسط مدعی

«هرگاه مدعی در مقابل دفع مدعی علیه دایر بر ایفاء هبه، شراء، ادای سوگند نماید، در این صورت مدعی علیه ملزم قرار می گیرد.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۳۴۸ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هرگاه مدعی در مقابل دفع مدعی علیه دایر بر ایفاء هبه، شراء، ادای سوگند نمود در این صورت مدعی علیه ملزم قرار می گیرد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود نتواند ابراء، هبه، ایفای حق و یا خرید مدعی بها را با ارایه وسایل اثبات ثابت نماید، می تواند قسم را به احمد پیشنهاد نماید. در صورتی که احمد سوگند اداء ننماید، ادعای او ثابت می گردد و محمود محکوم علیه قرار می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر ادای سوگند توسط مدعی است.

#### ماده ۳۵۰: اقرار و عدم اقرار مدعی بالدفع

«دفع متضمن اقرار در صورت عدم اثبات، مدعی علیه را محکوم به پرداخت مدعی بها می سازد. در دفع غیرمتضمن اقرار جریان دعوی به حالت اصلی ادامه می یابد.»

نص این ماده مرتبط و مکمل مواد ۳۴۸ و ۳۴۹ ق. ا. م. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) دفع متضمن اقرار در صورت عدم اثبات، مدعی علیه را محکوم به پرداخت مدعی بها می سازد. تعریف دفع در بالا گذشت. متضمن در لغت به معنی ضامن و در برگیرنده است. تعریف مدعی علیه و مدعی بها در فصل اول این کتاب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که اسپان محمود مال من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که احمد این اسپان را برای من فروخته است. اما، اگر محمود به گونه ای به دفع صحیح متوسل شود که در برگیرنده اقرار او باشد، به حیث مثال، بگوید احمد اسپان را برای من فروخته است اما خرید اسپان را نتواند با ارایه سند و شاهد اثبات نماید و به نحوی اقرار نماید که اسپان مال احمد است، محکمه مکلف است محمود را محکوم به رد اسپان به احمد نماید.

۲) در دفع غیرمتضمن اقرار جریان دعوی به حالت اصلی ادامه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که اسپان محمود مال من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که احمد این اسپان را برای من فروخته است. اما، اگر محمود نتواند خرید اسپان را با ارایه سند و شهود ثابت نماید و اقرار نیز ننماید و سوگند را به احمد رد ننماید، دعوی احمد علیه محمود و از محمود علیه احمد ثابت نمی شود و دعوی به حالت اصلی بر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر اقرار و عدم اقرار مدعی بالدفع است.

### ماده ۳۵۱: رعایت شرایط عمومی دعوی در دعوی بالدفع

«دعوی دفع مستلزم رعایت سایر شرایط قانونی دعاوی می باشد.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی به احکام ق. ا. م. م در خصوص شرایط عمومی دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است و احمد سند و شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، محمود می تواند به دفع صحیح متوسل شود و بگوید که دین احمد را اداء نموده ام. در چنین حالتی، شرط است که محمود دارای اهلیت حقوقی باشد. اهلیت حقوقی مدعی و مدعی علیه یکی از شرایط عمومی دعوی است. تفصیل بقیه شرایط دعوی در فصل دوم گذشت. بنابراین، همه آن شرایط در خصوص دعوی دفع قابل رعایت است. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تطبیق شرایط عمومی دعوی بر دعوی دفع است.

### ماده ۳۵۲: سوگند متمم و موارد توجیه آن

«محکمه با نظر داشت احکام مندرج مواد (۱۰۲۲) الی (۱۰۲۴) قانون مدنی بدون طلب خصم، مستقیماً سوگند را به مدعی توجیه می نماید. این سوگند از صلاحیت قضا بوده و سوگند متمم است که موارد آن قرار آتی می باشد: (۱) در دعوی استحقاق که مدعی بها نزد شخص دیگری باشد و مستحق راجع به آن دعوی استحقاق نماید محکمه مدعی را بعد از ثبوت حق وی و قبل از صدور حکم راجع به امور ذیل سوگند می دهد: ۱- مدعی بها را به کسی فروخته است؛ ۲- مدعی بها را به کسی طور هدیه و صدقه نداده است؛ ۳- مدعی بها را به کسی هبه نکرده است؛ (۲) در دعوی دین و یا حق بر متوفی محکمه مدعی را بعد از ثبوت حق وی و قبل از صدور حکم راجع به امر ذیل سوگند می دهد: ۱- مدعی بها بالذات یا بالواسطه از جانب متوفی برایش نرسیده است؛ (۳) در دعوی شفع محکمه بعد از اثبات حق شفع و قبل از صدور حکم، شفیع را راجع به امور ذیل سوگند می دهد: ۱- شفعه را به وقت آن خواسته است؛ ۲- حق شفعه خود را به هیچ صورت از بین نبرده است؛ (۴) در دعوی رد مبیعه به سبب عیب محکمه مدعی را بعد از اثبات عیب و قبل از صدور حکم راجع به امر ذیل سوگند می دهد: ۱- صراحتاً یا دلالتاً به عیب رضایت نشان نداده است؛ و (۵) در دعوی نفقه به زوج غایب محکمه زوجه را بعد از ثبوت حق و قبل از صدور حکم به امور ذیل سوگند می دهد: ۱- شوهر برای وی نفقه نمانده است؛ و ۲- او را از عقد نکاح خود فارغ نساخته است.».

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) محکمه با نظر داشت احکام مندرج مواد (۱۰۲۲) الی (۱۰۲۴) قانون مدنی بدون طلب خصم، مستقیماً سوگند را به مدعی توجیه می نماید. نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به مواد ۱۰۲۲ الی ۱۰۲۴ ق. م است. تفصیل این مواد در جلد حقوق وجایب شرح ق. م وجود دارد. تعریف خصم گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است بدون این که محمود از قاضی مطالبه نماید، قاضی می تواند احمد را سوگند دهد.

۲) این سوگند از صلاحیت قضا بوده و سوگند متممه است. قسم متمم عبارت از قسمی است که قاضی آن را جهت تکمیل علم خود به هر طرفی که خواسته باشد، در صورت عدم کافی بودن دلیل راجع می نماید.<sup>۴۰۷</sup> قسم متمم در مجله الاحکام تحالف نامیده شده است. ماده ۱۶۸۲ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «تحالف آن است که هر دو خصم به سوگند مکلف ساخته شوند.».

۳) محکمه می تواند در موارد ذیل سوگند متمم را متوجه یکی از طرفین دعوی نماید:

- ۱- در دعوی استحقاق که مدعی بها نزد شخص دیگری باشد و مستحق راجع به آن دعوی استحقاق نماید محکمه مدعی را بعد از ثبوت حق وی و قبل از صدور حکم راجع به امور ذیل سوگند می دهد:
  - ۱- مدعی بها را به کسی نفروخته است؛ ۲- مدعی بها را به کسی طور هدیه و صدقه نداده است؛ ۳- مدعی بها را به کسی هبه نکرده است. دعوی استحقاق عبارت از دعوی است که توسط شخص ثالث در باره ملکیت کل یا بعضی مبیع، مانند مالک بودن مبیع، و یا حقی، مانند: حق رهن، حق انتفاع، حق ارتفاع و امثال اینها بر علیه مشتری صورت می گیرد.<sup>۴۰۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد ده عراده موتر را به حمیده به فروش رساند و جمشید ادعا نماید که این موترها از من است و با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شهود ثابت نماید که موترها از جمشید است محکمه می تواند جمشید را بعد از ثبوت ملکیت موترها و قبل از صدور حکم سوگند دهد که موترها را به کسی، به حیث مثال، حمید نفروخته است، موترها را به کسی به طور مثال حمیده هدیه و صدقه نداده است و موترها را به کسی هبه نکرده است.
- ۲- در دعوی دین و یا حق بر متوفی محکمه مدعی را بعد از ثبوت حق وی و قبل از صدور حکم راجع به امر ذیل سوگند می دهد: ۱- مدعی بها بالذات یا بالواسطه از جانب متوفی برایش نرسیده است. دین در لغت به معنی قرض است. متوفی اسم مفعول از ریشه «وفی» گرفته شده است که در لغت به معنی وفات یافته و مرده است.<sup>۴۰۹</sup> در اصطلاح حقوقی به کسی که دنیای فانی را ترک کرده و در گذشته است متوفی می گویند. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود ده لک افغانی مدیون من است یا محمود متوفی ده لک افغانی مدیون من است و حق خویش را با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شهود ثابت نماید قاضی می تواند احمد را بعد از ثبوت حق و قبل از صدور حکم سوگند دهد که مدعی بها (دین در این مثال) را از محمود مستقیماً یا توسط نماینده یا نایب خویش نگرفته است.

۴۰۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۵۷۳؛ محمد عالم ظریف

(۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۲۸.

۴۰۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۶۶۳.

۴۰۹. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری جلد (۳)، ص ۱۷۰۶.

۳- در دعوی شفعه محکمه بعد از اثبات حق شفعه و قبل از صدور حکم، شفیع را راجع به امور ذیل سوگند می دهد: ۱- شفعه را به وقت آن خواسته است؛ ۲- حق شفعه خود را به هیچ صورت از بین نبرده است. دعوی شفعه دعوی است که شفیع جهت اخذ عقار مشفوعه علیه بایع و مشتری اقامه می نماید. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را در ولسوالی پغمان به محمود که باشنده مکروریان است به فروش رساند و سپس جمشید همسایه یا شریک احمد در خصوص اخذ این زمین از طریق شفعه در محکمه محل عقار زمین اقامه دعوی نماید و ثابت نماید که به دلیل شراکت، همسایه بودن در نفس یا حق ارتفاق زمین مستحق زمین است و این استحقاق را با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شهود و امثال اینها ثابت نماید، محکمه می تواند جمشید را سوگند دهد که حق شفعه او تحت مرور زمان قرار نگرفته است و حق شفعه او بنابر سایر اسباب انتهای حق شفعه مانند رضایت به عقد و نظیر اینها ساقط نشده است.

۴- در دعوی رد مبیعه به سبب عیب محکمه مدعی را بعد از اثبات عیب و قبل از صدور حکم راجع به امر ذیل سوگند می دهد: ۱- صراحتاً یا دلالتاً به عیب رضایت نشان نداده است. مبیعه مالی است که محل عقد بیعه قرار می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد موتر را از محمود خریداری نماید و موتر بریده باشد و احمد علیه محمود اقامه دعوی رد موتر را نماید و با ارایه سند و شهود عیب را ثابت نماید محکمه می تواند احمد را سوگند دهد که در خصوص عیب موتر به صورت صریح مانند این که بگوید موتر را با وجود عیب پذیرفتم یا ضمنی مانند دیدن عیب و سکوت کردن در خصوص آن رضایت نشان نداده است.

۵- در دعوی نفقه به زوج غایب محکمه زوجه را بعد از ثبوت حق و قبل از صدور حکم به امور ذیل سوگند می دهد: ۱- شوهر برای وی نفقه نمانده است؛ و ۲- او را از عقد نکاح خود فارغ نساخته است. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد از اقامتگاه خویش که کابل است به ایران برود و حیات او معلوم باشد اما برای مدت سه سال یا بیشتر هیچ به کابل نیاید و حمیده علیه احمد دعوی پرداخت نفقه را اقامه نماید و با ارایه نکاح خط ثابت نماید که زوجه احمد است و همچنین با ارایه شهود ثابت نماید که احمد برای او مدت سه سال نفقه نداده است، محکمه بعد از ثبوت زوجیت و عدم انفاق می تواند حمیده را سوگند دهد که احمد برای او پول مصارف نفقه را نمانده است و او را طلاق نداده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده تعریف سوگند متمم و احصای برخی موارد و مصادیق سوگند متمم است.

متحدالمال شماره (۱۰۶۶ الی ۱۱۴۱) مؤرخ ۱۳۹۵/۶/۲۹ ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه شماره (۵۳۹) مؤرخ ۱۳۹۵/۶/۷ شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است. قبلاً استهدائیه دیوان مدنی محکمه ابتدائیه حوزه سوم شهر کابل، ذریعۀ نامۀ (۹۰۲۴) مؤرخ ۱۳۹۴/۸/۱۶ محکمه استیناف ولایت کابل به شرح ذیل غرض ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات محول گردیده بود:

«محاکم با در نظر داشت احکام مواد (۱۰۲۴ - ۱۰۲۲) قانون مدنی و ماده (۳۵۲) قانون اصول محاکمات مدنی، در موارد که سوگند متممه جواز دارد بدون طلب خصم مستقیماً سوگند را به مدعی توجیه می نمایند و

این سوگند از صلاحیت قضاء می باشد که در زمینه مواد فوق الذکر صراحت کامل دارد که محکمه بعد از ثبوت حق مدعی و قبل از صدور حکم به وی سوگند می دهد. از محتوی ماده (۳۵۲) قانون اصول محاکمات مدنی معلوم می گردد که سبب حکم برای قضات فراهم گردیده است ولی قبل از صدور حکم، هیئت قضائی مدعی را سوگند میدهد، بناءً اگر در چنین قضایا مدعی از سوگند نکول نماید به این نکول مدعی چه اثری مرتب شده میتواند؟ این نکول در حالتی است که سبب حکم قبلاً برای قاضی فراهم گردیده است ولی قبل از صدور حکم، هیئت قضائی با در نظر داشت مواد قانون برای مدعی سوگند میدهد. در حالیکه از یک سو نکول با در نظر داشت ماده (۲۷۲) قانون اصول محاکمات مدنی از جمله وسایل ثبوت بوده که اسباب حکم را تشکیل میدهد و از طرف دیگر اگر نکول نادیده گرفته شود، اجراءات محاکم در مخالفت از مواد قانونی فوق الذکر قرار میگیرد و از جانب هم اسباب حکم قاضی در قضایای که یمین متممه جواز دارد قبلاً مهیا گردیده است. محاکم در زمینه چه نوع اجراءات نمایند در مورد طالب هدایت می باشیم؟

استهدائیه فوق و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۲ مقام شورایی عالی مطرح و طی یادداشت شماره (۳۰۴) هدایت ذیل صدور یافت:

«استهدائیه مندرج پیشنهاد محکمه استیناف ولایت کابل به محترمان احدی صاحب و متین صاحب اعضای شورایی عالی ستره محکمه محول و با در نظر داشت قانون مدنی و قانون طرز تحصیل حقوق ابراز نظر فرمایند». طبق هدایت شورای عالی ستره محکمه، موضوع به ذوات محترم تقدیم که فضیلتاً بان محترم در مورد، ذیلاً ابراز نظر نموده اند. «در همچو قضایا طبق شرح ماده (۱۷۴۶) مجله الاحکام العدلیه مندرج صفحات (۴۰۹ - ۴۱۲) جلد پنجم (شرح اتاسی) هرگاه مدعی ادای سوگند نماید، حکم به اثبات دعوی وی در صورتی که از ادای حلف نکول نماید حکم به رد دعواش صادر می گردد». حینیکه تفصیل جریان موضوع توأم با اصل نظر به جلسه مؤرخ ۱۳۹۵/۶/۷ مقام محترم شورایی عالی گزارش یافت در نتیجه قرار تصویب شماره (۵۳۹) هدایت ذیل صدور یافت. «نظر محترمان متین صاحب و احدی صاحب اعضای شورای عالی ستره محکمه تأیید شد. موضوع به عموم محاکم طور متحدالمال اخبار گردد». ۴۱۰

#### ماده ۳۵۳: محلوف به

«محکمه مدعی علیه را به اساس مطالبه مدعی به اسم ذاتیه الله يك مرتبه بدون تکرار سوگند می دهد».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه مدعی علیه را یک بار به اسم خداوند باید سوگند دهد. به حیث مثال، در مثال بالا محکمه از مدعی بخواهد که بگوید که والله من مال را به احمد نفروخته ام. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم محلوف به است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، فقهاء اتفاق نظر دارند بر این که: یمین صرف به نام

خداوند جَلَّ جَلَلُهُ یا صفتی از صفات او صحیح است مثل: واللّه، رب العالمین، والّحی الذی لایموت، و من نفسی بیده. بنابراین، سوگند به نام غیر از خداوند جَلَّ جَلَلُهُ جواز ندارد.<sup>۴۱۱</sup>

#### ماده ۳۵۴: عدم جواز نیابت در سوگند

«در ادای سوگند نیابت جواز ندارد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. نیابت در لغت به معنی جانشین شدن، به جای کسی امری را انجام دادن، جانشینی و قایم مقامی است. کسی که به نمایندگی از دیگری نیابت می کند نایب و کسی که به نمایندگی از او نیابت صورت می پذیرد منوب عنه نامیده می شود. نیابت در اصطلاح فقهی انجام دادن تصرفی به نیابت از دیگری است.<sup>۴۱۲</sup>

به حیث مثال، اگر احمد وکیل محمود، یا احمد ولی، وصی و قیّم محمود باشد و جمشید سوگند را متوجه احمد نماید، احمد نمی تواند به نمایندگی از محمود سوگند اداء نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز نیابت در ادای سوگند است. ماده ۱۷۴۵ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «نیابت در تحلیف (سوگند دادن) جاری می گردد. اما، نیابت در سوگند خوردن جاری نمی گردد. بنابراین، وکلای دعوی می توانند خصم خود را سوگند دهند. اما، اگر قسم به مؤکل ایشان راجع گردد، تحلیف بالذات به مؤکل لازم می شود و یمین وکلای ایشان صحت ندارد.».

#### ماده ۳۵۵: سوگند قاطع و سوگند به علم

«در موضوع مربوط به واقعه و فعلی که خود شخص سوگند کننده ایجاد کرده باشد سوگند قاطع (یمین البات) و در موضوع مربوط واقعه و فعل غیر، سوگند به علم داده می شود.».

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) در موضوع مربوط به واقعه و فعلی که خود شخص سوگند کننده ایجاد کرده باشد سوگند قاطع (یمین البات) داده می شود. سوگند قاطع عبارت از سوگندی است که مدعی می تواند در صورت انکار مدعی علیه و نداشتن سایر وسیله اثبات دعوی از مدعی علیه بخواهد تا سوگند یاد نماید که مدعی علیه حق مدعی را پرداخته است و یا مدعی بر مدعی علیه هیچ حقی ندارد. این سوگند در مجله الاحکام به نام تحلیف نامیده شده است. ماده ۱۶۸۱ مجله الاحکام در تعریف این نوع سوگند می گوید: «تحلیف آن است که یکی از متخاصمین به سوگند مکلف ساخته شود.».

در قسم قاطع، شرط است که قسم بنا به واقعه و عملی باشد که خود شخص سوگند کننده، آن را ایجاد نموده باشد. به حیث مثال، اگر محمود مال احمد را در اثر بی احتیاطی احمد سرقت نماید، زمینه سرقت را احمد برای محمود فراهم نموده است. در صورتی که احمد وسایل اثبات نداشته باشد، می

۴۱۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیّه، صص ۶۰۶۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه

السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۴۹۴؛ و صبّحی رجب محمّسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۲۹۹.

۴۱۲. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ و \_\_\_\_\_

(۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۲۵.

تواند سوگند قاطع را متوجه محمود نماید. حکم این ماده متأثر از ماده ۱۷۴۸ مجله الاحکام است که حکم می نماید: «اگر شخصی به فعل خود سوگند اداء نماید، وی قسم بتات به عمل می آورد؛ یعنی: چنین قسم اداء می نماید که: این چیز چنین است و یا چنین نیست. اما، اگر به فعل غیر حلف نماید به این معنی است که به عدم علم سوگند اداء می نماید یعنی به عدم علم به این شی سوگند اداء می نماید.» برخی نویسندگان در خصوص این ماده چنین مثال می آورند: «در دعاوی ای که موضوع آن را سرقت، قتل و نظیر اینها تشکیل بدهد، در صورت انکار مدعی علیه و استخلاف مدعی، قسم قاطع به ایجاد کننده واقعه سرقت و قتل داده می شود.»<sup>۴۱۳</sup>

۲- اگر سوگند به عمل غیر باشد، قسم به علم داده می شود. قسم به علم قسمی است که قاضی آن را به خصوم توجیه می نماید تا بر علم و عدم علم خود قسم یاد نمایند. این نوع قسم اکثراً در قسمت ورثه استعمال می گردد. به عنوان مثال، اگر کسی از مدرک دینی که بر متوفی دارد علیه ورثه اقامه دعوی نماید و وسیله اثبات دعوی در دسترس نداشته باشد، می تواند ورثه را قسم به علم بدهد. قسم به علم به این نحوه اداء می گردد که: بالله که تو عالم نیستی که پدرت از من قرضدار نیست. در صورتی که ورثه قسم ادا نماید که نمی دانم که پدرم از شما قرضدار است یا خبر ندارم، در این صورت مدعی، دعوی را می بازد و ورثه، برنده دعوی می شود.

اما، اگر اقرار کرد، محکوم علیه قرار می گیرد. قسم به علم چنانچه در ماده ۱۰۱۸ ق. م و ماده ۱۷۴۸ مجله الاحکام به آن اشاره شده است، در موضوعاتی صورت می پذیرد که ناشی از عمل خود شخص نباشد. بنابراین، قسم به علم آن است که مدعی علیه بر عدم علم خود راجع به حقیقت دعوی مدعی سوگند یاد نماید.<sup>۴۱۴</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. مدر نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط قسم قاطع است.

#### ماده ۳۵۶: قاطع به سبب و به نتیجه

«در موضوع مربوط به وقوع امر یا عدم وقوع آن سوگند به سبب و در موضوع مربوط به بقا و یا عدم بقا فی الحال سوگند به حاصل داده می شود.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) در موضوع مربوط به وقوع امر یا عدم وقوع آن سوگند به سبب است. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد اجاره را منعقد نماید و سپس احمد منکر انعقاد عقد اجاره شود و محمود از محکمه مطالبه نماید تا احمد را سوگند دهد، محکمه مکلف است احمد را سوگند قاطع به سبب دهد.

۲) در موضوع مربوط به بقا یا عدم بقا فی الحال سوگند به حاصل داده می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، در خصوص نافذ بودن عقد اجاره میان احمد و محمود منازعه ایجاد شود و احمد از محکمه مطالبه نماید تا محمود را سوگند دهد، محکمه مکلف است محمود را سوگند به حاصل دهد. به نظر می رسد هدف ق. م. در نص این ماده شناسایی سوگند قاطع به سبب و سوگند قاطع به نتیجه است. ماده

۴۱۳. یادگار راجی سمگانی (\_\_\_)، توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد دوم (\_\_\_)، ص ۳۱۹.

۴۱۴. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، صص ۱۳۱ و ۱۳۲.

۱۷۴۹ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «قسم یا به سبب است و یا به حاصل و آن این است که اگر یمین به وقوع یک مورد خاص و یا به عدم وقوع آن صورت گیرد، یمین به سبب است و قسم به بقاء و یا عدم آن یمین به حاصل است. به عنوان مثال، قسم در دعوی بیع و شراء به عدم وقوع عقد اصلاً یمین به سبب است. اما، قسم به بقای عقد تا حال و یا به عدم بقاء یمین به حاصل است.»

#### ماده ۳۵۷: رد سوگند

«در موضوع مربوط به رد سوگند طرفین به یکدیگر احکام مندرج قسمت اول فصل چهارم باب پنجم قانون مدنی رعایت می گردد.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد قسمت اول فصل چهارم باب پنجم قانون مدنی است. قانونگذار ا. م. م احکام مربوط به رد سوگند را در مواد قسمت اول فصل چهارم باب پنجم قانون مدنی تنظیم نموده است و قانونگذار ا. م. م نخواسته است که این احکام را از یکطرف ملغی و از طرف دیگر تکرار نماید. بنابراین، تطبیق کنندگان ق. ا. م. م را به ق. م ارجاع داده است. تفصیل این احکام در جلد اول کتاب حقوق وجایب نویسنده وجود دارد و خوانندگان محترم می توانند آنجا مراجعه نمایند.<sup>۴۱۵</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده ارجاع احکام مربوط به رد سوگند به ق. م است.

۴۱۵. نظام الدین عبدالله (۱۳۷۹). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب، جلد (۱)، چاپ ششم، بخش وسایل اثبات دعوی، کابل: انتشارات سعید.



## باب سوم: اجراءات در محاکم فوقانی

### فصل اول: شکایات و اعتراض بر فیصله های محاکم تحتانی

قانونگذار ا. م. م در فصل اول احکام اعتراض و شکایت را تنظیم نموده است.

#### ماده ۳۵۸: تعریف شکایت و اعتراض

«شکایت و اعتراض عبارت از حق محکوم علیه غیرقانع از فیصله محکمه تحتانی است که با تقدیم شکایت علیه اجراءات قضائی محکمه حاکمه از محکمه بالاتر مطالبه می گردد.»

طبق این ماده شکایت و اعتراض عبارت از حق محکوم علیه غیرقانع از فیصله محکمه تحتانی است که با تقدیم شکایت علیه اجراءات قضائی محکمه حاکمه از محکمه بالاتر مطالبه می گردد. قانونگذار ا. م. م در این ماده به عوض «یا»، «و» را استعمال نمود است که حاکی از آن است که شکایت و اعتراض دو چیز متفاوت اند. استعمال و در این ماده محل ایراد به نظر می رسد. قانونگذار ا. م. م به عوض کلمه «و» باید «یا» را استعمال می کرد. شکایت در لغت به معنی گله کردن، دادخواهی، از جور و ظلم و ستم دیگری نزد کسی گله و ناله و زاری کردن و گلایه است. به شخصی که شکایت می کند، شاکی و به شخصی که از او شکایت می شود مشتکی عنه می گویند.<sup>۴۱۶</sup>

اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. همچنین، اعتراض در لغت به معنی تعرض کردن، عیب گرفتن، خرده گرفتن است. در اصطلاح حقوقی اعتراض عبارت است از متعرض شدن به احکام و قرارهای قضایی.<sup>۴۱۷</sup> تعریف محکوم علیه گذشت. تحتانی در لغت به معنی فرودین، زیری، پایین است.<sup>۴۱۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. محمود در این مثال محکوم علیه، محکمه ابتدائیه مدنی محکمه

416. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/12/2017).

۴۱۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۵۳.

418. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

تحتانی و محکمه استیناف محکمه فوقانی است. هدف قانونگذار ا. م. مدر این ماده تعریف اعتراض یا شکایت است.

### ماده ۳۵۹: شکایت و اعتراض به محاکم استیناف و ستره محکمه

«۱- محکوم علیه غیر قانع می تواند علیه احکام صادره محکمه حاکمه ناحیوی و شهری، ولسوالی و علاقه داری به محکمه فوقانی شکایت و اعتراض تقدیم نماید؛ و ۲- محکوم علیه غیر قانع می تواند علیه احکام صادره دیوان های محاکم ولایات که به صورت ابتدایی حکم صادر نموده است به دیوان های مربوط ستره محکمه شکایت و اعتراض تقدیم نماید.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) محکوم علیه غیر قانع می تواند علیه احکام صادره محکمه حاکمه ناحیوی و شهری، ولسوالی و علاقه داری به محکمه فوقانی شکایت و اعتراض تقدیم نماید. تعریف محکوم علیه در بالا گذشت. محکمه حاکمه محکمه ای است که حکم صادر نموده است. تعرف فوقانی در بالا گذشت. در حال حاضر محکمه ناحیوی و علاقه داری وجود ندارد و قابل توصیه است عبارت محکمه ناحیوی و علاقه داری از نص این ماده حذف گردند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. محمود در این مثال محکوم علیه، محکمه ابتدائیه مدنی محکمه تحتانی و محکمه استیناف محکمه فوقانی است.

۲) محکوم علیه غیر قانع می تواند علیه احکام صادره دیوان های محاکم ولایات که به صورت ابتدایی حکم صادر نموده است به دیوان های مربوط ستره محکمه شکایت و اعتراض تقدیم نماید. منظور از محاکم ولایات محاکم استیناف است. زیرا، در مرکز هر ولایت یک محکمه استیناف وجود دارد. عبارت احکام صادره از دیوان های محاکم ولایات که به صورت ابتدایی حکم صادر نموده اند محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، معمولاً دعوای همانگونه که تفصیل آن گذشت از محاکم ابتدائیه شروع می شود مگر این که در قوانین طور دیگر پیش بینی شده باشد.

به نظر می رسد منظور ق. ا. م. م در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نقض این قاعده است. اگر احياناً دیوان های مربوطه محاکم استیناف به صورت ابتدائی دعوای مدنی را مورد رسیدگی قرار دهند و حکم صادر نمایند، محکوم علیه غیرقانع می تواند به دیوان مربوطه ستره محکمه شکایت نماید. به حیث مثال، اگر حمیده علیه مرضیه دعوای فسخ عقد را مستقیماً به دیوان مدنی محکمه استیناف اقامه نماید و دیوان مدنی محکمه استیناف به این دعوی رسیدگی نماید و مرضیه را محکوم علیه قرار دهد، مرضیه می تواند علیه این حکم در دیوان مدنی ستره محکمه شکایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عدم جواز رسیدگی دعوای به طور ابتدائی توسط محاکم استیناف، مستثنی و ضمانت اجرای رسیدگی به دعوی توسط محاکم استیناف به صورت ابتدائی است.

محکوم علیه غیرقانع نسبت به احکام صادر شده توسط دیوان های محاکم استیناف، به دیوان مربوطه ستره محکمه اعتراض یا شکایت نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. محمود در این مثال محکوم علیه، محکمه ابتدائیه مدنی محکمه تحتانی و محکمه استیناف محکمه فوقانی است. اگر محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود در دیوان مربوطه ستره محکمه اعتراض یا شکایت نماید، عمل محمود شکایت یا اعتراض است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده پیش بینی حق اعتراض به محکوم علیه غیرقانع در مرحله دوم و سوم؛ یعنی مرحله استیناف و ستره محکمه و مورد حمایت قرار دادن یکی از طرفین دعوی قانع و تحقق عدالت است.

### ماده ۳۶۰: اعتراض خارنوال مدنی

«خارنوالی مدنی که در قضیه به حیث مدعی یا مدعی علیه اشتراک نموده می تواند علیه احکام محکمه تحتانی اعتراض نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. خارنوال یکی از ارکان مهم دعاوی جزایی است. در دعاوی مدنی معمولاً خارنوال دخیل نیست. اصطلاح خارنوال مدنی عجیب و غریب به نظر می رسد. به نظر می رسد مصداق خارنوال مدنی را می تواند در دعوی غایب علیه مدیونین غایب و دعوی زوجه غایب علیه غایب در نظام حقوقی افغانستان مشاهده کرد. خارنوال مدنی بیشتر در قضایی غایب و تفریق به سبب غیاب به نمایندگی از غایب به عنوان وکیل مسخر یا وکیل غایب نقش بازی می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد شوهر حمیده غایب باشد و حمیده به دلیل غیابت احمد از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید و در اثر مطالبه محکمه مدنی از لوی خارنوالی، جمشید به عنوان خارنوال مدنی معرفی شود تا به عنوان وکیل مسخر احمد در محکمه حضور یابد، اما محکمه حکم را به علیه احمد صادر نماید، خارنوال مدنی می تواند علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی جواز اعتراض خارنوال مدنی در قضایای که غایب محکوم علیه قرار گرفته است می باشد.

### ماده ۳۶۱: اسباب اعتراض یا شکایت

«شکایت و اعتراض علیه احکام نهائی محاکم تحتانی در موارد ذیل صورت می گیرد:

- ۱- خطا در تطبیق احکام قانونی.
- ۲- خطا در تأویل احکام قانونی.
- ۳- بطلان در اجراءات به دلیل صدور حکم غیرقانونی.»

طبق نص این ماده در سه حالت ذیل محکوم علیه غیرقانع می تواند علیه احکام صادر شده توسط محاکم ابتدائیه یا استیناف اعتراض یا شکایت نماید:

۱) خطا در تطبیق احکام قانونی. خطا در لغت به معنای غلطی و اشتباه است.<sup>۴۱۹</sup> احکام قانون مترادف قواعد قانونی؛ یعنی ماده های قانون است. به نظر می رسد که قاضی احکام یا قواعد قانون را تطبیق نمی نماید بلکه براساس احکام قانون حکم صادر می نماید. تطبیق احکام قانون و فیصله های محاکم طبق ماده ۷۵ ق. ۱ از وظایف حکومت است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که من راضی نبودم و محمود من را وادار ساخت تا با او عقد ببندم و احمد به ماده ۵۰۵ ق. م استناد نماید، اما قاضی در صدور حکم به ماده ۵۸۰ ق. م استناد نماید، قاضی در استناد به حکم قانون مرتکب اشتباه شده است.

۲) خطا در تأویل احکام قانونی. تأویل از ریشه فعل اول گرفته شده است که به معنی تفسیر کردن و بیان کردن است.<sup>۴۲۰</sup> با توجه به معنی لغوی تأویل، در صورتی که قاضی در تفسیر حکم قانون مرتکب اشتباه شود، محکوم علیه غیرقانع می تواند در محکمه بالاتر علیه فیصله قاضی شکایت یا اعتراض نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قاضی در تفسیر ماده ۵۰۵ ق. م مرتکب اشتباه شود و حکم صادر نماید، محکوم علیه غیرقانع می تواند علیه حکم قاضی استیناف خواهی نماید.

۳) بطلان در اجراءات به دلیل صدور حکم غیرقانونی. بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.<sup>۴۲۱</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قاضی بدون این که احمد ادعای خویش را با ارایه وسایل اثبات ثابت نماید و دعوی طی مراحل شود، به نفع احمد حکم صادر نماید، حکم قاضی غیرقانونی و به دلیل بی اعتبار بودن اجراءات مربوط به صدور حکم، باطل است و محکوم علیه غیرقانع می تواند علیه حکم قاضی استیناف یا تمیز خواهی نماید.

هر سه این اسباب بسیار ذهنی و نظری به نظر می رسد. به نظر می رسد برای اشخاص بی سواد یا کم سواد و غیرحقوقدان بسیار مشکل است که تشخیص دهند قاضی در استناد به حکم قانون یا تفسیر قانون اشتباه نموده است و یا اجراءات قاضی باطل بوده است و به دلیل اجراءات باطل قاضی حکم غیر قانونی صادر نموده است. به نظر می رسد اگر ماده ۳۶۰ ق. ا. م. را ملاک قرار دهیم این نتیجه به دست می آید که در صورتی که مدعی یا مدعی علیه نسبت به حکم محکمه ابتدائیه یا استیناف قانع نباشد و محکوم علیه قرار بگیرد می تواند به محکمه بالاتر شکایت یا اعتراض نماید. بنابراین، برای شکایت یا اعتراض دو شرط وجود دارد. اول محکوم علیه قرار گرفتن و دوم غیرقانع بودن. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده احصای برخی اسباب شکایت و اعتراض است.

#### ماده ۳۶۲: شرایط اساسی شکایت یا اعتراض

۱) (شرایط اساسی شکایت و اعتراض قرار ذیل است:

۱- فیصله محکمه تحتانی که دارای صفت حکم باشد.

۲- عدم ابراز رضایت محکوم علیه به فیصله صادره محکمه تحتانی.

۴۱۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۸۳.

۴۲۰. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۹۶.

- ۳- رعایت میعاد قانونی تقدیم اعتراض.
- ۴- داشتن صلاحیت رسیدگی از طرف محکمه فوقانی.
- ۵- عدم موجودیت سند جداگانه ای که حق اعتراض محکوم علیه را ساقط کرده باشد.
- ۶- تقدیم اعتراض از جانب مدعی، مدعی علیه یا ممثل قانونی آنها به محکمه فوقانی.
- ۷- عدم تطبیق و اجرای حکم محکمه تحتانی به رضایت محکوم علیه.». .

نص این ماده حصری به نظر می رسد زیرا قانونگذار ا. م. م تمام شرایط شکایت یا اعتراض را در نص این ماده حصر نموده است. طبق نص این ماده برای اعتراض یا شکایت محکوم علیه غیرقانع شرایط ذیل باید متحقق گردد:

(۱) فیصله محکمه تحتانی دارای صفت حکم باشد. تعریف فیصله، تحتانی و حکم گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه را اقامه نماید و قاضی به احمد مشوره بدهد، محمود نمی تواند علیه مشوره قاضی به احمد در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید. زیرا، مشوره قاضی حکم نیست. زیرا، اولاً طبق ق. ا. م. م صادر نشده است و دوم این که بر طرفین الزام آور نیست. بنابراین، فیصله قاضی باید به صورت حکم صادر شود و یکی از طرفین دعوی را محکوم علیه قرار دهد و محکوم علیه، بر ضد آن در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید.

(۲) عدم ابراز رضایت محکوم علیه به فیصله صادره محکمه تحتانی. به حیث مثال، اگر در مثال بالا قاضی به نفع احمد حکم صادر نماید و محمود ناراض باشد، می تواند علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر محکوم علیه راضی باشد، نمی تواند علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف و از استیناف به ستره محکمه شکایت یا اعتراض نماید.

(۳) رعایت میعاد قانونی تقدیم اعتراض. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه ناراض باشد باید در مدت یک ماه در محکمه استیناف و اگر از حکم محکمه استیناف ناراض باشد، باید در مدت دو ماه در دیوان مدنی ستره محکمه شکایت یا اعتراض نماید. در صورت ختم میعاد، محمود نمی تواند شکایت یا اعتراض نماید.

(۴) داشتن صلاحیت رسیدگی از طرف محکمه فوقانی. تعریف فوقانی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود به عوض محکمه استیناف در محکمه ابتدائیه دیگر شکایت نماید، شکایت محمود قابل پذیرش نیست.

(۵) عدم موجودیت سند جداگانه ای که حق اعتراض محکوم علیه را ساقط کرده باشد. تعریف اعتراض در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود در خصوص حق شفعه احمد رضایت نشان داده باشد و به احمد سند داده باشد که من از حق شفعه خویش منصرف شدم، اما باوجود آن در محکمه ابتدائیه علیه احمد اقامه دعوی نموده باشد و محکمه به نفع احمد حکم صادر نموده باشد، محمود به دلیل موجودیت سندی که بیانگر اسقاط حق شفعه توسط محمود است نمی تواند علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید. مفهوم مخالف این ماده این است که در صورت

عدم وجود سند جداگانه که بیانگر اسقاط حق اعتراض محکوم علیه باشد، محکوم علیه می تواند به محکمه بالاتر شکایت یا اعتراض نماید.

۶) تقدیم اعتراض از جانب مدعی، مدعی علیه یا ممثل قانونی آنها به محکمه. تعریف مدعی، مدعی علیه و ممثل قانونی در فصل اول و دوم گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود یا ممثل قانونی محمود مانند وکیل اعتراض خویش را به محکمه استیناف تقدیم ننماید، رسیدگی به شکایت محمود یا ممثل قانونی محکمه منتفی است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که محکوم علیه یا ممثل قانونی محکوم علیه باید اعتراض خویش را به محکمه بالاتر تقدیم نماید.

۷) عدم تطبیق و اجرای حکم محکمه تحتانی به رضایت محکوم علیه. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محکمه ابتدائیه به نفع احمد حکم صادر نماید و به رضایت محمود این حکم توسط ریاست حقوق وزارت عدلیه تطبیق یا اجرا شود، دعوی مختومه است و محمود نمی تواند علیه حکم مختومه محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرایط اساسی شکایت و اعتراض است.

#### ماده ۳۶۳: رسیدگی به شکایت و اعتراض از احکام محاکم ابتدائیه

«رسیدگی اعتراض بر فیصله های محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری از صلاحیت دیوان های مربوط ریاست محکمه ولایت می باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده رسیدگی اعتراض بر فیصله های محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری از صلاحیت دیوان های مربوط ریاست محکمه ولایت می باشد. در حال حاضر محکمه ناحیوی و علاقه داری وجود ندارد و قابل توصیه است عبارت محکمه ناحیوی و علاقه داری از نص این ماده حذف گردند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد، محمود باید به محکمه استیناف ولایت که در هر ولایت یک محکمه استیناف وجود دارد شکایت یا اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده پیش بینی مرجع استینافی رسیدگی به شکایات و اعتراضات محاکم ابتدائیه است.

#### ماده ۳۶۴: رسیدگی به اعتراض از فیصله های محاکم استیناف

«رسیدگی از اعتراض بر فیصله های ابتدایی دیوان های مربوط ریاست محکمه ولایت و محکمه معادل آن از صلاحیت دیوان مربوط ستره محکمه می باشد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) رسیدگی از اعتراض بر فیصله های ابتدایی دیوان های مربوط ریاست محکمه ولایت از صلاحیت دیوان مربوط ستره محکمه می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود پس از تأیید حکم محکمه

ابتدائیه توسط محکمه استیناف ولایت، نسبت به حکم محکمه استیناف غیرقانع باشد، می تواند به دیوان مربوطه ستره محکمه شکایت نماید.

۲) رسیدگی از اعتراض بر فیصله های ابتدایی دیوان های مربوط ریاست محکمه ولایت و محکمه معادل آن از صلاحیت دیوان مربوط ستره محکمه می باشد. به حیث مثال، دعاوی فساد اداری جرایم سنگین در حال حاضر در مرکز عدلی و قضایی در دو محکمه ابتدائیه و استیناف رسیدگی می شود. در صورتی که محکوم علیه غیرقانع نسبت به حکم محکمه استیناف مرکز عدلی و قضایی شکایات یا اعتراض داشته باشد، مرجع شکایت دیوان مربوطه ستره محکمه است. همچنین است شکایت و اعتراض از فیصله های محاکم استیناف نظامی. محکمه استیناف مرکز عدلی و قضایی و محکمه استیناف نظامی معادل محاکم استیناف در ولایات است. به نظر می رسد این مثال بیشتر در ساحه حقوق جزا مصداق دارد. مثال کلاسیک این ماده می تواند شکایت از محکمه استیناف ملکیت ها در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده پیش بینی مرجع سوم رسیدگی به شکایات و اعتراضات محاکم استیناف و معادل آن است.

#### ماده ۳۶۵: مدت تقدیم شکایت و اعتراض

(مدت تقدیم شکایت و اعتراض بعد از صدور حکم و ابلاغ آن مدت یک ماه می باشد.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده مدت تقدیم شکایت و اعتراض بعد از صدور حکم و ابلاغ آن مدت یک ماه می باشد. تعریف شکایت، اعتراض، حکم و ابلاغ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، شرط است که محمود در مدت یک ماه بعد از صدور حکم و ابلاغ آن به محکمه توسط محکمه مدنی ابتدائیه شکایت یا اعتراض خویش را به محکمه استیناف تقدیم نماید. در صورت عدم تقدیم، استیناف خواهی محمود تحت مرور زمان مسقط حق شکایت یا اعتراض قرار می گیرد و محکمه استیناف می تواند به دلیل مرور زمان قرار عدم سمع دعوی صادر نماید. هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده تعریف پیش بینی مدت مرور زمان استیناف خواهی است.

متحدالمال شماره (۱۷۰۰ الی ۱۷۷۸) مؤرخ ۱۳/۷/۱۳۹۴ ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه (۸۱۶) مؤرخ ۱۳۹۴/۶/۱۷ شورایعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است. ریاست عمومی قضایای دولت وزارت عدلیه، در رابطه به عدم تسلیمی دوسیه های که استیناف خواه آن حضور ندارد مراتبی را طالب هدایت گردیده اند، موضوع جهت ابراز نظر بریاست تدقیق و مطالعات محول، که در زمینه چنین ابراز نظر نموده اند: «مدققین قضائی به این نظر اند که در استیناف خواهی، حین تسلیمی دوسیه به دیوان مربوطه محکمه استیناف، ضرورت به حضور محکوم له و محکوم علیه دیده نمی شود. زیرا به اساس ماده (۳۶۵) قانون اصول محاکمات مدنی: «میعاد تقدیم شکایت و اعتراض بعد از صدور حکم و ابلاغ آن مدت یکماه است.» و به موجب حکم ماده (۳۷۷) قانون مذکور: «اعتراض مفصل شاکی بعد از تقدیم شکایت در ظرف بیست روز ارایه میگردد.» و طبق ماده (۴۱۸) قانون اصول محاکمات مدنی: «هرگاه شاکی یا معترض

اعتراض و شکایت خود را در میعاد معینه تقدیم نکند و خود بدون اطلاع و عذر موجه به محکمه فوقانی حاضر نشود، محکمه تصمیم خود را مبنی بر سقوط حق شکایت یا اعتراض صادر می نماید» در این صورت فیصله محکمه ابتدائیه، کسب قطعیت می نماید و موضوع خاتمه می یابد.». حینی که تفصیل جریان موضوع توأم با اصل نظر تدقیقی در جلسه مؤرخ ۱۳۹۴/۶/۱۷، شورایعالی ستره محکمه مطرح گردید، قرار مصوبه شماره (۸۱۶) هدایت ذیل صادر گردید: «نظر تدقیقی با ایزاد اینکه محاکم استیناف همچو دوسیه ها را تسلیم شوند تأیید گردید، موضوع به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار گردد.». ۴۲۲



## فصل دوم: صورت تقدیم شکایت یا اعتراض

قانونگذار ا. م. م در باب دوم، فصل دوم طی مواد ۳۶۶ الی ۳۷۹ احکام مربوط به تقدیم شکایت یا اعتراض به محاکم استیناف و ستره محکمه را تنظیم نموده است.  
ماده ۳۶۶: عریضه به محکمه استیناف یا ستره محکمه

«شکایت محکوم علیه غیر قانع بالای فیصله محکمه تحتانی ضمن تقدیم عریضه مطبوع صورت می گیرد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. تعریف شکایت، محکوم علیه، تحتانی در باب سوم، فصل اول و از عریضه در باب اول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و بخواهد به محکمه استیناف شکایت نماید، شرط است که محمود به محکمه عریضه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در این ماده پیش بینی حکم طرز استیناف خواهی است.

متحدالمآل شماره ۸۱-۱۶۰ مؤرخ ۱۳۹۳/۱/۲۳ ریاست دارالنشاء شورایعالی ستره محکمه ریاست محکمه استیناف ولایت کندز بالاثر استهدائیه ریاست عدلیه آن ولایت در مورد تطبیق فیصله محکمه ابتدائیه که توسط محکمه استیناف تأیید شده ولی محکوم علیهما بعد از صدور حکم الی مدت (۸) ماه حاضر نشده خواهان هدایت گردیده اند.

خلاصه موضوع این است که: محکوم له فیصله فوق الذکر خواهان تطبیق آن گردیده است، ریاست عدلیه چنین تذکر می دهد که محکوم علیهما این فیصله از تاریخ صدور حکم محکمه استیناف تا اکنون که مدت (۸) ماه می گذرد، مراجعه نکرده و عریضه فرجام خواهی خود را طبق حکم ماده (۳۶۶) قانون اصول محاکمات مدنی تقدیم نکرده اند.

از اینکه طبق حکم ماده (۴۳۷) قانون اصول محاکمات مدنی مدت فرجام خواهی دو ماه بوده و مدت مذکور منقضی شده است. لهذا ریاست عدلیه در مورد تطبیق فیصله و یا عدم آن خواهان هدایت می باشد. جلسه رؤسای دیوانهای محکمه استیناف ولایت کندز موضوع را به این دلیل به ستره محکمه قابل ارجاع دانسته که نظیر این قضیه قضایای دیگری هم وجود دارد که محکوم علیه در مقابل پارچه ابلاغ حکم محکمه اظهار فرجام خواهی میکند اما دعوی خود را تعقیب نمی نماید و محکوم بها در تصرف آن قرار دارد و محکوم له در حال بلاتکلیفی بسر برده و خواهان تطبیق حکم محاکم تحتانی می شود. استهداء فوق تحت مطالعه ریاست تدقیق و مطالعات قرار گرفت، مدققین قضائی در زمنیه چنین ابراز نظر نموده اند:

«گرچه ماده (۴۴۲) قانون اصول محاکمات مدنی میگوید: «عدم قناعت در ذیل پارچه ابلاغ نیز فرجام خواهی محسوب می گردد.» اما، به موجب ماده (۴۴۸) قانون مذکور احکام باب سوم قانون مذکور در مرحله نهائی قابل تطبیق است.

و در باب سوم ماده (۳۶۸) قانون مذکور گفته است: عدم قناعت در ذیل ابلاغ حکم حیثیت شکایت را دارد و ماده (۳۷۷) قانون مذکور این طور صراحت دارد: شکایت و اعتراض بعد از انقضای میعاد معینه غیر قابل رسیده گی بوده و به شاکی آن مسترد می گردد مگر اینکه عذر موجه ارائه نماید. همچنین، ماده (۴۱۲) گفته است: «حق شکایت طرفین بعد از انقضای میعاد سپری می گردد.» بنابر احکام مواد قانونی فوق الذکر در قضیه مورد نظر، از اینکه محکوم علیهما طوری که از متن استهداء بر می آید بعد از ابلاغ حکم محکمه طی مدت هشت ماه اعتراض قانونی خود را بالای قرار قضائی محکمه استیناف که به تأیید فیصله محکمه ابتدائیه صدور یافته است به مرجع قانونی آن تقدیم نکرده اند و یا عذر موجه خود را ارائه ننموده اند قرار تأییدی مذکور قانوناً کسب قطعیت نموده است (ماده ۱۲۹ قانون اساسی و مواد (۷) و (۱۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه هدایت می دهد: «تمام فیصله های قطعی و نهائی محاکم واجب التنفیذ است مگر در حالت حکم به مر شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور می باشد.»

جریان فوق بالتفصیل در جلسه مورخ ۱۳/۱۲/۹۲ شورای عالی ستره محکمه مطرح بحث قرار گرفت و قرار مصوبه شماره (۱۶۸۶) در زمینه هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است، به مرجعش اخبار گردد.»<sup>۴۲۳</sup>

#### ماده ۳۶۷: تقدیم عریضه به محکمه فوقانی

«عریضه حاوی شکایت، مستقیماً به محکمه فوقانی یا محکمه حاکمه تقدیم می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. به نظر می رسد محکمه حاکمه محکمه است که حکم را صادر کرده است. زیرا، حاکمه اسم مؤنث حاکم است که در لغت به معنی حکومت کننده و حکم کننده است. با توجه به معنی لغوی حاکمه، استعمال محکمه حاکمه و مترادف دانستن آن با فوقانی در نص این ماده محل ایراد و گمراه کننده به نظر می رسد. زیرا، شکایت محکوم علیه غیر قانع به محکمه ای که حکم نموده است توجیه پذیر نیست. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. فوقانی اسم منسوب به فوق است که در لغت به معنی بالایی است که در مقابل تحتانی استعمال می شود.<sup>۴۲۴</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و بخواهد به محکمه استیناف شکایت نماید، شرط است که محمود به محکمه استیناف عریضه نماید. محکمه استیناف در این مثال محکمه فوقانی و محکمه ابتدائیه محکمه حاکمه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی مرجع شکایت یا اعتراض است.

۴۲۳. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_\_)، مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۶۴۳-۶۴۶.

### ماده ۳۶۸: ابراز عدم رضایت در ورقه ابلاغ حکم

«هرگاه طرف غیر قانع در ذیل ورقه ابلاغ حکم که از طرف محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری برایش داده می شود عدم قناعت خود را تذکردهد این امر حیثیت شکایت را دارد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. چنانچه گفته شد، محکمه ناحیوی و علاقه داری در حال حاضر وجود ندارد. قابل توصیه است این دو عبارت از متن این ماده حذف گردد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و به محمود ورقه ابلاغ بدهد و محمود در ذیل ورقه ابلاغ عدم قناعت خود را ابراز نماید، این امر در حکم شکایت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده به رسمیت شناختن شکایت حکمی است.

### ماده ۳۶۹: محتویات عریضه

«عریضه طرف غیر قانع باید حاوی بیان اصل موضوع و حکم محکمه تحتانی باشد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. تعریف عریضه در فصل اول گذشت. همچنین، تعریف تحتانی در فصل قبلی گذشت. طبق نص این ماده عریضه باید در برگیرنده اصل موضوع و حکم محکمه تحتانی باشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و به محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و بخواهد به محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید، در عریضه خویش اصل موضوع (حقایق قضیه) و حکم محکمه تحتانی را بیان نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی محتویات عریضه است.

### ماده ۳۷۰: دادن رسید به شاکی

«عریضه شکایت محکوم علیه غیر قانع که به محکمه فوقانی یا محکمه حاکمه تقدیم می گردد رسمی بوده در دفتر محکمه ثبت و به شاکی رسید داده می شود.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. تعریف عریضه در فصل اول گذشت. شاکی در لغت به معنی شکایت کننده و معترض و گله مند است. در اصطلاح حقوقی، شاکی شخصی است که در محکمه شکایت می کند.<sup>۴۲۵</sup> تعریف فوقانی در فصل اول این باب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و به محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و بخواهد به محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید، در عریضه خویش اصل موضوع (حقایق قضیه) و حکم محکمه تحتانی را بیان نماید. در این صورت، تحریرات محکمه باید عریضه محمود را ثبت و به محمود رسید بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی تحریرات محکمه است.

**پرسش ریاست محکمه ولایت کابل:**

در ماده (۳۶۶) قانون اصول محاکمات مدنی تذکر رفته که شکایت محکوم علیه غیر قانع بالای فیصله محکمه تحتانی ضمن تقدیم عریضه مطبوع صورت می گیرد و در ماده (۳۶۷) میگوید که: عریضه حاوی شکایت مستقیماً به محکمه فوقانی یا محکمه حاکمه تقدیم می گردد مگر باز در ماده (۳۶۸) آمده که هرگاه طرف غیر قانع در ذیل ورقه ابلاغ عدم قناعت خود را تذکر دهد این امر حیثیت شکایت را دارد و در ماده (۳۷۱) ذکر رفته که شکایت و اعتراضی که بعد از انقضای میعاد معینه تقدیم می گردد غیر قابل رسیدگی بوده و ماده (۳۷۷) مشعر است که اعتراض مفصل شاکی بعد از تقدیم شکایت صرف در مدت بیست روز ارائه می گردد. از جانب دیگر مطابق به فقره ۵ و ۲ ماده (۳۹۳) اعتراض وسیله غور دانسته شده است حال آن که فقره ۲ ماده (۳۹۳) چنین مشعر است که محکمه در ارزیابی همه جانبه فیصله تابع دلایل شکایت و اعتراض نبوده صرف آن را وسیله رسیدگی می دانند. با در نظر داشت مواد فوق الذکر اگر شاکی تنها در پارچه ابلاغ اظهار عدم قناعت نموده باشد و اعتراض یا شکایت دیگری را ارائه نکرده باشد در محکمه فوقانی با اعتبار از ماده (۳۶۸) بالای فیصله طالب غور مرافعوی می گردد و محکوم با استناد بر مواد (۳۶۶، ۳۶۷ و ۳۷۷) اعتراض می نماید که شکایت تحت قاعده انقضای میعاد آمده است اگر حال محکمه مطابق به ماده (۳۶۸) موضوع را تحت غور قرار دهد برای آن استناد فقره ۲ و ماده (۳۹۳) وسیله ای هم نمی بیند، زیرا اعتراض هم موجود نیست و محکوم له با استناد مواد فوق الذکر قانوناً اعتراض می نماید و اگر بالای موضوع استیناف غور نماید شاکی به استناد ماده (۳۶۸) آن را قابل غور میدانند، علاوه با استناد به رویه ستره محکمه که در صورت عدم تقدیم اعتراض باید در مورد قانونیت فیصله غور شود و موضوع باید تحت بررسی قرار گیرد مگر محکمه وسیله غور که اعتراض باشد در دست ندارد. در این مورد استهداء می نمائیم.

توضیح: سلسله مواد (۳۶۶) الی (۳۷۷) قانون اصول محاکمات مدنی صورت استیناف خواهی و صورت تقدیم اعتراض را مشخص نموده مشکلی در زمینه وجود ندارد. هرگاه محکوم علیه توسط عریضه و یا در ذیل پارچه ابلاغ حکم استیناف خواهی نماید حق استیناف خواهی وی ثابت میگردد هرچه مساله تقدیم اعتراض بعد وصول اوراق به محکمه ولایت مورد بحث میباشد که حین وصول اوراق دیوان مدنی و حقوق عامه ولایت از مستانف استعلام می نماید تا در ظرف بیست روز اعتراض خود را به دیوان مذکور تسلیم نماید در غیر آن محکمه ولایت موضوع را تحت رسیدگی قرار داده به سقوط حق استیناف طلبی تصمیم اتخاذ و بعداً در مورد مطابق مواد (۳۶۱، ۳۶۰، ۴۱۸، ۳۷۱) قانون اصول محاکمات مدنی اجراء صورت گیرد.<sup>۴۲۶</sup>

**ماده ۳۷۱: انقضای میعاد شکایت**

«شکایت و اعتراض که بعد از انقضای میعاد معینه تقدیم می گردد غیر قابل رسیدگی بوده دوباره به تقدیم کننده آن مسترد می گردد مگر این که شاکی یا معترض عذر موجه ارایه نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. همچنین، نص این ماده مرتبط به ماده ۳۶۵ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۳۶۵ ق. ا. م. م مدت تقدیم شکایت و اعتراض بعد از صدور حکم و ابلاغ آن مدت یک ماه می باشد. طبق نص ماده شکایت و اعتراض که بعد از انقضای میعاد معینه تقدیم میگردد غیر قابل رسیدگی بوده دوباره به تقدیم کننده آن مسترد می گردد. انقضاء در لغت به معنی به سر آمدن و سپری شدن است. همچنین، انقضاء در لغت به معنی نابودن شدن است.<sup>۴۲۷</sup> تعریف شکایت و اعتراض گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، شرط است که محمود در مدت یک ماه بعد از صدور حکم و ابلاغ آن توسط محکمه مدنی ابتدائیه شکایت یا اعتراض خویش را به محکمه استیناف تقدیم نماید. در صورت عدم تقدیم و انقضای مدت یک ماه استیناف خواهی محمود تحت مرور زمان مسقط حق شکایت یا اعتراض قرار می گیرد و محکمه استیناف می تواند به دلیل مرور زمان قرار عدم سمع دعوی صادر نماید و عریضه محمود را به محمود مسترد نماید.

این قاعده و اصل است. استثنای این قاعده این است که شاکی یا معترض عذر موجه ارایه نماید. تعریف شاکی یا معترض، موجه و عذر گذشت. نص این ماده مجمل به نظر می رسد زیرا قانونگذار ا. م. م. اعذار مرور زمان را در نص این ماده پیش بینی نکرده است. اما، اگر نص این ماده را کنار سایر مواد ق. ا. م. م قرار دهیم و تفسیر ساختاری منطقی نماییم، این نتیجه به دست می آید که اعذار مرور زمان صغارت مدعی، متغلب بودن مدعی علیه و غیابت مدعی است که تفصیل آن گذشت. به نظر می رسد در صورت حدود این اعذار و سایر اعذار موجه و توجیه پذیر محکوم علیه غیرقانع می تواند در صورت انقضای مدت یک ماه به محکمه استیناف شکایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۳۶۵ ق. ا. م. م است.

متحد المال شماره ۱۰۹۸ الی ۱۱۵۲ مؤرخ ۵ / ۹ / ۱۳۸۵ ریاست دارالانشاء شورایعالی ستره محکمه دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مراتب استهدای دیوان مدنی و حقوق عامه ریاست محکمه مراجعه ولایت کندز را در رابطه به مواد ۳۷۱ - ۴۶۱ اصول محاکمات مدنی به شورای عالی ستره محکمه تقدیم نموده است.

در اخیر قرار قضایی (۸۰۶) مؤرخ ۱۲ / ۱۲ / ۱۳۸۳ دیوان مدنی ستره محکمه تحریر گردیده که به ملاحظه جریان و حکم مندرج ماده (۴۶۱) قانون اصول محاکمات مدنی که چنین صراحت دارد: «قرار یا حکم انقضای میعاد که از دیوان مربوط محاکم ولایت صادر شده قابل نقض نمی باشد و شاکی اگر صرف در مورد قانونیت فیصله محکمه اول اعتراض و یا شکایت داشته باشد محکمه ولایت قضیه را از نظر قانونیت بررسی می نماید.» و ماده (۳۷۱) که چنین می گوید: «شکایت و اعتراضی که بعد از انقضای میعاد معینه تقدیم می گردد قابل رسیدگی نبوده دوباره به تقدیم کننده آن مسترد می گردد مگر این که شاکی یا معترض

عذر موجه ارایه نماید.)) اما قرار قضایی ۴-۴ مؤرخ ۱۲/۱۲/۱ دیوان مدنی و حقوق عامه ریاست محکمه کندر به خصوص حکم فیصله ۵/۱۰۲/۲۲/۹/۸۲ در بین متخاصمان با انقضای میعاد معینه صادر شده و طبق هدایت ماده (۳۷۱) از محکوم علیه کدام سؤالی راجع به عدم ارجاع مذکور به عمل نیامده است که به این ترتیب این مساله قابل استهداء می باشد که از یک طرف به ارتباط معذرت غیابی از محکوم علیه سوال نشده و از طرف دیگر غور به موضوع به داخل میعاد معینه صورت گرفته می تواند نه خارج از آن بعد از سقوط حق اعتراض معترض مذکور.

شورای عالی ستره محکمه طی مصوبه (۸۵/۸/۱۸/۶۱۹) چنین هدایت صادر کرد:

((ماده ۳۷۱ قانون اصول محاکمات مدنی حالت علیحده و ماده (۴۶۱) قانون مذکور حالت جداگانه را پیش بینی نموده است زیرا ماده (۳۷۱) قانون اصول محاکمات مدنی اعتراض مفصل شاکی یا معترض را طور انفسی بر اجراءات قضایی محکمه تحتانی مندرج ماده ۳۵۸ قانون مذکور به محکمه بالاتر تقدیم نموده مورد بحث قرار داده و ماده (۳۷۱) مسترد نمودن صورت اعتراض محکوم علیه را در مورد نحوه و کیفیت حکم محکمه تحتانی پیشبینی کرده ولی ماده (۴۶۱) قانون اصول محاکمات مدنی که مؤخر از ماده (۳۷۱) و حایز تخصیص بعد از تعمیم بوده حالت دومی شکایت مبنی بر قانونیت را در بر می گیرد. بنابراین، مطابق آن اجراءات صورت گیرد. ۴۲۸

#### ماده ۳۷۲: امضای شکایت نامه توسط شاکی یا ممثل قانونی او

((شکایت نامه توسط تقدیم کننده یا ممثل قانونی وی امضاء می گردد.)).

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. ممثل در لغت به معنی تمثیل کننده است. منظور از ممثل قانونی در نص این ماده اشخاصی است که اراده مدعی و مدعی علیه را در صورت لزوم تمثیل می نمایند مانند وکیل، ولی، وصی و قیم. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و بخواهد به محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید، باید عریضه را خود یا توسط ممثل قانونی مانند وکیل امضاء نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکلیف شاکی است.

#### ماده ۳۷۳: اعتراض خارنوال

((اعتراض خارنوال که به پیشگاه محکمه فوقانی تقدیم می شود توسط خارنوالی موظف امضاء می گردد.)).

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اعتراض خارنوال که به پیشگاه محکمه فوقانی تقدیم می شود توسط خارنوال موظف امضاء می گردد. به طور عموم، خارنوال در دعاوی مدنی برخلاف دعاوی جزایی یکی از ارکان دعوی نیست و وجود خارنوال در دعاوی مدنی به دلیل انتفای ابعاد جزایی در قضیه منتفی است. اما، اگر مواد مختلف ق. ا. م. را کنار هم قرار دهیم و تفسیر ساختاری-منطقی نماییم این نتیجه به دست می آید که خارنوال در سه گونه دعوی دخیل باشد. نخست در دعوی تفریق به

سبب غیبت زوج که خارنوال مدنی از طرف لوی خارنوالی به نمایندگی از زوج غایب برای دفاع از منافع غایب تعیین می شود. دوم در دعاوی مربوط به اموال غایب که خارنوال مدنی از سوی لوی خارنوالی در اثر تقاضای محکمه ذیصلاح تعیین می شود. سوم در دعاوی اداری که منافع میان دولت و فرد متنازع فیه است کارمندان ریاست عمومی قضایای دولت به عنوان خارنوال در محکمه به عنوان مدعی یا مدعی اقامه دعوی یا دفع دعوی می نمایند.

خارنوال اصطلاح پشتو است. در عربی به خارنوال مدعی العموم و در فارسی دادستان می گویند. خارنوال شخصی است که از منافع عموم مخصوصاً دولت حمایت می نماید. مثال های دعاوی اداری، دعوی تفریق به سبب غیبت و دعوی مربوط به شخص غایب گذشت. به حیث مثال، اگر محمود در دعوی غیبت زوج حمیده یا اداره مال حمید غایب یا در دعوی زمین میان دولت و احمد خارنوال باشد و دعوی را در محکمه ابتدائیه دیوان مربوطه مدنی یا احوال شخصیه یا حقوق عامه ببازد، می تواند شکایت یا اعتراض خویش را با رعایت قواعدی که در بالا گذشت به محکمه استیناف تقدیم نماید. در این صورت، خارنوال موظف مکلف است اعتراض را امضاء نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف خارنوال است.

#### ماده ۳۷۴: شکایت ممثل قانونی

«هرگاه شکایت توسط ممثل قانونی تقدیم گردد علاوه بر درج نمبر و تاریخ وثیقه در شکایت نامه اصل، فوتوکاپی یا کاپی مصدق وثیقه نیز به محکمه فوقانی تقدیم می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه شکایت توسط ممثل قانونی تقدیم گردد علاوه بر درج نمبر و تاریخ وثیقه در شکایت نامه اصل، فوتوکاپی یا کاپی مصدق وثیقه نیز به محکمه فوقانی تقدیم می گردد. تعریف ممثل گذشت. مصدقه اسم مؤنث مصدق است که در لغت به معنی تأیید کننده، باور کننده و تصدیق کننده است.<sup>۴۲۹</sup> وثیقه مؤنث وثیق است که در لغت به عهدنامه، گروی، تأمین، سند و مدرک است که جمع آن وثایق است.<sup>۴۳۰</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و بخواهد به محکمه استیناف توسط ممثل قانونی خویش مانند وکیل شکایت یا اعتراض نماید، وکیل باید علاوه بر درج نمبر و تاریخ وثیقه وکالت در شکایت نامه، اصل و فوتوکاپی مصدق وثیقه؛ یعنی وکالت خط را نیز به محکمه فوقانی تقدیم نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورتی که اعتراض یا شکایت توسط ممثل قانونی محکوم علیه ناراض که برحسب مورد می تواند مدعی یا مدعی علیه باشد، ممثل قانونی مکلف است اصل و کاپی وکالت خط، سند ولایت، وصایت و قیمومیت را همراه با شکایت به محکمه استیناف تقدیم نماید تا به این

429. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

430. Ibid, (Last visit: 19/8/2016).

ترتیب تثبیت گردد که اراده محکوم علیه ناراض را ممثل قانونی تمثیل می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکلیف ممثل قانونی است.

#### ماده ۳۷۵: مطالبه اوراق مربوط به فیصله از محکمه تحتانی توسط محکمه فوقانی

«محکمه فوقانی بعد از حصول شکایت نامه اوراق مربوط به فیصله را از مرجع آن رسماً مطالبه می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده محکمه فوقانی بعد از حصول شکایت نامه اوراق مربوط به فیصله را از مرجع آن رسماً مطالبه می نماید. تعریف فوقانی در فصل اول این باب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و به محکمه استیناف توسط ممثل قانونی خویش مانند وکیل یا خودش شکایت یا اعتراض نماید، محکمه استیناف مکلف است بعد از دریافت شکایت نامه اوراق مربوط به فیصله دین را از محکمه ابتدائیه مدنی رسماً مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۳۷۶: رسیدن اوراق مربوط به فیصله در محکمه استیناف

«اوراق مربوط به فیصله عندالوصول به هیأت قضایی سپرده شده هیأت موصوف بعد از علم به این مطلب که شکایت به وقت معینه تقدیم شده و اوراق عاری از نواقص اداری می باشد به اندراج آن امر می دهد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اوراق مربوط به فیصله عندالوصول به هیأت قضایی سپرده شده هیأت موصوف بعد از علم به این مطلب که شکایت به وقت معینه تقدیم شده و اوراق عاری از نواقص اداری می باشد به اندراج آن امر می دهد. وصول در لغت به معنی دریافت است.<sup>۴۳۱</sup> عندالوصول به معنی در صورت دریافت است. در صورتی رسیدن اوراق مربوط به فیصله از محکمه ابتدائیه مدنی به محکمه استیناف، بخش تحریرات مکلف است آن را تسلیم هیأت قضایی نماید. هیأت قضایی می تواند در صورتی به اندراج اوراق حکم نماید که شکایت مستأنف در مدت یک ماه صورت گرفته باشد و اوراق از نقطه نظر مراحل اداری دارای نقص نباشد. اندراج در لغت به معنی داخل شدن و درآمدن در ضمن چیزی است.<sup>۴۳۲</sup> نص این ماده مجمل است زیرا قانونگذار ا. م. م واضح نساخته است که هیأت قضایی به اندراج اوراق قضایی به کجا دستور دهد که محل ایراد است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و به محکمه استیناف توسط ممثل قانونی خویش مانند وکیل یا خودش شکایت یا اعتراض نماید، محکمه استیناف مکلف است بعد از دریافت شکایت نامه اوراق مربوط به فیصله دین را از محکمه ابتدائیه مدنی رسماً مطالبه نماید. در صورت رسیدن اوراق مربوط به فیصله، این اوراق در صورتی می تواند مورد رسیدگی هیأت قضایی قرار بگیرد که

431. Ibid, (Last visit: 31/8/2016).

432. Ibid, (Last visit: 31/8/2016).



موعد استیناف خواهی اعتراض یا شکایت تحت مرور زمان نیامده باشد و اوراق مربوط به دوسیه تکمیل باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی و شرایط رسیدگی به قضیه توسط هیأت قضایی در محکمه استیناف است.

#### ماده ۳۷۷: تقدیم شکایت یا اعتراض مفصل توسط شاکی در ظرف بیست روز

«اعتراض مفصل شاکی بعد از تقدیم شکایت در ظرف بیست روز ارایه می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اعتراض مفصل شاکی بعد از تقدیم شکایت در ظرف بیست روز ارایه می گردد. تعریف اعتراض یا شکایت و شاکی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و به محکمه استیناف توسط ممثل قانونی خویش مانند وکیل یا خودش شکایت یا اعتراض نماید، محکمه استیناف مکلف است بعد از دریافت شکایت نامه اوراق مربوط به فیصله دین را از محکمه ابتدائیه مدنی رسماً مطالبه نماید.

در صورت رسیدن اوراق مربوط به فیصله، این اوراق در صورتی می تواند مورد رسیدگی هیأت قضایی قرار بگیرد که موعد استیناف خواهی اعتراض یا شکایت تحت مرور زمان نیامده باشد و اوراق مربوط به دوسیه تکمیل باشد. پس از این، محمود مکلف است اعتراض یا شکایت مفصل خویش را در ظرف مدت بیست روز به محکمه استیناف تقدیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف محکوم علیه ناراض از بهر تقدیم شکایت مفصل و پیش بینی ظرف زمانی آن که بیست روز است، می باشد.

#### ماده ۳۷۸: محتویات اعتراض یا شکایت مفصل

«شکایت تحریری یا اعتراض مفصل حاوی مطالب ذیل است:

- ۱ - اسم محکمه مرجع شکایت یا اعتراض.
- ۲ - شهرت شاکی یا اعتراض کننده.
- ۳ - فشرده فیصله موضوع شکایت یا اعتراض.
- ۴ - اسم محکمه صادر کننده فیصله مورد اعتراض.
- ۵ - دلایل عدم صحت فیصله.
- ۶ - مطالبه شاکی یا اعتراض کننده.
- ۷ - فهرست اوراق و اسناد منضمه شکایت یا اعتراض.»


نص این ماده مکمل نص ماده ۳۷۷ ق. ا. م. م است. قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۳۷۷ ق. ا. م. م محکوم علیه غیرقانع را مکلف به تقدیم اعتراض مفصل در مدت بیست روز نموده است و در نص ماده

- ۳۷۷ ق. ا. م محتویات شکایت یا اعتراض مفصل را پیش بینی نموده است. عناصر محتویات شکایت یا اعتراض مفصل طبق نص ماده ۳۷۸ ق. ا. م. م قرار ذیل است:
- (۱) اسم محکمه مرجع شکایت یا اعتراض. به حیث مثال، اگر در مثال بالا فیصله توسط محکمه ابتدائیه حوزه اول کابل صادر شده باشد و محمود بخواهد به محکمه استیناف کابل شکایت یا اعتراض نماید، باید در اعتراض مفصل خویش اسم محکمه استیناف را ذکر نماید.
- (۲) شهرت شاکی یا اعتراض کننده. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود باید شهرت خویش را در اعتراض مفصل ذکر نماید.
- (۳) فشرده فیصله موضوع شکایت یا اعتراض. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود مکلف است فشرده یا خلاصه فیصله محکمه ابتدائیه مدنی حوزه اول کابل را ذکر نماید.
- (۴) اسم محکمه صادر کننده فیصله مورد اعتراض. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود مکلف است اسم محکمه ابتدائیه حوزه اول کابل را در اعتراض مفصل خویش ذکر نماید.
- (۵) دلایل عدم صحت فیصله. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود مکلف است دلایل عدم صحت فیصله محکمه ابتدائیه حوزه اول کابل را در اعتراض مفصل خویش ذکر نماید.
- (۶) مطالبه شاکی یا اعتراض کننده. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود مکلف است تذکر دهد که از محکمه چه می خواهد.
- (۷) فهرست اوراق و اسناد منضمه شکایت یا اعتراض. منضمه در لغت به معنی ضمیمه شده است. ضمیمه مؤنث ضمیم است که در لغت به معنی همراه، چیزی که آن را به چیز دیگری جمع کرده باشند و پیوست است.<sup>۴۳۳</sup> به حیث مثال، در مثال بالا محمود مکلف است اسناد و اوراق را اگر وجود داشته باشد، ضمیمه اعتراض مفصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عناصر مهم اعتراض مفصل است.

#### ماده ۳۷۹: تقدیم شکایت یا اعتراض در دو نسخه

«(شکایت و یا اعتراض مندرج ماده (۳۷۸) این قانون به داخل دو نسخه به پیشگاه محکمه فوقانی تقدیم گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۳۷۸ ق. م است. طبق نص این ماده معترض مکلف است اعتراض یا شکایت مفصل را در دو نسخه به محکمه استیناف تقدیم نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود مکلف است شکایت یا اعتراض مفصل خویش را در دو نسخه به محکمه استیناف کابل تقدیم نماید. دلیل این که شاکی باید دو نسخه اعتراض مفصل را به محکمه استیناف تقدیم نماید این است که یک کاپی در محکمه باقی بماند و یک کاپی را تحریرات به محکوم له بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف شاکی است.

باب سوم: اجراءآت در محاكم فوقانی - فصل دوم: صورت تقديم شکایات و اعتراض  ۳۰۹



## فصل سوم: اجراءات مقدماتی محکمه فوقانی

قانونگذار ا. م. م در فصل سوم، احکام مربوط به اجراءات محکمه فوقانی را تنظیم نموده است.

### ماده ۳۸۰: دادن یک نقل شکایت به محکوم له

«تحریرات محکمه فوقانی یک نقل شکایت یا اعتراض تحریری معترض را بعد از غور و ملاحظه هیأت قضایی به جانب مقابل سپرده جواب تحریری اخذ می کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده تحریرات محکمه فوقانی یک نقل شکایت یا اعتراض تحریری معترض را بعد از غور و ملاحظه هیأت قضایی به جانب مقابل سپرده جواب تحریری اخذ می کند. تعریف فوقانی، اعتراض و معترض گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و به محکمه استیناف توسط ممثل قانونی خویش مانند وکیل یا خودش شکایت یا اعتراض نماید، محکمه استیناف مکلف است بعد از دریافت شکایت نامه اوراق مربوط به فیصله دین را از محکمه ابتدائیه مدنی رسماً مطالبه نماید.

در صورت رسیدن اوراق مربوط به فیصله، این اوراق در صورتی می تواند مورد رسیدگی هیأت قضایی قرار بگیرد که موعد استیناف خواهی اعتراض یا شکایت تحت مرور زمان نیامده باشد و اوراق مربوط به دوسیه تکمیل باشد. پس از این، محمود مکلف است اعتراض یا شکایت مفصل خویش را در ظرف مدت بیست روز به محکمه استیناف تقدیم نماید. در صورت دریافت اعتراض مفصل محمود، تحریرات محکمه استیناف مکلف است یک نقل اعتراض یا شکایت را بعد از غور و ملاحظه هیأت قضایی به محمود بدهد و از محمود جواب تحریری اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف تحریرات محکمه استیناف و هیأت قضایی است.

### ماده ۳۸۱: امتناع شاکی از ارایه اعتراض مفصل

«۱- هرگاه شاکی از ارایه اعتراض مفصل تحریری امتناع ورزد یا معذرت خود را مبنی بر عجز از تقدیم اعتراض اظهار نماید محکمه به دلایل شفوی وی اکتفا ورزیده امضاء و شصت او را در ذیل اظهاراتش اخذ می نماید. ۲- حکم فقره (۱) این ماده در باره جانب مقابل شاکی و معترض نیز قابل تطبیق است.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) هرگاه شاکی از ارایه اعتراض مفصل تحریری امتناع ورزد محکمه به دلایل شفوی وی اکتفا ورزیده امضاء و شصت او را در ذیل اظهاراتش اخذ می نماید. تعریف شاکی و اعتراض در بالا گذشت. تحریری اسم منسوب به تحریر است. تحریر در لغت به معنی نوشتن است. شفوی در لغت به معنی

مربوط به لب است. اکتفاء در لغت به معنی بسنده کردن است.<sup>۴۳۴</sup> امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.<sup>۴۳۵</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بعد از تقدیم اعتراض، از ارایه اعتراض یا شکایت مفصل پرهیز نماید، محکمه مکلف است به اظهارات غیرتحریری یا لفظی محمود بسنده نماید و امضای محمود را در ذیل اظهاراتش بگیرد.

(۲) هرگاه شاکی معذرت خود را مبنی بر عجز از تقدیم اعتراض اظهار نماید محکمه به دلایل شفوی وی اکتفا ورزیده امضاء و شصت او را در ذیل اظهاراتش اخذ می نماید. عذر در لغت به معنی پوزش است. عجز در لغت به معنی ناتوانی است.<sup>۴۳۶</sup> به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بعد از تقدیم اعتراض، از ارایه اعتراض مفصل از محکمه به دلیل عذر معذرت بخواهد محکمه مکلف است به اظهارات غیرتحریری یا لفظی محمود بسنده نماید و امضای محمود را در ذیل اظهاراتش بگیرد.

(۳) حکم فقره (۱) این ماده در باره جانب مقابل شاکی و معترض نیز قابل تطبیق است. تعریف شاکی و معترض در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد از ارایه جواب اعتراض پرهیز نماید یا از محکمه عذر بخواهد و بگوید که نمی توانم جواب اعتراض را به محکمه تقدیم نمایم، محکمه مکلف است به اظهارات غیرتحریری یا لفظی احمد بسنده نماید و امضای احمد را در ذیل اظهاراتش بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر عدم ارایه اعتراض مفصل توسط شاکی یا معترض و جواب اعتراض توسط جانب مقابل شاکی یا معترض و صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۳۸۲: موارد صدور قرار تعطیل اجراءات

«محکمه فوقانی در موارد ذیل قرار مبنی بر تعطیل اجراءات شکایت را صادر و به شاکی یا معترض برای تصحیح شکایت و یا اعتراض مهلت می دهد:

۱- در صورتی که شکایت یا اعتراض از طرف تقدیم کننده گان امضاء نشده باشد.

۲- در صورتی که ضمایم لازم توأم با شکایت به محکمه تقدیم نشده باشد.

۳- در صورتی که محصول دولتی مرتب به شکایت یا اعتراض تادیه نشده باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده محکمه فوقانی در موارد ذیل قرار مبنی بر تعطیل اجراءات شکایت را صادر و به شاکی یا معترض برای تصحیح شکایت یا اعتراض باید مهلت دهد. تعریف فوقانی، قرار، شاکی و معترض گذشت. تعطیل در لغت به معنی بیکار کردن، مرخصی، معطل گذاشتن و دست از کار کشیدن است.<sup>۴۳۷</sup> تصحیح در لغت به معنی صحیح کردن و درست کردن است.<sup>۴۳۸</sup> مهلت در لغت به معنی زمان، مدت، فرصت، اجل و زمان دهی است.<sup>۴۳۹</sup>

434. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

۴۳۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

۴۳۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۵۷.

437. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/ 8/ 2016).

438. Ibid, (Last visit: 31/ 8/ 2016).

۴۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۱۵.

۱) در صورتی که شکایت یا اعتراض از طرف تقدیم کننده گان امضاء نشده باشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود در خصوص حکم محکمه ابتدائیه مدنی ناراض باشد و به محکمه استیناف توسط ممثل قانونی خویش مانند وکیل یا خودش شکایت یا اعتراض نماید، اما اعتراض خویش را خودش یا وکیلش امضاء ننماید، محکمه استیناف مکلف است قرار تعطیل اجراءات را صادر و به محمود مهلت دهد تا اعتراضش را امضاء نماید.

۲) در صورتی که ضمایم لازم توأم با شکایت به محکمه تقدیم نشده باشد. تعریف ضمیمه گذشت. توأم در لغت به معنی همراه است.<sup>۴۴</sup> به حیث مثال، اگر مثال بالا، محمود اسناد لازم مربوط به دین را همراه با اعتراض تقدیم محکمه نماید، محکمه استیناف مکلف است قرار تعطیل اجراءات را صادر و به محمود مهلت دهد تا اسناد را تقدیم محکمه نماید.

۳) در صورتی که محصول دولتی مرتب به شکایت یا اعتراض تادیه نشده باشد. محصول از ریشه «حصل» گرفته شده است که در لغت به معنی حاصل شده، به دست آمده، نتیجه و دستاور است.<sup>۴۵</sup> در اصطلاح حقوقی، محصول عبارت از مبلغی است که دولت آن را در برابر خدمات اخذ می نماید، مانند: محصول وثایق که در محاکم اخذ می گردد و محصولی که دولت از خانه ها و آپارتمان ها اخذ می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود محصول محکمه ابتدائیه را پرداخت ننموده باشد، محکمه استیناف مکلف است قرار تعطیل اجراءات را صادر و به محمود مهلت دهد تا محصول را پرداخت نماید. نص این ماده حصری به نظر می رسد زیرا قانونگذار ا. م. م. لست را بسته است و موارد صدور قرار تعطیل اجراءات را حصر کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی موارد و حالاتی است که محکمه استیناف می تواند قرار تعطیل اجراءات را صادر نماید. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۳۸۳: محاسبه موعد مرور زمان

«محاسبه موعد مرور زمان برای شکایت یا اعتراض از تاریخ تقدیم آن به محکمه صورت می گیرد مشروط براین که تقدیم کننده شکایت یا اعتراض در میعاد معینه هدایات قرار مندرج ماده (۳۸۲) را اجرا نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۳۸۲ ق. ا. م. م. است. در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. همچنین، نص این ماده مربوط و ارجاعی به ماده ۳۶۵ ق. ا. م. م. است. طبق این قاعده محاسبه موعد مرور زمان برای شکایت یا اعتراض از تاریخ تقدیم آن به محکمه صورت می گیرد مشروط براین که تقدیم کننده شکایت یا اعتراض در میعاد معینه هدایات قرار مندرج ماده (۳۸۲) را

440. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/ 8/ 2016).

441. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2106).

اجرا نماید. موعده در لغت به معنی وقت، هنگام و موقع است.<sup>۴۴۲</sup> تعریف قرار، شکایت و معترض گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، شرط است که محمود در مدت یک ماه بعد از صدور حکم و ابلاغ آن به محکمه توسط محکمه مدنی ابتدائیه شکایت یا اعتراض خویش را به محکمه استیناف تقدیم نماید. در صورت عدم تقدیم، استیناف خواهی محمود تحت مرور زمان مسقط حق شکایت یا اعتراض قرار می گیرد و محکمه استیناف می تواند به دلیل مرور زمان قرار عدم سمع دعوی صادر نماید. مدت یک ماه از تاریخ تقدیم آن به محکمه استیناف صورت می گیرد. بنابراین، مدت یک ماه از زمان صدور و ابلاغ حکم شروع می شود. در چنین حالتی، شرط است که محکمه استیناف مدت قرار تعطیل را محاسبه ننماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم مدت محاسبه مرور زمان است.

#### ماده ۳۸۴: انصراف از شکایت

«تقدیم کننده شکایت می تواند از شکایت خود صرف نظر نماید مشروط بر این که فیصله، مورد شکایت یا اعتراض شخص ثالث قرار نگرفته باشد. در این صورت محکمه قرار انصراف از شکایت یا اعتراض را صادر و اجراءات را در زمینه قطع می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده تقدیم کننده شکایت می تواند از شکایت خود صرف نظر نماید مشروط بر این که فیصله، مورد شکایت یا اعتراض شخص ثالث قرار نگرفته باشد. شخص ثالث شخص سوم است. دخیل شدن شخص ثالث در بسیاری از کتاب های فارسی ورود شخص ثالث یا شخص ثالث نامیده شده است. اما، ورود شخص سوم در دعوی در ق. م دعوی استحقاق نامیده شده است.

به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به فروش رساند و محمود موثر را تسلیم شود اما پول را به احمد ندهد و احمد در محکمه ابتدائیه مدنی علیه محمود اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را مکلف به دادن پول به احمد نماید و محمود راضی نباشد و علیه حکم محکمه ابتدائیه مدنی در محکمه مدنی اعتراض یا شکایت نماید، اما سپس از شکایت خویش صرف نظر نماید محکمه مکلف است قرار انصراف از شکایت را صادر و اجراءات را قطع نماید. اما، اگر جمشید در خصوص مالکیت موثر اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که موثر اصلاً از احمد نبوده است و احمد موثر جمشید را به محمود فروخته است، محکمه استیناف مکلف است به دعوی رسیدگی نماید. دعوی جمشید در این مثال ورود شخص ثالث است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی جواز انصراف از شکایت، شرط انصراف از شکایت و پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف و مورد حمایت قرار دادن شخص سوم است.



### ماده ۳۸۵: شنیدن اظهارات طرفین و خارنوال مدنی توسط محکمه استیناف

۱- قضیه مورد شکایت و اعتراض بعد از اظهارات طرفین یا اعتراض خارنوال و جواب طرفین به هیأت قضایی غرض تکمیل مطالعات سپرده می شود؛ ۲- قضیه بعد از تکمیل مطالعات هیأت قضایی در اجندا درج محل رسیدگی شکایت و تدویر جلسه قضایی به اطلاع طرفین دعوی و اشخاص شاکی قضیه رسانیده می شود.))

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) قضیه مورد شکایت و اعتراض بعد از اظهارات طرفین و جواب طرفین به هیأت قضایی غرض تکمیل مطالعات سپرده می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، رئیس دیوان مربوطه محکمه استیناف مکلف است بعد از شنیدن اظهارات طرفین و جواب طرفین، قضیه را به هیأت قضایی غرض مطالعه بسپارد.

۲) قضیه مورد شکایت و اعتراض بعد از اعتراض خارنوال و جواب طرفین به هیأت قضایی غرض تکمیل مطالعات سپرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و محکمه برای اداره اموال احمد وکیل مسخر تعیین نماید و جمشید در خصوص مالکیت اموال احمد اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات در محکمه ابتدائیه مدنی ثابت نماید که اموال از او است و محکمه ابتدائیه مدنی حکم نماید تا وکیل مسخر اموال را تسلیم جمشید نماید اما وکیل مسخر علیه حکم محکمه ابتدائیه اعتراض نماید، دیوان مربوطه محکمه استیناف پس از شنیدن اظهارات وکیل مسخر باید قضیه را به هیأت قضایی غرض مطالعه بسپارد. وکیل مسخر در این مثال مصداق خارنوال است زیرا چنانچه گفته شد، خارنوال در دعاوی مدنی یکی از ارکان دعوی نیست.

۳) قضیه بعد از تکمیل مطالعات هیأت قضایی در اجندا درج رسیدگی به شکایت و تدویر جلسه قضایی به اطلاع طرفین دعوی و اشخاص شامل قضیه رسانیده می شود. به حیث مثال، در دو مثال بالا، پس از این که هیأت قضایی دوسیه را مطالعه نماید، مکلف است تدویر جلسه قضایی را به اطلاع طرفین دعوی یا خارنوال و طرف دعوی برساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

### ماده ۳۸۶: اصلاح طرفین

«هرگاه جانبین بعد از تقدیم شکایت یا اعتراض در مرحله نهایی به اصلاح موافقه نمایند این موافقه به شکل تحریری به محکمه تقدیم و در صورت تأیید محکمه فوقانی به قطع اجراءات تصمیم اتخاذ می نماید.»

در نص این ماده دو قاعده مرتبط وجود دارد:

۱) هرگاه جانبین بعد از تقدیم شکایت یا اعتراض در مرحله نهایی به اصلاح موافقه نمایند مکلف اند این موافقه را به شکل تحریری به محکمه تقدیم نمایند. تعریف اصلاح گذشت. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و قاضی برای اداره اموال احمد جمشید را وکیل تعیین نماید و محمود مدیون احمد از دینی که احمد بر عهده محمود دارد انکار نماید و جمشید وکیل احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه حکم نماید که محمود دین را به جمشید تسلیم نماید، اما محمود حکم محکمه ابتدائیه را نپذیرد و علیه حکم محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و هم جمشید و هم محمود اعتراض و دفع

اعتراض را به محکمه تقدیم نمایند، اما پس از تقدیم اعتراض و دفع اعتراض محمود و جمشید صلح نمایند، هر دو مکلف اند موافقه خویش مبنی بر صلح را به صورت نوشته به محکمه استیناف تقدیم نمایند.

۲) در صورت تائید صلح توسط محکمه استیناف، محکمه استیناف باید به قطع اجراءات تصمیم اتخاذ نماید. به حیث مثال، در مثال بالا بعد از این که جمشید و محمود صلح نمایند و موافقت خویش مبنی بر صلح را به محکمه استیناف تقدیم نمایند، محکمه استیناف باید در خصوص متوقف کردن اجراءات بعدی تصمیم بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی جواز صلح در مرحله اعتراض و صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

## **فصل چهارم: تدویر جلسه قضایی غرض رسیدگی به شکایت و اعتراض**

قانونگذار ا. م. م در فصل چهارم مواد ۳۸۷ الی ۴۰۱ ق. ا. م. م احکام مربوط به تدویر جلسه توسط محاکم استیناف به منظور رسیدگی به شکایت یا اعتراض را پیش بینی نموده است.

### ماده ۳۸۷: اتخاذ تدابیر توسط رئیس جلسه قضایی

«رئیس جلسه قضایی در مرحله رسیدگی به شکایت و اعتراض با نظر داشت احکام فصل سوم باب دوم این قانون تدابیر لازم را در مورد تأمین نظم جلسه قضایی اتخاذ می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده رئیس جلسه قضایی در مرحله رسیدگی به شکایت و اعتراض با نظر داشت احکام فصل سوم باب دوم این قانون تدابیر لازم را در مورد تأمین نظم جلسه قضایی مکلف است اتخاذ نماید. تفصیل این احکام در باب دوم، فصل سوم گذشت. نص این ماده ارجاعی به احکام فصل سوم، باب دوم ق. ا. م. م است.

بنابراین، رئیس جلسه هیأت قضایی مکلف است در مرحله رسیدگی به شکایت یا اعتراض این احکام را رعایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی رئیس جلسه قضایی، ارجاع رئیس جلسه قضایی به باب دوم، فصل سوم ق. ا. م. م و جلوگیری از اطاله ق. ا. م. م است. زیرا، در صورتی که ق. ا. م. م این احکام را تکرار می نمود، فایده جز طویل شدن بی مورد ق. ا. م. م نداشت.

### ماده ۳۸۸: اعلان رسیدگی موضوعات توسط رئیس جلسه

«رئیس جلسه قضایی بعد از افتتاح جلسه و معرفی ترکیب هیأت قضایی و خارنوال مدنی موضوعات ذیل را غرض رسیدگی اعلان می نماید:

- نوع قضیه مورد رسیدگی.
- معرفی شاکی یا معترض.
- معرفی محکمه ای که علیه فیصله آن اعتراض صورت گرفته است.

هویت طرفین دعوی در این جلسه از طرف منشی جلسه ثبت می گردد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱) رئیس جلسه قضایی بعد از افتتاح جلسه و معرفی ترکیب هیأت قضایی و خارنوال مدنی مکلف است موضوعات ذیل را غرض رسیدگی اعلان نماید:

- نوع قضیه مورد رسیدگی.
- معرفی شاکی یا معترض.
- معرفی محکمه ای که علیه فیصله آن اعتراض صورت گرفته است. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و قاضی برای اداره اموال احمد جمشید را وکیل تعیین نماید و محمود مدیون احمد از دینی که احمد بر عهده محمود دارد انکار نماید و جمشید وکیل احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه حکم نماید که محمود دین را به جمشید تسلیم نماید، اما محمود حکم محکمه ابتدائیه را نپذیرد و علیه حکم محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و هم جمشید و هم محمود اعتراض و دفع اعتراض

را به محکمه تقدیم نمایند و جلسه قضایی آغاز گردد، رئیس جلسه مکلف است ترکیب هیأت قضایی را و خارنوال مدنی را مشروط بر این که در جلسه خارنوال مدنی موجود باشد، معرفی نماید. همچنین، رئیس جلسه قضایی مکلف است نوع قضیه را که پرداخت دین است اعلان، محمود را که شاکی یا معترض است معرفی و محکمه ابتدائیه مدنی را که علیه حکم آن اعتراض صورت گرفته است معرفی نماید.

۲) هویت طرفین دعوی در این جلسه از طرف منشی جلسه ثبت می گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، منشی جلسه مکلف است هویت احمد و محمود را در کتاب مربوطه ثبت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی رئیس جلسه قضایی و منشی است.

#### ماده ۳۸۹: معطل قرار دادن جلسه به دلیل عدم حضور یکی از طرفین

«در صورت عدم حضور یکی از شاملین دعوی به دلیل نداشتن اطلاع از تاریخ و محل رسیدگی قضیه محکمه امر رسیدگی را معطل قرار می دهد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در صورت عدم حضور یکی از شاملین دعوی به دلیل نداشتن اطلاع از تاریخ و محل رسیدگی قضیه محکمه امر رسیدگی را معطل قرار می دهد. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و قاضی برای اداره اموال احمد جمشید را وکیل تعیین نماید و محمود مدیون احمد از دینی که احمد بر عهده محمود دارد انکار نماید و جمشید وکیل احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه حکم نماید که محمود دین را به جمشید تسلیم نماید، اما محمود حکم محکمه ابتدائیه را نپذیرد و علیه حکم محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و هم جمشید و هم محمود اعتراض و دفع اعتراض را به محکمه تقدیم نمایند اما احمد یا محمود در جلسه قضایی به دلیل عدم اطلاع حاضر نباشد، هیأت قضایی مکلف است رسیدگی به قضیه را معطل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

#### ماده ۳۹۰: عدم حضور شاملین قضیه به دلیل عذر موجه

«۱- عدم حضور یکی از شاملین دعوی با وجود داشتن اطلاع از تاریخ و محل رسیدگی قضیه مانع رسیدگی نمی گردد. ۲- هرگاه محکمه عدم حضور را موجه بدانند می تواند رسیدگی قضیه را معطل قرار دهد.»

نص این ماده مکمل ماده ۳۸۹ ق. ا. م. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:  
۱- عدم حضور یکی از شاملین دعوی با وجود داشتن اطلاع از تاریخ و محل رسیدگی قضیه مانع رسیدگی نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و قاضی برای اداره اموال احمد جمشید را وکیل تعیین نماید و محمود مدیون احمد از دینی که احمد بر عهده محمود دارد انکار نماید و جمشید وکیل احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه حکم نماید که محمود دین را به جمشید

تسلیم نماید، اما محمود حکم محکمه ابتدائیه را نپذیرد و علیه حکم محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و هم جمشید و هم محمود اعتراض و دفع اعتراض را به محکمه تقدیم نمایند اما احمد یا محمود با وجود اطلاع محکمه در جلسه قضایی حاضر نباشد، هیأت قضایی می تواند به قضیه رسیدگی نماید زیرا عدم حضور شاملین قضیه مانع رسیدگی قضیه نمی شود.

۲- هرگاه محکمه عدم حضور را موجه بدانند می توانند رسیدگی قضیه را معطل قرار دهد. تعریف موجه گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد یا محمود بنابر دلایل موجه مانند وفات یکی از وابستگان بسیار نزدیک، مریضی و نظیر اینها در جلسه حاضر نشوند، محکمه می تواند رسیدگی به قضیه را معطل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

#### ماده ۳۹۱: عدم حضور خارنوال مدنی و وکیل مدافع در جلسه قضایی

«۱- محکمه عدم حضور غیر موجه خارنوال یا وکیل مدافع را در جلسه رسیدگی به خارنوال مافوق یا انجمن وکلای مدافع اطلاع می دهد. ۲- هرگاه وکیل مدافع بعد از جلب محکمه تا ده روز به جلسه قضایی حاضر نگردد محکمه موضوع عدم حضور او را سبب تعطیل رسیدگی قضیه گردیده است به انجمن هیأت وکلای مدافع رسماً ابلاغ می نماید.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) محکمه مکلف است عدم حضور غیر موجه خارنوال مدنی یا وکیل مدافع را در جلسه رسیدگی به خارنوال مدنی مافوق یا انجمن وکلای مدافع اطلاع می دهد. تعریف موجه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در دعوی دین علیه غایب خارنوال مدنی بدون دلیل موجه در جلسه قضایی حضور نیابد یا وکیل مدعی بدون دلیل موجه در جلسه قضایی حضور نیابد، محکمه استیناف مکلف است به لوی خارنوالی و انجمن مستقل وکلای مدافع اطلاع دهد.

۲) هرگاه وکیل مدافع بعد از جلب محکمه تا ده روز به جلسه قضایی حاضر نگردد محکمه مکلف است موضوع عدم حضور او را که سبب تعطیل رسیدگی قضیه گردیده است به انجمن مستقل وکلای مدافع رسماً ابلاغ نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید و وکیل مدافع احمد برای مدت ده روز در جلسه قضایی حاضر نگردد، محکمه استیناف مکلف است موضوع عدم حضور وکیل مدافع را که سبب تعطیل جلسه قضایی گردیده است به انجمن مستقل وکلای مدافع ابلاغ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف و جلوگیری از غیاب وکیل مدافع است.

ماده ۳۹۲: رسیدگی قضیه

۱- رسیدگی قضیه در مرحله استیناف با قرائت گزارشی که از مطالعه اوراق ترتیب شده است توسط رئیس جلسه یا یکی از قضات آغاز می گردد؛ ۲- گزارش متضمن چگونگی قضیه، حکم محکمه تحتانی، دلایل شکایت، اعتراض و سایر موادی که جدیداً به محکمه ارائه گردیده و نیز حاوی مدارکی می باشد که محکمه به منظور کنترل صحت فیصله رسیدگی می نماید.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده رسیدگی قضیه در مرحله استیناف با قرائت گزارشی که از مطالعه اوراق ترتیب شده است توسط رئیس جلسه یا یکی از قضات آغاز می گردد. متضمن در لغت به معنی دربردارنده و شامل است.<sup>۴۴۳</sup> تعریف مدارک اثباتیه گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و قاضی برای اداره اموال احمد جمشید را وکیل تعیین نماید و محمود مدیون احمد از دینی که احمد بر عهده محمود دارد انکار نماید و جمشید وکیل احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه حکم نماید که محمود دین را به جمشید تسلیم نماید، اما محمود حکم محکمه ابتدائیه را نپذیرد و علیه حکم محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و هم جمشید و هم محمود اعتراض و دفع اعتراض را به محکمه تقدیم نمایند اما احمد یا محمود با وجود اطلاع محکمه در جلسه قضایی حاضر نباشد، هیأت قضایی می تواند به قضیه رسیدگی نماید زیرا عدم حضور شاملین قضیه مانع رسیدگی قضیه نمی شود.

رسیدگی به قضیه با قرائت گزارش اوراق دوسیه توسط رئیس یا یکی از اعضای هیأت قضایی باید شروع شود. در گزارش چگونگی قضیه (حقایق قضیه)، حکم محکمه ابتدائیه مدنی، دلایل شکایت یا اعتراض و سایر موارد و مدارک باید مورد رسیدگی قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی هیأت قضایی است.

#### ماده ۳۹۳: ارزیابی قانونی بودن و مدلل بودن فیصله محکمه ابتدائیه

۱- محکمه فوقانی حین رسیدگی قضیه نظر به دلایل موجود و دلایلی که توسط جانبین یا شاملین دیگر قضیه ارایه گردیده است قانونیت و مدلل بودن فیصله محکمه تحتانی را در بخش های شکایت شده و در بخش های که علیه آنها شکایت موجود نیست و نیز به ارتباط اشخاصی که شکایت تقدیم نموده اند ارزیابی می کند. ۲- محکمه در ارزیابی همه جانبه قضیه تابع دلایل شکایت و اعتراض نبوده صرف آن را وسیله رسیدگی می داند.».

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) محکمه فوقانی حین رسیدگی قضیه نظر به دلایل موجود و دلایلی که توسط جانبین یا شاملین دیگر قضیه ارایه گردیده است قانونیت و مدلل بودن فیصله محکمه تحتانی را در بخش های شکایت شده و در

بخش های که علیه آنها شکایت موجود نیست و نیز به ارتباط اشخاصی که شکایت تقدیم نموده اند ارزیابی می کند. تعریف فوقانی، تحتانی و فیصله در مباحث قبلی گذشت. مدلل در لغت به معنی با دلیل ثابت شده و آنچه برای آن دلیل آورده شده باشد و دارای دلیل است.<sup>۴۴۴</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه استیناف مکلف است در وقت رسیدگی قضیه بادر نظر داشت دلایلی که توسط طرفین قضیه ارایه می گردد به قانونی بودن و دارای دلیل بودن فیصله محکمه ابتدائیه را ارزیابی نماید. به عنوان نمونه، محکمه استیناف باید بررسی نماید که فیصله محکمه ابتدائیه مدنی مطابق قانون مربوطه و قانونی است و نیز بررسی نماید که آیا حکم محکمه ابتدائیه مدنی بر اساس دلایلی که محمود ارایه نموده است مانند سند، شهود و نظیر اینها می باشد یا نه.

۲) محکمه در ارزیابی همه جانبه قضیه تابع دلایل شکایت و اعتراض نبوده صرف آن را وسیله رسیدگی می داند. به حیث مثال، در مثال بالا محکمه استیناف در ارزیابی فیصله محکمه مدنی ابتدائیه تابع دلایل طرفین نیست و شکایت و دلایل طرفین صرف وسیله رسیدگی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی و تخییری محکمه استیناف بالترتیب در فقره اول و دوم نص این ماده است.

### ماده ۳۹۴: استماع اظهارات طرفین

«هیأت قضایی بعد از گزارش قضیه توضیحات شاملین دعوی را که در جلسه قضایی حاضر گردیده استماع می نماید. ابتداء تقدیم کننده شکایت یا وکیل وی، خرنوال مدنی در صورت تقدیم اعتراض اظهارات می نمایند. در صورت تقدیم شکایت از هر دو جانب دعوی حق اولیت در اظهار مطالب از مدعی است.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) هیأت قضایی بعد از گزارش قضیه توضیحات شاملین دعوی را که در جلسه قضایی حاضر گردیده استماع می نماید. به حیث مثال، در دعوی شفعه در مثال بالا، محکمه استیناف مکلف است بعد از ارایه گزارش توسط رئیس یا یکی از اعضای قضایی، توضیحات احمد و محمود را در جلسه قضایی استماع نماید. استماع در لغت به معنی شنیدن است.<sup>۴۴۵</sup>

444. Ibid, (last visit: 4/29 /2019).

445. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

۲) ابتداء تقدیم کننده شکایت یا وکیل وی در صورت تقدیم اعتراض اظهارات می نمایند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه استیناف مکلف است ابتداء اظهارات احمد یا وکیل احمد را استماع نماید.

۳) ابتداء خارنوال مدنی در صورت تقدیم اعتراض اظهارات می نمایند. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و حمیده زوجه احمد از محکمه فامیلی ابتدائیه مطالبه تفریق قضایی به دلیل غیاب احمد نماید و محکمه فامیلی ابتدائیه جمشید را به عنوان وکیل مسخر که معمولاً در اثر درخواست محکمه از میان خارنوالان مدنی تعیین می گردد، تعیین نماید و حمیده را طلاق بدهد و جمشید در خصوص طلاق استیناف خواهی نماید، محکمه استیناف دیوان مربوطه مکلف است ابتداء به اظهارات جمشید توجه نماید.

۳) در صورت تقدیم شکایت از هر دو جانب دعوی حق اولیت در اظهار مطالب از مدعی است. به حیث مثال، اگر در دعوی شفعه هم احمد و هم محمود و در دعوی تفریق به سبب غیاب هم جمشید و هم حمیده ناراض باشند و به محکمه استیناف شکایت تقدیم نمایند، در ارایه اظهارات مدعی حق اولویت دارد. به حیث مثال، در مثال بالا احمد و حمیده حق اولویت دارند زیرا مدعی بوده اند. تقدیم شکایت از هر دو جانب به محکمه استیناف توجه پذیر و عملی به نظر نمی رسد. زیرا، طرفین دعوی مدعی و مدعی علیه اند و حتماً یکی از این دو محکوم له و یکی محکوم علیه قرار می گیرد. معمولاً محکوم علیه که فیصله به ضرر او صادر شده است از فیصله محکمه ناراض است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی رویه، اجراءات و صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۳۹۵: اظهارات خارنوال مدنی

«خارنوال شامل قضیه در باره قانونیت و مدلل بودن فیصله یا عکس آن بعد از اظهارات اشخاص ذیربط توضیحات می دهد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده خارنوال شامل قضیه در باره قانونیت و مدلل بودن فیصله یا عکس آن بعد از اظهارات اشخاص ذیربط توضیحات می دهد. تعریف مدلل و اظهارات در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و حمیده زوجه احمد از محکمه فامیلی ابتدائیه مطالبه تفریق قضایی به دلیل غیاب احمد نماید و محکمه فامیلی ابتدائیه جمشید را به عنوان وکیل مسخر که معمولاً در اثر درخواست محکمه از میان خارنوالان مدنی تعیین می گردد، تعیین نماید و حمیده را طلاق بدهد و جمشید در خصوص طلاق استیناف خواهی نماید، جمشید می تواند بعد از توضیحات حمیده یا وکیل حمیده در خصوص مدلل و قانونی بودن فیصله محکمه ابتدائیه مدنی



باب سوم: اجراءات در محاکم فوقانی - فصل چهارم: تدویر جلسه قضایی... ۳۲۳

توضیحات دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم توضیحات خارنوال مدنی است.

#### ماده ۳۹۶: رفتن هیأت قضایی به اتاق مشاوره

(بعد از استماع توضیحات شاملین قضیه و نظر خارنوال هیأت قضایی به منظور اتخاذ تصمیم قضایی به اتاق مشوره داخل می شود.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هیأت قضایی مکلف است پس از شنیدن نظر شاملین قضیه و خارنوال مدنی داخل اتاق مشاوره بروند. به حیث مثال، در مثال های بالا زمانی که هیأت قضایی نظر طرفین دعوی یا خارنوال مدنی را شنید باید به اتاق مشاوره به منظور گرفتن تصمیم بروند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی است.

#### ماده ۳۹۷: مشوره و اعلان تصمیم توسط هیأت قضایی

(مشوره هیأت قضایی، تصمیم و اعلان مطابق احکام مندرج فصل دوازدهم باب دوم این قانون صورت می گیرد.)

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام فصل دوازدهم باب دوم ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده هیأت قضایی محکمه استیناف مکلف است مشوره، اتخاذ تصمیم و اعلام تصمیم به طرفین دعوی را مطابق احکام فصل دوازدهم باب دوم ق. ا. م. م که تفصیل آن گذشت انجام دهد. تعریف تصمیم، اعلان گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف هیأت قضایی و جلوگیری از تکرار احکام فصل دوازدهم باب دوم ق. ا. م. م است.

#### ماده ۳۹۸: صلاحیت های محکمه استیناف

(محکمه فوقانی بعد از رسیدگی مقدماتی قضیه در مرحله نهایی دارای صلاحیت های ذیل می باشد:

- ۱- ارسال قضیه به محکمه ذیصلاح به منظور رسیدگی مجدد در صورت بطلان فیصله محکمه تحتانی.
- ۲- اقدام به صدور فیصله جدید در صورت نقض فیصله محکمه تحتانی یا در صورت ضرورت ارجاع قضیه به محکمه حاکمه به منظور گردآوری دلایل و تحقیقات مزید جهت رسیدگی مجدد.
- ۳- فیصله های محاکم تحتانی عاری از موارد بطلان و نقض و دارای نقایض شکلی یا اشتباهات سهو و خطا در اعداد و ارقام از طرف محکمه فوقانی نقض و باطل نشده صرف جهت استدراک نقصان و اصلاح به محکمه تحتانی اعاده می گردد.
- ۴- تأیید فیصله محکمه تحتانی در صورتی که مطابقت آن با قانون در نتیجه غور ظاهر گردد.)

طبق نص این ماده محکمه فوقانی بعد از رسیدگی مقدماتی قضیه در مرحله نهایی دارای صلاحیت های ذیل است. تعریف فوقانی گذشت.

۱) ارسال قضیه به محکمه ذیصلاح به منظور رسیدگی مجدد در صورت بطلان فیصله محکمه تحتانی. تعریف تحتانی قبلاً گذشت. مصداق محکمه تحتانی طبق نص این ماده محکمه ابتدائیه مدنی است. تعریف فیصله نیز گذشت. بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.<sup>۴۶</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، بطلان عبارت از بی اعتبار بودن عمل حقوقی است. در حوزه اصول محاکمات ماده ۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در تعریف بطلان می گوید: «بطلان: حالتی است که ناشی از عدم رعایت احکام قانون در مورد اجراءات اساسی که شامل موارد ذیل می گردد:

- فقدان ارکان اساسی قضا؛

- صدور فیصله غیر محتمل الثبوت؛

- فقدان صلاحیت یکی از طرفین دعوی، هیأت قضایی یا محکمه.» به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه استیناف می تواند در صورت باطل کردن فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی، فیصله را دوباره به محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بفرستد. اسباب بطلان چنانچه به آن اشاره شد هم در ماده ۴ تشکیلات و صلاحیت محاکم و هم در ماده ۳۹۹ ق. ا. م. م پیش بینی شده است که بحث آن در ماده بعدی خواهد آمد. به نظر می رسد در صورت تحقق اسباب بطلان محکمه استیناف می تواند فیصله محکمه ابتدائیه را باطل نماید و در صورت عدم تحقق نمی تواند فیصله محکمه ابتدائیه را نقض نماید. بنابراین، برای باطل کردن فیصله محکمه ابتدائیه قضات محاکم استیناف باید مواد ۳۹۸ و ۳۹۹ ق. ا. م. م را کنار هم قرار دهند و فیصله محکمه ابتدائیه مدنی را باطل نمایند.

۲) اقدام به صدور فیصله جدید در صورت نقض فیصله محکمه تحتانی یا در صورت ضرورت ارجاع قضیه به محکمه حاکمه به منظور گردآوری دلایل و تحقیقات مزید جهت رسیدگی مجدد. تعریف فیصله و حاکمه گذشت. نقض در لغت به معنی شکستاندن و ابطال است.<sup>۴۷</sup> در اصطلاح حقوقی نقض شکستاندن عقد یا حکم محکمه است.<sup>۴۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه استیناف می تواند در صورت نقض فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی، فیصله جدید صادر نماید یا قضیه را جهت گردآوری دلایل و تحقیقات بیشتر به محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بفرستد. بنابراین، محکمه استیناف دیوان مدنی دو گزینه دارد. اول نقض حکم و صدور حکم جدید. دوم ارجاع قضیه به محکمه ابتدائیه دیوان مدنی جهت

446. Ibid, (Last visit: 23/1/2016).

447. Ibid, (Last visit: 19/8/2016).

448. Ibid, (Last visit: 31/8/2016).

تحقیقات بیشتر. به نظر می رسد فرقی که میان نقض و بطلان وجود دارد این است که در صورت بطلان محکمه استیناف قضیه را باید به محکمه ابتدائیه بفرستد و در صورت نقض حکم باید فیصله جدید صادر نماید یا قضیه را جهت گردآوری دلایل و تحقیقات بیشتر به محکمه ابتدائیه بفرستد.

۳) فیصله های محاکم تحتانی عاری از موارد بطلاع و نقض و دارای نقایص شکلی یا اشتباهات سهو و خطا در اعداد و ارقام از طرف محکمه فوقانی نقض و باطل نشده صرف جهت استدراک نقصان و اصلاح به محکمه تحتانی اعاده می گردد. تعریف فیصله، تحتانی، نقض، فوقانی و بطلان گذشت. استدراک در لغت به معنی درک است.<sup>۴۴۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید و در حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی اسباب نقض و بطلان وجود نداشته باشد اما اشتباهات در اعداد و ارقام وجود داشته باشد، محکمه استیناف می تواند جهت درک اشتباهات و اصلاح اعداد و ارقام فیصله را به محکمه ابتدائیه دیوان مدنی اعاده نماید.

۴) تأیید فیصله محکمه تحتانی در صورتی که مطابقت آن با قانون در نتیجه غور ظاهر گردد. تعریف تأیید گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف دیوان مدنی در باید که حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی مطابق قانون است، می تواند حکم را تأیید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت های محکمه استیناف است.

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت بادغیس:

در رابطه به قانون تشکیل و صلاحیت قضائی منتشره سال ۱۳۸۴ اگر دقیق مطالعه شود مواد آن خیلی ها کلی تدوین شده نظر به قوانین سابقه در این راستا ایجاب توضیح و تشریح بیشتری را می نماید و تجدید نظر و همه جانبه را نظر به ایجابات روز و توسعه تشکیلات قضائی بازنگری را می نماید.

در ماده ۲۳ قانون تشکیل و صلاحیت قضائی سال ۱۳۸۴ آمده است محاکم استیناف فیصله ها و قرار های محاکم تحتانی را می تواند طبق احکام قانون تصحیح نقض تعدیل تأیید یا لغو نماید. در صورتیکه فیصله های محاکم ابتدائیه در موضوعات جزائی حق العبدی و حقوقی مدنی و فامیلی یک مرتبه نقض میشود و ضمن قرار قضائی با توضیح دلائل به محکمه حاکمه اولی که حکم را صادر نموده غرض فیصله مجدد عادلانه مطابق مقررات و اصول مشروعه و نواقص قانونی مسترد میشود بدلیل تخطی از احکام قانون نقض میشود در این صورت به مرحله سوم محکمه ابتدائیه میتواند فیصله سومی مجدد را صادر نماید یا اینکه در دیوان مدنی و حقوق عامه و یا دیوان جزاء ریاست محکمه استیناف به شکل ابتدائی مورد بررسی قضائی

قرار داده شود قانون گذار این موضوع را نادیده گرفته و مسکوت عنه گذاشته تکلیف محاکم استیناف در این خصوص در همین قانون روشن نشده است.

**توضیح:** محکمه فوقانی بعد از نقض فیصله محکمه تحتانی طبق هدایت بند دوم ماده (۳۹۸) قانون اصول محاکمات مدنی صرف برای یک مرتبه و آن هم در صورتیکه به گرد آوری دلایل و تحقیقات مزید ضرورت احساس گردد می تواند که قضیه را به محکمه حاکمه جهت رسیدگی مجدد ارجاع نماید در غیر حالت فوق خود محکمه فوقانی اقدام به فیصله مجدد می نماید و محکمه تحتانی «ابتدائیه» صلاحیت فیصله برای بار سوم را ندارد.<sup>۴۵۰</sup>

**پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت کاپیسا:**

صلاحیت محاکم مرافعه در ماده (۳۹۸) قانون اصول محاکمات مدنی ذیلاً تصریح گردیده است.

۱- ارسال قضیه به محکمه ذیصلاح به منظور رسیده گی مجدد در صورت بطلان فیصله.  
 ۲- اقدام به صدور فیصله جدید در صورت نقض فیصله. محاکم استیناف با استفاده از صلاحیت های قانونی در صورت نقض فیصله محکمه تحتانی باید به صدور فیصله جدید اقدام نماید اما بدون اینکه به این امر مبادرت ورزند تمام دوسیه های نقض شده را حتی دوباره به محکمه تحتانی ارسال می نمایند که این امر و اجراءات محکمه تحتانی مخالف حکم بند (۲) ماده مذکور میباشد امید که در جهت سلامت اجراءات در زمینه تجویز مناسب اتخاذ گردد.

**توضیح:** راجع به ماده (۳۹۸) قانون اصول محاکمات مدنی در قسمت بند اول کدام اشکالی وجود ندارد که در صورت بطلان فیصله به محکمه ذیصلاح جهت رسیدگی مجدد ارجاع میگردد در قسمت بند دوم که چنین مشعر است: اقدام به صدور فیصله جدید در صورت نقض فیصله محکمه تحتانی یا در صورت ضرورت ارجاع قضیه به محکمه حاکمه به منظور گرد آوری دلائل و تحقیقات مزید جهت رسیدگی مجدد. محکمه در اینجا بند دوم دو قسمت دارد یک قسمت آن این که فوقانی خود به صدور فیصله جدید اقدام کند و قسمت دوم این که حکم صادر شده ولی دلیل کافی وجود ندارد و یا قضیه ایجاب تحقیقات مزید را می نماید مگر محکمه از آن اغماض کرده لذا دوسیه دوباره به محکمه تحتانی ارسال می گردد تا حکم خود را مستدل صادر نماید و یا تحقیقاتی که موضوع را بر جسته و روشن می سازد صورت گیرد زیرا محکمه تحتانی داخل منطقه بوده و سروکار آن با مردم قریب تر و اضافه تر نظر به محاکم فوقانی می باشد بناءً دلائل در محکمه ابتدائیه قوی تر میباشد و اگر منظور گردآوری دلائل و تحقیقات مزید نبوده محکمه فوقانی به صدور فیصله اقدام نماید در این صورت ارجاع قضیه بعد از نقض توسط محکمه فوقانی بدون وجود ضرورت به

۴۵۰. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۲۲-۱۲۳.

گردآوری دلائل و تحقیقات مزید به محکمه تحتانی بی مورد بوده محاکم فوقانی باید از آن اجتناب ورزند.

۴۵۱

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت جوزجان:

در فقره (۲) ماده (۳۳) قانون تشکیل و صلاحیت محاکم قوه قضائیه محکمه استیناف حین رسیدگی قضایای مندرج فقره (۱) این ماده می تواند طبق احکام قانون تصحیح، نقض، تعدیل، تأیید یا لغوه نمایند اما فقره (۳) ماده (۳۹۸) اصول محاکمات مدنی چنین بیان می نماید:

۱- فیصله های محاکم تحتانی عاری از موارد بطلان نقض و دارای نقایص یا اشتباهات در اعداد و ارقام از طرف محکمه فوقانی نقض نشده صرف جهت استدراک نقصان و اصلاح به محکمه تحتانی اعاده می گردد در بین دو ماده تناقض بوده و قابل غور است.

۲- در ماده (۳۵) قانون تشکیل و صلاحیت محاکم توظیف یکی از قضات محکمه استیناف به محاکم ابتدائیه در صورت ضرورت پیشبینی شده آیا رئیس محکمه استیناف قضات محاکم ابتدائیه را به محکمه استیناف توظیف کرده می تواند یا خیر؟

[...]

توضیح: ۱- هرگاه به نصوص و منطوق هر دو ماده مندرج استهدائیه عطف توجه گردد احاله و اعاده فیصله ابتدائیه به منظور استدراک و تصحیح در رفع نواقص و خلاهای شکلی تصریح به عمل آمده است که بغیر از موارد نقض، بطلان و تعدیل می باشد بنا برین بین دو ماده فوق کدام تناقض و تباین به نظر نمیرسد.

۲- چون صلاحیت رئیس محکمه استیناف در نص ماده متذکره مقید به توظیف قضات محکمه استیناف به محاکم ابتدائیه داخل حوزه تحت صلاحیت او می باشد شامل اطلاق نمی باشد.

[...]. ۴۵۲

**ماده ۳۹۹: اسباب بطلان**

«اسباب بطلان فیصله قرار ذیل است:

۱- فقدان ارکان اساسی قضا در فیصله.

۲- عدم صلاحیت یکی از طرفین دعوی برای مخاصمه.

۳- صدور فیصله قضایی غیر محتمل الثبوت و یا مخالف واقعیت عینی راجع به مدعی بها.

۴- صدور فیصله از طرف هیأت قضایی فاقد صلاحیت.

۴۵۱. همان، محمد عثمان ژوبل، صص ۱۲۳ و ۱۲۴.

۴۵۲. محمد عثمان ژوبل (۱۲- ۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت،

چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۲۴ و ۱۲۵.

۵- صدور فیصله از طرف محکمه فاقد صلاحیت.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۳۹۸ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۳۹۸ ق. ا. م. م محکمه استیناف می تواند حکم محکمه ابتدائیه را در صورت بروز و حدوث اسباب بطلان باطل نماید. نص ماده ۳۹۹ ق. ا. م. م اسباب بطلان را حصر نموده است. به نظر می رسد نص ماده ۳۹۹ ق. ا. م. م حصری است. طبق نص این ماده اسباب بطلان فیصله که تعریف آن گذشت قرار ذیل است:

(۱) فقدان ارکان اساسی قضا در فیصله. فقدان در لغت به معنی نبود است.<sup>۴۵۳</sup> ارکان جمع رکن است و رکن در لغت به معنی جزء بزرگتر و قوی تر یک چیز، عضو عمده، آنچه که به آن قوت گیرند و تکیه دهند و پایه و ستون است و در اصطلاح به نظر حنفیه رکن امری است که وجود شی [امر/ پدیده] متوقف بر آن، و جزء حقیقت شی و داخل در شی باشد. اما، به نظر غیر حنفیه رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن است خواه داخل شی باشد و یا نه.<sup>۴۵۴</sup> به عبارت ساده تر، ارکان اجزای عمده یک امر است به گونه ای هرگاه یکی از این اجزاء وجود نداشته باشد، امر به وجود نمی یابد. ارکان قضاء عبارت اند از: مدعی، مدعی علیه، قاضی، محکمه، حکم، محکوم له و محکوم علیه. در صورت عدم موجودیت یکی از این ارکان فیصله محکمه ابتدائیه می تواند توسط محکمه استیناف باطل شود.

(۲) عدم صلاحیت یکی از طرفین دعوی برای مخاصمه. صلاحیت از ریشه «صلح» گرفته شده است که در لغت به معنی شایستگی، اهلیت، سزاوار بودن و حق داشتن است. در اصطلاح حقوق مدنی، صلاحیت عبارت از شایستگی شخص در پرداختن به امری مشخص است.<sup>۴۵۵</sup> تعریف مخاصمه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و علیه محمود بیست ساله ادعا دین به صورت بالاصاله نماید و محکمه ابتدائیه دیوان مدنی محمود را محکوم علیه قرار دهد، فیصله محکمه ابتدائیه می تواند توسط محکمه استیناف باطل شود. زیرا، در این مثال احمد صلاحیت یا اهلیت اقامه دعوی را به دلیل نقص اهلیت ندارد و باید توسط نایب خویش دعوی را اقامه نماید.

(۳) صدور فیصله قضایی غیر محتمل الثبوت و یا مخالف واقعیت عینی راجع به مدعی بها. تعریف مدعی بها در فصل اول گذشت. محتمل الثبوت امری است که اثبات آن ممکن یا محتمل باشد. به عبارت دیگر: محتمل الثبوت امری است که احتمال اثبات آن موجود باشد. اما، غیر محتمل الثبوت یا مخالف واقعیت عینی امری است که اثبات آن ناممکن باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله ادعا

453. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۴۵۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۳۰ و ۳۰۷۶؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴) ق. (الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۰۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۰ و ۳۰۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۱۵-۲۱۹. ۴۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۲۱.

نماید که محمود چهل ساله پسر من است و ادعای بنوت محمود را نماید، اثبات این ادعا غیر متحمل و خلاف واقعیت است زیرا محمود چهل ساله نمی تواند پسر احمد ده ساله شود. اما، اگر محمود چهل ساله ادعای بنوت احمد ده ساله را نماید این ادعا محتمل الثبوت است. در صورت صدور فیصله غیر محتمل الثبوت یا مخالف واقعیت عینی فیصله محکمه ابتدائیه می تواند توسط محکمه استیناف باطل شود.

۴) صدور فیصله از طرف هیأت قضایی فاقد صلاحیت. تعریف و انواع صلاحیت در فصل صلاحیت گذشت. به حیث مثال، اگر هیأت قضایی دیوان جزایی در خصوص طلاق حکم صادر نماید، هیأت قضایی دیوان جزای محکمه ابتدائیه فاقد صلاحیت موضوعی است و حکم هیأت قضایی محکمه ابتدائیه، دیوان جزا می تواند توسط محکمه استیناف باطل شود.

۵) صدور فیصله از طرف محکمه فاقد صلاحیت. تعریف و انواع صلاحیت در فصل صلاحیت گذشت. به حیث مثال، اگر محکمه تجارته در خصوص طلاق حکم صادر نماید، محکمه تجارته فاقد صلاحیت موضوعی است و حکم محکمه تجارته می تواند توسط محکمه استیناف باطل شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اسباب بطلان حکم محکمه ابتدائیه است.

#### ماده ۴۰۰: اسباب نقض

«موارد نقض فیصله قرار ذیل است:

- ۱- مدلل نبودن فیصله.
- ۲- عدم توضیح حالاتی که برای روشن شدن قضیه اهمیت دارد.
- ۳- عدم مطابقت دلایل مندرج فیصله با حالات قضیه.
- ۴- عدم استفاده درست از احکام قوانین.
- ۵- صدور فیصله به ترك خصوصت به علت عدم حضور مدعی.
- ۶- سایر تخطی های که قانوناً موجب نقض فیصله شده بتواند.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۳۹۸ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۳۹۸ ق. ا. م. م محکمه استیناف می تواند حکم محکمه ابتدائیه را در صورت بروز و حدوث اسباب نقض، نقض نماید. طبق نص این ماده اسباب نقض که تعریف آن گذشت قرار ذیل است:

۱) مدلل نبودن فیصله. تعریف مدلل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید، محکمه استیناف باید بررسی نماید که آیا حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی براساس دلایل ارایه شده مانند سند، شهود و نظیر اینها توسط محمود بوده است یا خیر؟ در صورتی که حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بدون دلیل یا غیر مدلل بوده باشد، حکم را باید نقض نماید.

۲) عدم توضیح حالاتی که برای روشن شدن قضیه اهمیت دارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود حالاتی را که برای روشن شدن قضیه برای محکمه اهمیت داشته است توضیح نداده باشد و قضیه مبهم و گنگ بوده باشد و محکمه ابتدائیه دیوان مدنی فیصله صادر نموده باشد، محکمه استیناف می تواند فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی را نقض نماید.

۳) عدم مطابقت دلایل مندرج فیصله با حالات قضیه. عبارت دلایل مندرج فیصله مبهم به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر دلایلی را که در فیصله ذکر شده است با حالات یا وقایع قضیه تطابق نداشته باشد، محکمه استیناف می تواند فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی را نقض نماید.

۴) عدم استفاده درست از احکام قوانین. به حیث مثال، اگر در دعوی شفعه محکمه ابتدائیه دیوان مدنی احکام وصیت پیش بینی شده ق. م را مورد استناد قرار داده باشد، محکمه استیناف می تواند فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی را نقض نماید.

۵) صدور فیصله به ترك خصومت به علت عدم حضور مدعی. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای شفعه را نماید و سپس احمد در محکمه حضور پیدا نماید و محکمه ابتدائیه به ترك خصومت که تعریف آن گذشت فیصله صادر نماید، محکمه استیناف می تواند فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی را نقض نماید.


۵) نص ماده ۴۰۰ ق. ا. م. م اسباب نقض را احصاء نموده است. به نظر می رسد نص ماده ۴۰۰ ق. ا. م. م احصایی است. زیرا، قانونگذار ا. م. م از سایر تخطی ها سخن می گوید. تخطی در لغت به معنی از حد خود گذشتن و خطا کردن است.<sup>۴۵۶</sup> بنابراین، محکمه استیناف می تواند سایر تخطی های را در فیصله محکمه ابتدائیه پیدا و به موجب آن فیصله محکمه ابتدائیه مدنی را نقض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۴۰۰ ق. ا. م احصای برخی اسباب نقض فیصله محکمه ابتدائیه است.

#### ماده ۴۰۱: تأیید فیصله های محاکم تحتانی توسط محاکم فوقانی توسط قرار

(تأیید محاکم فوقانی از فیصله های محاکم تحتانی توسط قرار صورت می گیرد.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده فیصله های محاکم تحتانی توسط محاکم فوقانی باید توسط قرار صورت گیرد. تعریف تحتانی، فوقانی و قرار گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای شفعه را نماید و سپس احمد دعوی را ببارد و در محکمه استیناف استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف بخواهد فیصله محکمه ابتدائیه را تأیید نماید، باید در خصوص تأیید فیصله محکمه ابتدائیه قرار صادر نماید. محکمه ابتدائیه مصداق و مثال محکمه تحتانی و محکمه استیناف مصداق و



باب سوم: اجراءات در محاکم فوقانی - فصل چهارم: تدویر جلسه قضایی ... ۳۳۱ 

مثال محکمه استیناف است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.



## فصل پنجم: صدور قرار محکمه فوقانی مبنی بر عدم صحت فیصله و نقض آن

قانونگذار ا. م. در باب سوم، فصل پنجم احکام مربوط به صدور قرار مبنی بر عدم صحت فیصله محاکم تحتانی و نقض فیصله های محاکم تحتانی را تنظیم نموده است.

### ماده ۴۰۲: صدور قرار مبنی بر نقض فیصله محکمه ابتدائیه و عناصر قرار

«تصمیم محکمه فوقانی در مورد نقض به شکل قرار صادر و قرار مذکور شامل مطالب ذیل می باشد:

- ۱- تاریخ و محل اصدار قرار.
- ۲- اسم محکمه صادر کننده قرار.
- ۳- ترکیب هیأت قضایی.
- ۴- شهرت خارنوالی مدنی و شاملین رسیدگی قضیه.
- ۵- شهرت شخص تقدیم کننده شکایت یا اعتراض.
- ۶- متن مختصر فیصله محکمه تحتانی.
- ۷- متن مختصر شکایت یا اعتراض ارایه شده.
- ۸- توضیحات اشخاص شامل رسیدگی قضیه در محکمه.
- ۹- عوامل تحریک دعوی مدنی و نتیجه گیری محکمه.
- ۱۰- قانون مورد استناد محکمه.
- ۱۱- تصمیم هیأت قضایی مبنی بر نقض فیصله.»

نص این ماده به نحوی از انحاء مرتبط به ماده ۴۰۰ ق. ا. م. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) محکمه استیناف مکلف است تصمیم محکمه ابتدائیه را توسط قرار نقض نماید. تعریف قرار در فصل اول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای شفعه را نماید و سپس احمد دعوی را بیازد و در محکمه استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف بخواهد فیصله محکمه ابتدائیه را به دلیل اسباب نقض مندرج در ق. ا. م. م، نقض نماید، باید در خصوص نقض فیصله محکمه ابتدائیه قرار صادر نماید.

۲) قرار محکمه استیناف باید دربرگیرنده عناصر یا ارکان ذیل باشد:

۱- تاریخ و محل اصدار قرار. به حیث مثال، در مثال بالا محکمه استیناف باید محل و تأریخ قرار را در قرار ذکر نماید؛

۲- اسم محکمه صادر کننده قرار. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محکمه استیناف، محکمه استیناف هرات یا کابل باشد، محکمه مکلف است در قرار اسم محکمه را ذکر نماید.

۳- ترکیب هیأت قضایی. به حیث مثال، در مثال بالا، هیأت قضایی مکلف اند اسامی خویش را در قرار ذکر نمایند.

۴- شهرت خارنوالی مدنی و شاملین رسیدگی قضیه. به حیث مثال، در مثال بالا هیأت قضایی مکلف است شهرت احمد و محمود را ذکر نماید. همچنین، اگر احمد غایب باشد و حمیده زوجه احمد از محکمه فامیلی ابتدائیه مطالبه تفریق قضایی به دلیل غیاب احمد نماید و محکمه فامیلی ابتدائیه جمشید را به عنوان وکیل مسخر که معمولاً در اثر درخواست محکمه از میان خارنوالان مدنی تعیین می گردد، تعیین نماید و حمیده را طلاق بدهد و جمشید در خصوص طلاق استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف بخواهد حکم محکمه ابتدائیه را نقض نماید، باید اسم جمشید را در متن قرار ذکر نماید.

۵- شهرت شخص تقدیم کننده شکایت یا اعتراض. به حیث مثال، در مثال های بالا محکمه استیناف مکلف است اسم احمد یا جمشید را در متن قرار ذکر نماید.

۶- متن مختصر فیصله محکمه تحتانی. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه استیناف مکلف است متن مختصر فیصله محکمه ابتدائیه را ذکر نماید.

۷- متن مختصر شکایت یا اعتراض ارایه شده. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه استیناف مکلف است متن مختصر شکایت یا اعتراض احمد یا جمشید را ذکر نماید.

۸- توضیحات اشخاص شامل رسیدگی قضیه در محکمه. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه استیناف مکلف است توضیحات احمد یا جمشید را در متن قرار ذکر نماید.

۹- عوامل تحریک دعوی مدنی و نتیجه گیری محکمه. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه استیناف مکلف است عوامل تحریک دعوی مدنی توسط احمد یا جمشید را در متن قرار ذکر نماید. همچنین، محکمه مکلف است نتیجه محکمه را ذکر نماید.

۱۰- قانون مورد استناد محکمه. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه استیناف مکلف است قانون مورد استناد را در متن قرار ذکر نماید.

۱۱- تصمیم هیأت قضایی مبنی بر نقض فیصله. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه استیناف مکلف است تصمیم خویش را مبنی بر نقض فیصله محکمه ابتدائیه در متن قرار ذکر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عناصر قرار محکمه استیناف است.

#### ماده ۴۰۳: نقض فیصله و احاله آن به محکمه ابتدائیه

«در صورت نقض فیصله و ضرورت احاله آن بر رسیدگی مجدد، محکمه فوقانی در قرار خود مطالب ذیل را تصریح می نماید:

۱- حالات قابل توضیح قضیه.

۲- دلایل اثبات قابل مطالبه.

۳- سایر اجراءات دیگری که در محکمه تحتانی انجام می یابد.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۳۹۸ و ماده ۴۰۰ ق. ا. م. م است. طبق این مواد محکمه استیناف می تواند فیصله محکمه ابتدائیه را در صورت تحقق اسباب آن نقض نماید و دوباره به محکمه ابتدائیه ارجاع

دهد. طبق نص ماده ۴۰۳ ق. ا. م. م در صورت نقض فیصله و ضرورت احاله آن بر رسیدگی مجدد، محکمه فوقانی در قرار خود مطالب ذیل را تصریح می نماید:

۱- حالات قابل توضیح قضیه.

۲- دلایل اثبات قابل مطالبه.

۳- سایر اجراءات دیگری که در محکمه تحتانی انجام می یابد. نص این ماده حصری نیست بلکه احصایی است زیرا قانونگذار ا. م. م در نص این ماده از سایر اجراءات سخن می گوید. تعریف محکمه فوقانی و تحتانی گذشت. احاله در لغت به معنی حواله دادن و واگذاشتن کار یا امری به عهده شخص دیگری، ارجاع و انتقال است.<sup>۴۵۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه باید بررسی نماید که آیا حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی براساس دلایل ارایه شده مانند سند، شهود و نظیر اینها توسط محمود بوده است یا خیر؟ در صورتی که حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بدون دلیل یا غیر مدلل بوده باشد، محکمه استیناف باید حکم محکمه ابتدائیه را نقض نماید و فیصله را دوباره به محکمه ابتدائیه احاله نماید و در قرار خویش حالات قابل توضیح، دلایل اثبات توسط محمود و سایر اجراءاتی را که باید محکمه ابتدائیه انجام می داد، ذکر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۴۰۴: قطعی بودن قرار محکمه استیناف

«قرار محکمه فوقانی مبنی بر نقض فیصله محکمه تحتانی قابل شکایت نبوده قطعی است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده مرتبط به ماده ۴۰۳ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده قرار محکمه فوقانی مبنی بر نقض فیصله محکمه تحتانی قابل شکایت نبوده قطعی است. تعریف قرار، فوقانی، نقض، فیصله، تحتانی و شکایت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه باید بررسی نماید که آیا حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی براساس دلایل ارایه شده مانند سند، شهود و نظیر اینها توسط محمود بوده است یا خیر؟ در صورتی که حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بدون دلیل یا غیر مدلل بوده باشد، محکمه استیناف باید حکم محکمه ابتدائیه را نقض نماید و فیصله را دوباره به محکمه ابتدائیه احاله نماید و در قرار خویش حالات قابل توضیح، دلایل اثبات توسط محمود و سایر اجراءاتی را که باید محکمه ابتدائیه انجام می داد، ذکر نماید. در این صورت، قرار محکمه استیناف قطعی و غیر قابل شکایت است. در این صورت، احمد نمی تواند علیه حکم محکمه استیناف در ستره محکمه شکایت یا اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم قطعی بودن قرار محکمه استیناف است.

#### ماده ۴۰۵: تطبیق مندرجات قرار محکمه استیناف توسط محکمه ابتدائیه

«۱- تطبیق مندرجات قرار محکمه فوقانی مبنی بر بطلان یا نقض فیصله در قسمت رسیدگی مجدد حتمی است. ۲- محکمه تحتانی در اصدار حکم خود ملزم به پیروی بدون قید و شرط قرار محکمه فوقانی نیست.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۳۹۸ و ۴۰۳ ق. ا. م. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد: (۱) تطبیق مندرجات قرار محکمه فوقانی مبنی بر بطلان یا نقض فیصله در قسمت رسیدگی مجدد حتمی است. عبارت بطلان در نص این ماده زاید به نظر می‌رسد زیرا در صورت بطلان خود محکمه استیناف باید حکم جدید صادر نماید همانگونه که تفصیل آن گذشت. قابل توصیه است عبارت بطلان از نص این ماده حذف گردد. طبق نص این ماده تطبیق مندرجات قرار محکمه فوقانی مبنی بر نقض فیصله در قسمت رسیدگی مجدد حتمی است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه باید بررسی نماید که آیا حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بر اساس دلایل ارایه شده مانند سند، شهود و نظیر اینها توسط محمود بوده است یا خیر؟

در صورتی که حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بدون دلیل یا غیر مدلل بوده باشد، محکمه استیناف باید حکم محکمه ابتدائیه را نقض نماید و فیصله را دوباره به محکمه ابتدائیه احاله نماید و در قرار خویش حالات قابل توضیح، دلایل اثبات توسط محمود و سایر اجرائی را که باید محکمه ابتدائیه انجام می‌داد، ذکر نماید. محکمه ابتدائیه مکلف است در رسیدگی مجدد قضیه اموری که در قرار محکمه استیناف پیش بینی شده است مانند حالات قابل توضیح، دلایل اثبات و سایر اجرائی را مدنظر بگیرد و تطبیق نماید.

(۲) محکمه تحتانی در اصدار حکم خود ملزم به پیروی بدون قید و شرط قرار محکمه فوقانی نیست. تعریف تحتانی، حکم و قرار گذشت. به نظر می‌رسد نص فقره ۲ ماده ۴۰۵ ق. ا. م. م با فقره ۱ ماده ۴۰۵ ق. م در تعارض است. زیرا، طبق فقره ۱ محکمه ابتدائیه مکلف به تطبیق مندرجات قرار است و طبق فقره ۲ ملزم و مکلف نیست بدون قید و شرط مندرجات قرار را تطبیق نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح و تعارض رفع گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه ابتدائیه است.

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت میدان وردک:

قرار های قضائی دیوان های ستره محکمه مبنی بر نقض فیصله های استینافی رهنمودی و قابل رعایت در فیصله و تصمیم قضائی بعدی محاکم میباشد، اما بعضاً به ملاحظه می‌گردد که قرار های متذکره فاقد دلایل و هدایات رهنمودی قانونی بوده صرف با ذکر خطاء در تطبیق و یا تاویل قانون مورد نقض قرار می‌گیرد که این امر باعث مشکلات در محاکم تحتانی گردیده و اکثراً باعث نقض دوم می‌گردد. لذا، جلوگیری از همچو حالات احتراماً پیشنهاد می‌گردد تا در مورد طبق احکام قانون در مورد تخطی ها اشارات و هدایات صریح را به کار گرفته و محاکم تحتانی را رهنمائی فرمایند.

توضیح: به اساس هدایت ماده (۴۰۵) قانون اصول محاکمات مدنی تطبیق قرار قضائی محکمه فوقانی مبنی بر نقض یا بطلان فیصله در حصه رسیده گی مجدد حتمی پنداشته شده گرچه ذکر نواقص و خطاهای قانونی موجود در فیصله بطور اجمال در حصه غیر قانونی بودن قرار محکمه فوقانی کفایت میکند اما بهتر است که محاکم فوقانی حین تحریر نقض و یا بطلان به موضوع توجه نموده نکاتی را که باعث نقض یا بطلان گردیده بر جسته ساخته است.<sup>۴۵۸</sup>

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت هرات:

در موضوعات مدنی فیصله محکمه ابتدائیه از اثر استیناف خواهی محکوم علیه، در دیوان مدنی محکمه استیناف ولایت تحت غور قرار می گیرد و دیوان از صلاحیت قانونی کار گرفته حکم محکمه ابتدائیه را باطل، نقض و یا غرض رسیده گی مجدد واپس به محکمه ابتدائیه ارسال می دارد. محکمه ابتدائیه به اساس ماده (۴۰۵) قانون اصول محاکمات مدنی مکلف به رسیده گی مجدد است. باید برای بار دوم موضوع را فیصله نماید. در حالیکه موضوعات جزائی هرگاه در دیوان جزای محکمه استیناف مورد نقض و یا بطلان قرار بگیرد، دیوان موصوف قضیه را به محکمه ابتدائیه ارسال ننموده و آن را خود فیصله می نماید. آنچه در مورد قضایای مدنی قابل ملاحظه دیده می شود این است که گاهی دیده شده که فیصله ابتدائیه در محکمه استیناف نقض گردیده و یا بدون اسباب بطلان باطل شده است و یا حکم ابتدائیه ایجاب تائید را می نمود و نقض وارد نیست با وجود آن محکمه ابتدائیه مکلف به فیصله مجدد است که این خود تراکم موضوعات مدنی را در ابتدائیه به بار می آورد و طرفین دعوی زیاد سرگردان می شوند و باعث میشود تا محکمه مورد شکایت و اعتراض جامعه قرار گیرد. در این مورد تسهیلاتی اگر در نظر گرفته شود خوب خواهد بود. توضیح: در مورد پرسش فوق مواد (۳۹۸، ۴۰۵، ۳۹۹، ۴۰۰) قانون اصول محاکمات مدنی صراحت دارد، محاکم به پیروی از آن مکلف می باشد.<sup>۴۵۹</sup>

#### ماده ۴۰۶: رد شکایت یا اعتراض توسط محکمه استیناف


«در صورت رد شکایت یا اعتراض ارایه شده، محکمه فوقانی دلایل رد را در قرار خود تصریح می نماید.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در صورت رد شکایت یا اعتراض ارایه شده، محکمه فوقانی مکلف است دلایل رد را در قرار خود تصریح نماید. تعریف شکایت، اعتراض، فوقانی و قرار گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید اما موعد استیناف خواهی گذشته باشد و محکمه استیناف شکایت یا اعتراض احمد را رد نماید، باید در قرار خویش تصریح نماید که به دلیل مرور زمان شکایت یا اعتراض

۴۵۸. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تممیم قانونیت - تأمین عدالت،

چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، ص ۱۲۶.

۴۵۹. همان، محمد عثمان ژوبل، ص ۱۲۷.

۳۳۸  شرح کوتاه و ترتیبی قانون اصول محاکمات مدنی

احمد رارد نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف مبنی بر ارایه دلیل است.



## فصل ششم: تقدیم شکایت و اعتراض بر قرار محکمه تحتانی

قانونگذار ا. م. م. در فصل ششم ق. م. ا. م احکام مربوط به تقدیم شکایت یا اعتراض بر قرار محاکم تحتانی را تنظیم نموده است.

### ماده ۴۰۷: تقدیم شکایت و اعتراض علیه قرار های محاکم ابتدائیه

«طرفین قضیه می توانند علیه قرار محکمه که در مرحله ابتدایی صادر گردیده شکایت و اعتراض تقدیم نمایند.»

در نص این یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده طرفین قضیه می توانند علیه قرار محکمه که در مرحله ابتدایی صادر گردیده شکایت و اعتراض تقدیم نمایند. تعریف قضیه، قرار، شکایت و اعتراض گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای دین ناشی از تدریس را در محکمه ابتداییه شهری کابل نماید و محمود استدلال نماید که دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته است و هیأت قضایی در این خصوص قرار صادر نماید، احمد می تواند اعتراض خویش را به محکمه استیناف کابل تقدیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم جواز شکایت علیه محاکم ابتدائیه در محاکم استیناف است.

### ماده ۴۰۸: قرار های قابل اعتراض

«قرار های ذیل مورد شکایت و اعتراض قرار گرفته می تواند:

- ۱- قرار هایی که از طرف محکمه ولایت، محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری به ملاحظه صلاحیت و عدم صلاحیت صادر شده باشد.
- ۲- قرار های که راجع به انقضای میعاد و یا عدم انقضا صادر می شود.
- ۳- سایر مواردی که به موجب این قانون قرار محکمه تحتانی قابل شکایت و اعتراض شناخته شود.»

طبق نص این ماده قرار های ذیل می تواند مورد شکایت یا اعتراض قرار بگیرد:

۱) قرارهایی که از طرف محکمه ولایت، محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری به ملاحظه صلاحیت و عدم صلاحیت صادر شده باشد. به نظر می رسد منظور از محکمه ولایت محکمه استیناف است زیرا در هر ولایت صرف یک محکمه استیناف وجود دارد. محکمه شهری محکمه ای است که در مرکز هر ولایت وجود دارد. در حال حاضر محکمه ناحیوی و علاقه داری وجود ندارد و قابل توصیه است عبارت محاکم ناحیوی و علاقه داری از نص این ماده حذف گردند. محکمه ولسوالی محکمه ای است که در هر ولسوالی وجود دارد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی جبران خسارت تأخیر دین را در محکمه ابتداییه شهری هرات یا یکی از محاکم ولسوالی هرات اقامه نماید و محکمه قرار عدم صلاحیت را صادر نماید، احمد می تواند علیه این قرار در محکمه استیناف هرات شکایت نماید. اگر محکمه استیناف قرار عدم صلاحیت صادر نماید، احمد می تواند در دیوان مربوطه ستره محکمه علیه قرار محکمه استیناف علیه شکایت نماید.

۲) قرارهایی که راجع به انقضای میعاد و یا عدم انقضا صادر می شود. تعریف انقضای گذشت. میعاد در لغت به معنی وعده گاه و جای وعده است.<sup>۶۰</sup> حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، شرط است که محمود در مدت یک ماه بعد از صدور حکم و ابلاغ آن به محکمه توسط محکمه مدنی ابتدائیه شکایت یا اعتراض خویش را به محکمه استیناف تقدیم نماید. در صورت عدم تقدیم، استیناف خواهی محمود تحت مرور زمان مسقط حق شکایت یا اعتراض قرار می گیرد و محکمه استیناف می تواند به دلیل مرور زمان قرار عدم سمع دعوی را صادر نماید. در این صورت احمد یا محمود می توانند علیه این قرار در ستره محکمه شکایت نمایند. همچنین، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه را در محکمه ابتدائیه نماید و محکمه ابتدائیه قرار عدم سمع دعوی را به دلیل مرور زمان صادر نماید، احمد می تواند در محکمه استیناف علیه قرار محکمه ابتدائیه شکایت نماید.

۳) نص ماده ۴۰۸ ق. ا. م. م احصایی است نه حصری زیرا قانونگذار ا. م. م از سایر مواردی که به موجب این قانون قرار محکمه تحتانی قابل شکایت و اعتراض شناخته شود سخن می گوید. بنابراین، مدعی یا مدعی می تواند بر علیه قرار های محاکم ابتدائیه یا استیناف که در ق. ا. م. م پیش بینی شده اند شکایت یا اعتراض نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده احصای برخی اسباب شکایت یا اعتراض است.

#### ماده ۴۰۹: صلاحیت های محاکم استیناف در خصوص قرار

«محکمه فوقانی بعد از رسیدگی شکایت و اعتراض بر قرار های محکمه تحتانی که در قانون پیش بینی شده به ترتیب ذیل تصمیم اتخاذ می نماید:

- ۱- قرار را تأیید، شکایت یا اعتراض را رد می نماید.
- ۲- قرار را نقض، موضوع را جهت رسیدگی مجدد به محکمه تحتانی رجعت می دهد.
- ۳- قراری را که در ماهیت دعوی صادر شده نقض و جهت صدور فیصله به محکمه اولی اعاده می نماید.»

طبق نص این ماده محکمه فوقانی بعد از رسیدگی شکایت و اعتراض بر قرار های محکمه تحتانی که در قانون پیش بینی شده به ترتیب ذیل باید تصمیم اتخاذ نماید:

۱) قرار را تأیید، شکایت یا اعتراض را رد می نماید. تعریف تأیید گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی جبران خسارت تأخیر دین را در محکمه ابتدائیه شهری هرات یا یکی از محاکم ولسوالی هرات اقامه نماید و محکمه قرار عدم صلاحیت را صادر نماید، احمد می تواند علیه این قرار در محکمه استیناف هرات شکایت نماید. محکمه استیناف می تواند این قرار را تأیید و شکایت یا اعتراض احمد را رد نماید.

۲) قرار را نقض، موضوع را جهت رسیدگی مجدد به محکمه تحتانی رجعت می دهد. تعریف نقض و تحتانی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی جبران خسارت تأخیر دین را در محکمه

ابتدائیه شهری هرات یا یکی از محاکم ولسوالی هرات اقامه نماید و محکمه قرار عدم صلاحیت را صادر نماید، احمد می تواند علیه این قرار در محکمه استیناف هرات شکایت نماید. محکمه استیناف می تواند این قرار را نقض و موضوع را جهت رسیدگی مجدد به محکمه ابتدائیه شهری هرات یا محکمه ولسوالی احاله نماید.

۳) قراری را که در ماهیت دعوی صادر شده نقض و جهت صدور فیصله به محکمه اولی اعاده می نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی جبران خسارت تأخیر دین را در محکمه ابتدائیه شهری هرات یا یکی از محاکم ولسوالی هرات اقامه نماید و محکمه پس از رسیدگی به دعوی احمد در خصوص پرداخت دین توسط محمود فیصله نه بلکه قرار صادر نماید و محمود علیه قرار محکمه ابتدائیه شهری هرات در محکمه استیناف هرات شکایت نماید، محکمه استیناف هرات مکلف است قرار را نقض و موضوع را جهت صدور فیصله به محکمه شهری هرات اعاده نماید. دلیل این قاعده این است که چنانچه تعریف فیصله و قرار گذشت فیصله در ماهیت دعوی صادر می شود و قرار در شکل. در این مثال قرار در ماهیت دعوی صادر شده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی محاکم استیناف است.

#### ماده ۴۱۰: واجب التعمیل بودن قرار های محاکم استیناف

«قرار صادره محکمه فوقانی مبنی بر نقض قرار محکمه تحتانی در حالات مندرج ماده (۴۰۹) این قانون واجب التعمیل است.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۴۰۹ ق. ا. م. م است. قانونگذار ا. م. م در نص ماده ۴۰۹ ق. ا. م. م صلاحیت های محاکم استیناف در خصوص قرار های محاکم ابتدائیه را پیش بینی نموده است و در نص ماده ۴۱۰ ق. ا. م. م محاکم ابتدائیه را ملزم به پیروی از این قرار ها نموده است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی جبران خسارت تأخیر دین را در محکمه ابتدائیه شهری هرات یا یکی از محاکم ولسوالی هرات اقامه نماید و محکمه قرار عدم صلاحیت را صادر نماید، احمد می تواند علیه این قرار در محکمه استیناف هرات شکایت نماید. محکمه استیناف می تواند این قرار را نقض و موضوع را جهت رسیدگی مجدد به محکمه ابتدائیه شهری هرات یا محکمه ولسوالی احاله نماید. در این صورت، محکمه ابتدائیه شهری هرات یا ولسوالی مکلف است از قرار محکمه استیناف هرات پیروی نموده آن را تطبیق نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر قرار های محاکم استیناف و صلاحیت تکلیفی محاکم ابتدائیه است.



## فصل هفتم: صلاحیت های محاکم فوقانی در رسیدگی به شکایات علیه احکام صادر محکمه تحتانی

قانونگذار ا. م. م در فصل هفتم مواد ۴۱۱ الی ۴۲۹ ق. ا. م. م احکام مربوط به صلاحیت های محاکم فوقانی در رسیدگی به شکایات علیه احکام محاکم تحتانی را تنظیم نموده است.

### ماده ۴۱۱: مرجع شکایت در صورت تعارض صلاحیت میان محاکم ابتدائیه

«هرگاه صلاحیت فیصله قضیه مطابق احکام قانون از يك محکمه به محکمه دیگر تفویض شده باشد استدعای شکایت علیه فیصله صادره به محکمه حاکمه یا به ریاست محکمه ولایتی که محکمه صادر کننده فیصله در حوزه قضایی آن قرار دارد تقدیم می شود.»

نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر تعارض صلاحیت محاکم است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که هرگاه صلاحیت فیصله قضیه مطابق احکام قانون از يك محکمه به محکمه دیگر تفویض شده باشد استدعای شکایت علیه فیصله صادره به محکمه حاکمه یا به ریاست محکمه ولایتی که محکمه صادر کننده فیصله در حوزه قضایی آن قرار دارد تقدیم می شود. تعریف صلاحیت، فیصله، استدعا، شکایت و حاکمه گذشت. تفویض در لغت به معنی واگذاری است.<sup>۴۶۱</sup>

به حیث مثال، اگر تعارض صلاحیت حوزه ای میان محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده و ولسوالی پغمان در خصوص دعوی رهن رسمی احمد علیه محمود ایجاد شود و محکمه استیناف این تعارض را حل نماید و تصمیم اتخاذ نماید که محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد، در صورت عدم قناعت به فیصله محکمه ابتدائیه احمد یا محکمه می تواند در محکمه حاکمه اعتراض یا شکایت نماید. تقدیم اعتراض یا شکایت در محکمه حاکمه، چنانچه تفصیل آن گذشت، محل ایراد است. زیرا، به نظر می رسد محکمه حاکمه محکمه ای است که حکم صادر کرده است. تقدیم شکایت به یک محکمه که هم ابتدائیه باشد و هم استیناف محل ایراد است زیرا موجب تأمین عدالت نمی گردد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. با توجه به این ایراد، احمد یا محمود می تواند در محکمه استیناف کابل علیه حکم محکمه حاکمه که عبارت از محکمه ابتدائیه است شکایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده شناسایی محکمه استیناف به عنوان مرجع رسیدگی به شکایت یا اعتراض در صورت تعارض میان صلاحیت محاکم ابتدائیه است.

### ماده ۴۱۲: سقوط حق اقامه دعوی در اثر مرور زمان

«۱- حق شکایت طرفین بعد از انقضای میعاد معینه ساقط می‌گردد. ۲- در صورتی که قایم مقام یکی از طرفین دعوی در موعد معینه شکایت به عمل نیامد طرفی که از این امر متضرر شده باشد می‌تواند در محکمه تحتانی علیه قایم مقام اقامه دعوی نماید.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

۱) حق شکایت طرفین بعد از انقضای میعاد معینه ساقط می‌گردد. انقضاء در لغت به معنی به سر آمدن و سپری شدن است. همچنین، انقضاء در لغت به معنی نابودن شدن است.<sup>۶۲</sup> به حیث مثال، طبق ماده ۹۶۷ ق. م مرور زمان حق اقامه دعوی مربوط به حق طیب، استاد، مهندس، وکیل مدافع، ادویه فروش، دلال، کمیشن کار، حقوق تاجر و صنعتگر، حقوق صاحب هوتل، حقوق کارگر، اجیر و مستخدم و امثالهم و به طور عمومی هر شخصی که شغل آزاد داشته باشد یک سال است. در صورتی که اشخاص مذکور برای احقاق حق خویش در مدت یک سال در محکمه ابتدائیه ذیصلاح اقامه دعوی نمایند با سپری شدن یک سال حق اقامه دعوی آنها تحت مرور زمان مسقط حق قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

۲) در صورتی که قایم مقام یکی از طرفین دعوی در موعد معینه شکایت به عمل نیامد طرفی که از این امر متضرر شده باشد می‌تواند در محکمه تحتانی علیه قایم مقام اقامه دعوی نماید. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.<sup>۶۳</sup> به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و احمد جمشید را به عنوان وکیل استخدام نماید و جمشید در خصوص دریافت دین احمد در مدت پانزده سال علیه محمود اقامه دعوی نماید، احمد می‌تواند به منظور جبران خسارت علیه جمشید اقامه دعوی نماید. در این مثال احمد متضرر است زیرا بیست لک افغانی را از دست داده است. جمشید نایب احمد است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده به رسمیت شناختن مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی است.

#### ماده ۴۱۳: تقدیم شکایت توسط مدعی دعوی در موعد قانونی

«هرگاه یکی از طرفین در میعاد معینه شکایت نماید طرف دیگر با وصف انقضای میعاد شکایت تا زمان انقطاع و فیصله دعوی صلاحیت شکایت را دارد.»

نص این ماده مبهم است و به نظر می‌رسد که معنی درست را افاده نمی‌کند مخصوصاً عبارت «طرف دیگر با وصف انقضای میعاد شکایت تا زمان انقطاع و فیصله دعوی صلاحیت شکایت را دارد». به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و قبل از تکمیل پانزده سال علیه محمود در محکمه ذیصلاح شکایت نماید، محمود می‌تواند به رغم انقضای میعاد شکایت تا زمان انقطاع و فیصله دعوی شکایت نماید. در این مثال احمد مدعی (شاکی) و محمود مدعی علیه (مشتکی علیه) است و باید به دفع دعوی احمد بپردازد نه این که علیه احمد شکایت نماید. قابل توصیه است نص این ماده از متن ق. ا. م. حذف گردد.

462. Ibid (Last visit: 11/1/2018).

۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

۸- متحدالجمال شماره (۷۴۷ الی ۸۲۵ مؤرخ ۱۳۹۴/۴/۲۳ ریاست دارالانشاء که براساس مصوبه شماره (۱۷) مؤرخ ۱۳۹۴/۱/۴ شورای عالی ستره محکمه ج. ا. ا. تعمیم یافته است. استهدائیه شماره (۲۴۹۱) ریاست عدلیه ولایت هرات ضم نامه شماره (۸۲۶۰) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۲/۲ ریاست محکمه استیناف آن ولایت واصل و طوری که ملاحظه گردید به طور مشخص روی نکات ذیل طالب توضیح شده اند:

۱- اداره قضایای دولت بالای فیصله دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه شهری استیناف خواهی نموده، آیا از این استیناف خواهی سایر طرف های قضیه نیز مستفید می شوند یا خیر؟  
۲- محکوم علیه عذر مریضی اش را نیز در امر انقضای ميعاد استیناف خواهی ارایه نموده است. آیا عذر مذکور قابل بررسی است یا خیر؟

۳- اشخاص ثالث یعنی دوکانداران نیز به موضوع اعتراض دارند. نظر ریاست محکمه استیناف در ارتباط به موضوع فوق قرار ذیل ابراز شده است: « چون قضیه فوق، یک دعوی مهم بوده و سرنوشت یک تعداد دوکانداران مارکیت های مذکور به آن بستگی دارد و دوکانداران مذکور منحصراً اشخاص ثالث، بالای فیصله مذکور اعتراض دارند و از جانب دیگر حقوق دولت مطرح است بهتر است در موضوع مذکور ماده ۴۱۳ قانون اصول محاکمات مدنی رعایت و دعوی محاکم ثلاثه را طی نماید.»

مدققین قضایی چنین ابراز نظر نموده اند:

« از آنجا که در قضیه مذکور نماینده قضایای دولت، استیناف خواهی نموده است، مطابق حکم ماده (۴۱۳) قانون اصول محاکمات مدنی، طرف های دیگر باوصف انقضای شکایت تا زمان انقطاع و فیصله دعوی، صلاحیت شکایت را دارند. علاوه مطابق احکام مواد (۴۲۰) و (۴۲۱) قانون مذکور، اشخاص ثالث حق تقدیم اعتراض بر فیصله محکمه ابتدائیه را به محکمه فوقانی حایز می باشند. همچنین، در صورتی که اعدار شرعی شخص محکوم علیه به استناد ثابت باشد، موضوع طبق قانون، قابل ترتیب اثر می باشد. روی دلایل فوق، نظر ریاست محکمه استیناف ولایت هرات، موجه و قانونی بوده و مورد تأیید ما مدققین قضایی قرار گرفت.»

حینی که جریان موضوع و نظر تدقیقی مرتب بر آن، به جلسه شورای عالی ستره محکمه مطرح شد، در زمین هدایت ذیل صادر شد: «نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است، به مرجعش اخبار گردد.» ۶۶۴

## ماده ۴۱۴: محفوظ بودن حق شکایت برای اصیل و نایب

«اشخاصی که دعوی شان در محکمه تحتانی بالذات یا توسط وکیل، ولی، وصی یا قیم فیصله شده باشد حق شکایت نیز برای همان اشخاص محفوظ می باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر دعوی توسط اصیل در محکمه ابتدائیه اقامه شده باشد، اصیل حق شکایت را دارد. اگر دعوی توسط نایب در محکمه ابتدائیه اقامه شده باشد، نایب حق شکایت را دارد. منظور از بالذات اصالتاً است. تعریف تحتانی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی رهن رسمی را در محکمه ابتدائیه اقامه نماید و دعوی را ببازد، می تواند در محکمه استیناف شکایت نماید. در این مثال احمد بالذات یا اصالتاً یا به نمایندگی از خود دعوی را اقامه نموده است و حق شکایت نیز برای احمد محفوظ است. اما، اگر مدعی یا مدعی علیه دعوی را توسط وکیل، ولی، وصی و قیم اقامه یا دفع نماید و دعوی را ببازد، می تواند توسط وکیل، ولی، وصی و قیم در محکمه استیناف شکایت نماید. تعریف وکیل، ولی، وصی و قیم گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی دریافت کرایه مارکیت را توسط جمشید وکیل خویش اقامه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد می تواند توسط جمشید در محکمه استیناف شکایت نماید. همچنین، اگر در این مثال احمد ناقص اهلیت باشد مانند صغیر غیر ممیز، ممیز، سفیه، معتوه، مجنون و غافل می تواند دعوی را بر حسب مورد توسط ولی، وصی و قیم اقامه نماید و در صورت بازنده شدن حق شکایت برای ولی، وصی و قیم احمد محفوظ است. از آنچه گفته شد، به نظر می رسد این نتیجه به دست می آید که اگر دعوی در محکمه ابتدائیه توسط اصیل اقامه شود و اصیل محکوم علیه قرار بگیرد، صرف اصیل نه نایب او می تواند در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید و اگر دعوی در محکمه ابتدائیه توسط نایب اقامه شود، صرف نایب نه اصیل می تواند در محکمه استیناف اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم حفظ حق شکایت برای اصیل و نایب و مورد حمایت قرار دادن اصیل و نایب است.

#### ماده ۴۱۵: عدم جواز حل و فصل دعوی به صورت مستقیم توسط محکمه استیناف

«محکمه فوقانی نمی تواند به صورت مستقیم بدون فیصله قبلی محکمه تحتانی به حل و فصل دعوی بپردازد مگر این که در قانون طور دیگری پیش بینی شده باشد.»

از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده و اصل این است که محکمه فوقانی نمی تواند به صورت مستقیم بدون فیصله قبلی محکمه تحتانی به حل و فصل دعوی بپردازد. تعریف فیصله، تحتانی و فوقانی گذشت. دلیل این قاعده این است که محکمه استیناف محکمه ابتدائیه یا نخستین نیست که به حل و فصل دعوی به صورت ابتدائیه بپردازد. زیرا، صلاحیت های محکمه استیناف تأیید، نقض و ابطال حکم است که تفصیل آن در ماده ۳۹۸ ق. ا. م. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد دعوی فسخ عقد را در محکم استیناف کابل اقامه نماید، محکم استیناف کابل صلاحیت رسیدگی به این دعوی را ندارد. استثنای این اصل این است که در قوانین طور دیگر پیش بین شده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز رسیدگی



باب سوم: اجراءات در محاکم فوقانی - فصل هفتم: صلاحیت های محکمه فوقانی در ... ۳۴۷

به دعاوی از سوی محکمه استیناف به صورت مستقیم بدون این که در خصوص دعوی فیصله محکمه ابتدائیه وجود داشته باشد و مستثنای آن است.

#### ماده ۴۱۶: عدم اعتبار رضایت صغیر، مجنون و معتوه و نایب آنها نسبت به فیصله محکمه

«رضایت صریح یا ضمنی صغیر، مجنون، معتوه یا ولی، وصی، وکیل و قیم به فیصله محکمه اعتبار ندارد. وکیلی که از طرف موکل خود صلاحیت قناعت داشته باشد از این حکم مستثنی است.»

از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱) رضایت صریح یا ضمنی صغیر، مجنون و معتوه به فیصله اعتبار ندارد. صریح به معنی آشکارا و واضح است و ضمنی به صورت غیر آشکار و غیر واضح. تعریف صغیر، معتوه و مجنون گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صغیر، مجنون یا معتوه باشد و به نمایندگی از احمد ولی یا وصی یا قیم او مدعی و مدعی علیه قرار بگیرد و احمد محکوم علیه قرار بگیرد، نمی تواند به صورت صریح یا ضمنی به فیصله محکمه رضایت نشان دهد زیرا این امر به سود و مصلحت احمد تمام نمی شود.

۲) ولی، وصی و قیم صغیر، مجنون و معتوه نمی توانند در صورت محکوم علیه قرار گرفتن به فیصله محکمه به صورت صریح یا ضمنی رضایت نشان دهند زیرا این امور موجب تأمین مصلحت صغیر، مجنون و معتوه نمی گردد. تعریف ولی، وصی و قیم گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صغیر، مجنون یا معتوه باشد و به نمایندگی از احمد ولی یا وصی یا قیم او مدعی و مدعی علیه قرار بگیرد و احمد محکوم علیه قرار بگیرد، ولی، وصی و قیم احمد نمی تواند به صورت صریح یا ضمنی به فیصله محکمه رضایت نشان دهد زیرا این امر به سود و مصلحت احمد تمام نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت محجورین است.

۳) وکیلی که از طرف موکل خود صلاحیت قناعت داشته باشد از این حکم مستثنی است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود وکیل خویش بگوید علیه حمیده دعوی پرداخت دین کن و اگر محکوم علیه قرار گرفتی به آن قناعت کن، محمود می تواند به محکوم علیه قرار گرفتن قناعت نماید و در خصوص دعوی استیناف خواهی نکند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت محجورین است.

#### ماده ۴۱۷: موارد ضمنی قناعت به حکم محکمه ابتدائیه

«موارد ذیل در حکم قناعت ضمنی به فیصله محکمه تحتانی تلقی می گردد:

- ۱- مصالحه محکوم علیه با محکوم له در مصارف یا محصول محکمه.
- ۲- تقاضای مهلت برای تادیه دین از طرف محکوم علیه از محکوم له.
- ۳- عدم شکایت شاکی در اصل موضوع و اکتفا به شکایت از مصارف محکمه.»

طبق نص این ماده حالات ذیل شامل قناعت ضمنی گردد. ضمنی در لغت به معنی غیر صریح است.<sup>۴۶۵</sup>  
۱) مصالحه محکوم علیه با محکوم له در مصارف یا محصول محکمه. مصالحه در لغت به معنی آشتی و صلح است. محکوم علیه شخصی است که حکم به ضرر او صادر می شود (بازنده دعوی). محکوم له

شخصی است که حکم به نفع او صادر می شود (برنده دعوی). به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت جبران خسارت تأخیر دین نماید و محمود با احمد صلح نماید که محصول محکمه را می پردازد، پرداخت محصول محکمه رضایت و قناعت غیرصریح محمود را نشان می دهد و محمود نمی تواند علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید.

۲) تقاضای مهلت برای تادیه دین از طرف محکوم علیه از محکوم له. تعریف مهلت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت جبران خسارت تأخیر دین نماید و محکمه محمود را مکلف به پرداخت جبران خسارت تأخیر دین نماید و محمود از احمد مهلت بخواهد، خواستن مهلت قناعت غیرصریح محمود را نشان می دهد و محمود نمی تواند علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید.

۳) عدم شکایت شاکی در اصل موضوع و اکتفا به شکایت از مصارف محکمه. اکتفاء در لغت به معنی بسنده کردن است.<sup>۴۶۶</sup> به حیث مثال، اگر محمود صد لک افغانی احمد باشد و احمد خانه محمود را به رهن بگیرد و محمود دین احمد را نتواند پرداخت نماید و محکمه خانه محمود را از طریق مزایده علنی به فروش رساند و محمود در خصوص رهن راضی باشد اما در خصوص مصارفی که محکمه جهت فروش عقار مرهونه به عمل آورده است در محکمه استیناف شکایت نماید، شکایت محمود در محکمه استیناف در خصوص مصارف محکمه بیانگر رضایت ضمنی محمود در مورد حکم محکمه ابتدائیه است. نص این ماده حصری به نظر می رسد و هدف قانونگذار ا. م. در نص این پیش بینی و حصر حالاتی است که بیانگر و حاکی از رضایت ضمنی یکی از طرفین دعوی است.

#### ماده ۴۱۸: عدم حضور محکوم علیه پس از تقدیم شکایت در محکمه استیناف

«هرگاه شاکی یا معترض اعتراض و شکایت خود را در میعاد معینه تقدیم و خود بدون اطلاع و عذر موجه به محکمه فوقانی حاضر نشود محکمه تصمیم خود را مبنی بر سقوط حق شکایت یا اعتراض صادر و تصمیم محکمه بعد از ثبت در دفتر به مراجع مربوط ابلاغ می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه شاکی یا معترض اعتراض و شکایت خود را در میعاد معینه تقدیم و خود بدون اطلاع و عذر موجه به محکمه فوقانی حاضر نشود محکمه تصمیم خود را مبنی بر سقوط حق شکایت یا اعتراض صادر و تصمیم محکمه بعد از ثبت در دفتر به مراجع مربوط ابلاغ می گردد. تعریف شاکی، معترض، میعاد، عذر، فوقانی و ابلاغ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت جبران خسارت تأخیر دین نماید و محکمه محمود را مکلف به پرداخت جبران خسارت تأخیر دین نماید و محمود در مدت یک ماه از فیصله محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت نماید اما محمود بدون اطلاع و بدون این که عذر داشته باشد مانند مریضی، وفات یکی از وابستگان و نظیر اینها در محکمه حاضر نشود، محکمه می تواند مبنی بر سقوط حق شکایت یا اعتراض محمود حکم صادر نماید و حکم به گونه ای که تفصیل آن در مبحث ابلاغ گذشت

به محمود ابلاغ گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر عدم حضور محکوم علیه در محکمه استیناف پس از تقدیم شکایت و صلاحیت تخییری محکمه استیناف است.

متحدالمال شماره (458 الی 538) مؤرخ 1395/3/25 ریاست دارالانشاء که به اساس مصوبه شماره (225) مؤرخ 1395/2/28 شورایعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است. استهدائیه شماره (656) مؤرخ 1394/12/8 ریاست محکمه استیناف ولایت کابل به متن ذیل مواصلت ورزیده است:

«عنوانی ریاست دیوان مدنی و احوال شخصیه محکمه استیناف ولایت کابل، مکتوب شماره (۱۴۲) مؤرخ 1394/11/5 ریاست مالی و اداری مقام عالی ستره محکمه ذیلاً مواصلت ورزیده است:

«جهت اجرای بهتر و دقیق صورت جمع آوری عواید محاکم مربوطه شما بنابر هدایت مقامات صالحه قوه قضائیه و در مطابقت با تعلیمات نامه حسابی سال (1390) خورشیدی وزارت مالیه، هدایت داده میشود تا منبعد عواید تحصیلی محاکم مربوطه خویش را با ترتیب تعرفه فورم (م 26) تحویلی پول که نقل آن ضم نامه هذا میباشد با درج نمبر حساب (000208202021) ستره محکمه و کود های مشخص محصول، فیصله ها و فیس های قانونی دعوای که تفصیل آن بعداً از جانب مدیریت تحصیلی ستره محکمه برای شما توضیح خواهد گردید ترتیب و به شهری خانکه اول د افغانستان بانک ذریعه مودی ها تحویل نمایند قیمت و ثایق کما فی السابق ذریعه تعرفه به حساب مستوفیت ولایت کابل تحویل گردد.

مراتب هدایت فوق غرض اجراءات لازمه به شما ارقام یافت تا محتویات آنرا به محاکم مربوطه ابلاغ و مرعی دارند.». به شما بهتر معلوم است که فیصله های مرحله استینافی که به اثبات دعوی صدور می یابد، تابع پانزده فیصد محصول و عدم اثبات تابع یک فیصد محصول می گردد. بناءً از اینکه اشخاصیکه محکوم علیه قرار می گیرند از گرفتن ورق فورم (م 26) تعرفه تحویل عواید، اباء می ورزند که از آن رهگذر، اوراق دوسیه در دیوان ملتوی می ماند.

از جانب دیگر مصوبه شماره (589) 1386/7/5 شورایعالی ستره محکمه چنین مشعر است: (در رابطه به پرداخت محصول بعد از قطعیت حکم فیصله قابل تحصیل است.». «

لذا اینک مراتب فوق، احتراماً پیشنهاد گردید، به منظور اجرای کار خلق الله طالب هدایت میباشم. روی جریان فوق مدققین قضائی ریاست تدقیق و مطالعات ذیلاً ابراز نظر نموده اند.

«طوری که ملاحظه میگردد مرجع مستهدی در مورد عدم تحصیل محصول فیصله در مرحله ابتدائیه دو مشکل را مطرح کرده است:

اول اینکه مصوبه شماره (589) مؤرخ 1386/7/5 شورایعالی ستره محکمه، هدایت نموده که محصول بعد از قطعیت حکم فیصله قابل تحصیل است.

در این رابطه باید خاطر نشان ساخت که محصول فیصله اقامه دعوای طبق احکام تعرفه محصول دولتی در مراحل ابتدائیه، استیناف و تمیز اخذ میگردد. بناءً تعطیل آن الی قطعیت حکم در مخالفت با احکام تعرفه محصول دولتی قرار خواهد گرفت و از جانب دیگر بعد از قطعیت حکم، محکوم علیه که بازنده قضیه است

هرگز به پرداخت محصول حاضر نخواهد گردید و در آن زمان هیچگونه تضمین برای اخذ محصول وجود نخواهد داشت.

واژ جانب دیگر اخذ محصول بعد از قطعیت حکم از جانب ادارات حقوق وزارت عدلیه و با صدور تعرفه آنها صورت خواهد گرفت که منتج به ازدیاد عواید وزارت عدلیه و تقلیل عواید محاکم خواهد گردید. دوم اینکه محکوم علیه در مرحله ابتدائیه از گرفتن تعرفه محصول فیصله ابا می ورزد و به این وسیله اوراق دوسیه در محکمه ملتوی می ماند.

در رابطه به حل هر دو مورد فوق الذکر قانون اصول محاکمات مدنی در فصل سوم تحت عنوان اجراءات مقدماتی محکمه فوقانی طی مواد (382 و 383) هدایت مفصل داده که تضمین بسیار خوب برای اخذ محصول از جانب محکوم علیه شمرده می شود صراحت دارند.

بناءً بعد از صدور حکم محکمه ابتدائیه محکوم علیه به پرداخت محصول فیصله مکلف گردد و در صورتیکه از اخذ تعرفه ابا و ورزد محکمه موضوع را رسماً به محکمه فوقانی اطلاع داده و دوسیه را از اندراج خارج سازند، بعداً محکمه فوقانی طبق احکام مواد فوق الذکر نسبت عدم پرداخت محصول از اخذ اعتراض معترض معذرت خواسته جهت تکمیل اجراءات، قرار تعطیل اجراءات را با تعیین مهلت معقول صادر و به محکوم علیه محکمه تحتانی یا مستأنف ابلاغ نمایند، در صورتی که مستأنف در مهلت تعیین شده به پرداخت محصول اقدام ننماید محکمه فوقانی قرار سقوط حق اعتراض را در مطابقت به ماده (418) قانون اصول محاکمات مدنی صادر خواهند نمود.

با چنین اجراءات از یک سو احکام قانون اصول محاکمات مدنی رعایت خواهد گردید از جانب دیگر عواید محاکم ازدیاد خواهد یافت و هم تضمین خوبی برای اخذ محصول فیصله ها وجود خواهد داشت.

حینیکه مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن بالتفصیل به جلسه مؤرخ 1395/2/28 شورای عالی ستره محکمه گزارش یافت، طی تصویب شماره (225) هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر ریاست تدقیق و مطالعات تأیید است، موضوع به عموم محاکم متحدالماً اخبار گردد.»<sup>۶۷</sup>

#### ماده ۴۱۹: عدم حضور طرف مقابل معترض در محکمه استیناف

«در صورت عدم حضور طرف مقابل معترض به محکمه در میعاد معینه، حق اعتراض معترض به حال خود باقی است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورت عدم حضور طرف مقابل معترض به محکمه در میعاد معینه، حق اعتراض معترض به حال خود باقی است. تعریف اعتراض و معترض گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت جبران خسارت تأخیر دین نماید و محکمه محمود را مکلف به پرداخت جبران خسارت تأخیر دین نماید و محمود در مدت یک ماه از

۶۷. ۴۱۹. احمد فهیم قویم (۱۳۹۷). مجموعه متحدالمال های (۱۳۹۴-۱۳۹۷)، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۹۹-۱۰۲.

فیصله محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت نماید اما احمد در محکمه حاضر نشود، حق اعتراض محمود همچنان به حال خود باقی می ماند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. مدر نص این ماده پیش بینی اثر عدم حضور عدم حضور طرف مقابل معترض در محکمه استیناف است.

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت فاریاب:

در ماده (419) قانون اصول محاکمات مدنی تصریح گردیده که اگر جانب مقابل معترض حاضر نشود حق اعتراض معترض باقی می ماند. در حالیکه بعضی از کسانیکه به محاکم ابتدائیه به نفع شان فیصله میگردند در محاکم استیناف خود را کنار میدارند و به جلب هم حاضر نمی شود پس معترض تا کدام وقت منتظر باشد و محکمه استیناف در مورد اوراق چه نوع اجراءات نماید؟

**توضیح:** هدف ماده (419) این است که عدم حضور طرف مقابل معترض به محکمه در میعاد معینه در حصه سقوط حق اعتراض معترض و یا محکوم عیله کدام تاثیر ندارد. محکمه فوقانی مطابق به حکم ماده (393) قانون اصول محاکمات مدنی قانونیت و مدلل بودن فیصله محکمه تحتانی را به اثر شکایت جانبی که فیصله محکمه تحتانی به ضررش صادر شده ارزیابی می کند. در صورتیکه فیصله صادره قانونی باشد اعتراض معترض و شاکی را رد نموده و فیصله مذکور را تأیید میکند و اگر اعتراض معترض وارد باشد و یا اینکه در فیصله خلا و نواقص موجود باشد ولی معترض به آن تماس نگرفته باشد در هر دو صورت فیصله را نقض نموده و عندالضرورت فیصله را به محکمه تحتانی ابتدائیه ارجاع میدارد که تا اینجا ضرورت به حضور طرفی که فیصله ابتدائیه به نقض اش تمام شده دیده نمی شود و اگر خود محکمه فوقانی بعد از نقض، موضوع را تحت رسیدگی قرار دهد در این صورت اگر مدعی اجراءات به عمل می آید و اگر مدعی علیه غائب گردیده حکم غیابی مطابق فصل نهم باب دوم قانون اصول محاکمات مدنی در مورد واجب التعمیل میباشد و ماده (419) قانون مذکور این مطلب را افاده میکند که عدم حضور طرف مقابل یعنی کسیکه فیصله ابتدائیه به نفع اش صادر شده در میعاد معینه قانونی در سقوط اعتراض معترض کدام تاثیر نداشته حق اعتراض معترض به حال اش باقی بوده و محکمه فوقانی مکلفیت دارد که با اعتراض مذکور ترتیب اثر بدهد. ۴۶۸

#### ماده ۴۲۰: عدم سقوط حق شخص ثالث در صورت سقوط حق دعوی طرفین دعوی

«سقوط حق اعتراض معترض به دلیل انقضای میعاد و تماس حکم محکمه تحتانی به حق شخص ثالث مانع حق اعتراض شخص ثالث علیه فیصله محکمه تحتانی شده نمی تواند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده سقوط حق اعتراض معترض به دلیل انقضای میعاد و تماس حکم محکمه تحتانی به حق شخص ثالث مانع حق اعتراض شخص ثالث علیه فیصله محکمه تحتانی شده نمی تواند. سقوط در لغت به معنی افتادن است.<sup>۴۶۹</sup> در اصطلاح حقوقی، سقوط

۴۶۸. محمد عثمان ژوبل (۱۲-۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۲۱ و ۱۲۲.

عبارت از پایان یافتن حق است. تعریف اعتراض، معترض، انقضاء و تحتانی گذشت. شخص ثالث شخصی است که طرف دعوی نیست.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و محمود پول موتر را به احمد پرداخت نماید و احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و دعوی را به دلیل عدم داشتن مدارک اثباتیه و ارایه آن در محکمه ببازد و علیه محمود استیناف خواهی نماید، اما موعد استیناف خواهی گذشته باشد و محکمه استیناف به دلیل مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی، به عدم سمع دعوی احمد قرار صادر نماید اما در عین حال جمشید در خصوص موتر در محکمه ابتدائیه دعوی استحقاق نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد، می تواند دعوی استحقاق را در محکمه استیناف اقامه نماید. در این مثال، احمد و محمود طرفین عقد (شخص اول و دوم) و جمشید ثالث (سوم) است. در این مثال، حق دعوی احمد به دلیل مرور زمان مسقط حق ساقط شده است اما حق دعوی جمشید همچنان پابرجا است. بنابراین، سقوط حق دعوی احمد مانع دعوی جمشید نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم سقوط حق اقامه دعوی شخص ثالث در صورت سقوط حق دعوی مدعی یا مدعی علیه است.

#### ماده ۴۲۱: اعتراض شخص ثالث بعد از تطبیق حکم نهایی

«اعتراض شخص ثالث بعد از تطبیق و اجرای حکم نهایی بدون ارایه عذر موجه فاقد اعتبار است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده اعتراض شخص ثالث بعد از تطبیق و اجرای حکم نهایی بدون ارایه عذر موجه فاقد اعتبار است. تعریف اعتراض و شخص ثالث، عذر و موجه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و محمود پول موتر را به احمد پرداخت نماید و احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و دعوی را به دلیل عدم داشتن مدارک اثباتیه و ارایه آن در محکمه ببازد و علیه محمود استیناف خواهی نماید، اما موعد استیناف خواهی گذشته باشد و محکمه استیناف به دلیل مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی، به عدم سمع دعوی احمد قرار صادر نماید اما در عین حال جمشید در خصوص موتر در محکمه ابتدائیه دعوی استحقاق نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد، می تواند دعوی استحقاق را در محکمه استیناف اقامه نماید.

در این مثال، احمد و محمود طرفین عقد (شخص اول و دوم) و جمشید ثالث (سوم) است. در این مثال، حق دعوی احمد به دلیل مرور زمان مسقط حق ساقط شده است اما حق دعوی جمشید همچنان پابرجا است. بنابراین، سقوط حق دعوی احمد مانع دعوی جمشید نمی شود. در این صورت، اگر حکم محکمه استیناف نهایی شود و غرض اجرا به ریاست حقوق وزارت عدلیه فرستاده شود و حکم اجراء شود اما جمشید بدون عذر موجه در خصوص حکم محکمه اعتراض ننماید، این اعتراض بی اعتبار است و محکمه استیناف می تواند آن را نادیده بگیرد. اما، اگر عدم اعتراض جمشید به دلیل عذر مانند مریضی، وفات یکی از اقارب نزدیکی و امثال اینها باشد، محکمه استیناف باید اعتراض جمشید را مدنظر بگیرد. با توجه به آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در صورتی که حکم نهایی و اجرا شود دعوی مختومه به نظر می رسد و اعتراض شخص

ثالث چه عذر داشته باشد چه عذر نداشته باشد فایده ندارد زیرا این اعتراض موجب اعاده اجرای حکم نمی گردد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم اعتراض شخص ثالث با عذر یا بدون عذر بعد از نهایی شدن و تطبیق حکم محکمه است.

#### ماده ۴۲۲: عدم جواز نقض و بطلان حکم محکمه توسط محکمه هم درجه

«نقض و بطلان حکم محکمه شهری ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری از طرف محکمه همدرجه با این محاکم صورت گرفته نمی تواند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده نقض و بطلان حکم محکمه شهری ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری از طرف محکمه همدرجه با این محاکم صورت گرفته نمی تواند. عبارت محکمه علاقه داری و ناحیوی در نص این ماده موضوعیت خویش را از دست داده است زیرا امروزه محکمه ناحیوی و علاقه داری وجود ندارد. قابل توصیه است این عبارت از متن این ماده حذف شود. تعریف نقض و بطلان گذشت. به حیث مثال، محکمه ولسوالی شکرده صلاحیت ندارد حکم محکمه ولسوالی پغمان را نقض نماید. همچنین، محکمه ابتدائیه شهری کابل صلاحیت ندارد حکم محکمه ابتدائیه شهری هرات را نقض و باطل نماید. دلیل این قاعده این است که این دو محکمه دارای عین درجه اند و این صلاحیت از محکمه استیناف هر ولایت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز نقض و بطلان حکم محاکم شهری و ولسوالی توسط محاکم ولسوالی و شهری دیگر است.

#### ماده ۴۲۳: تحدید قیمت مدعی بها

«صلاحیت استماع شکایت از طرف محکمه فوقانی به ملاحظه قیمت مدعی بها قانوناً تحدید گردیده است. دعاوی ای که موضوعات آن ذیلاً ذکر می شود از تحدید مذکور مستثنی است:

- ۱- دعوی حق آبرو یا دعوی احداث آن.
- ۲- دعوی مسدود نمودن دروازه و کلکین.
- ۳- دعوی تقسیم اموال متروکه.
- ۴- حق شفع در جهت اثبات ترک و امتناع از دعوی.
- ۵- دعوی ارتفاع تعمیر همسایه و درخواست دفع ضرر از آن.
- ۶- دعوی دفع ضرر مبرز ناوه که طرف حویلی شخص دیگر باشد.
- ۷- دعوی حفر جویچه جدید از نهر مشترک.
- ۸- دعوی حفر قنات که از اثر حفر آن به قنات دیگری ضرر وارد گردد.
- ۹- دعوی اشخاص ناقص، فاقد اهلیت قانونی و غایبی که مدعی یا مدعی علیه واقع شده و به ضرر آنها حکم صادر شده باشد.
- ۱۰- دعوی حق آبه.
- ۱۱- دعوی حق مرور.

۱۲- دعوی مرور زمان.

۱۳- دعوی که یکطرف آن دولت بوده و نماینده اداره قضایای دولت محکوم علیه قرار گیرد.».

نص این ماده مبهم است. به نظر می‌رسد در نص این ماده دو قاعده وجود دارد. (۱) صلاحیت استماع شکایت از طرف محکمه فوقانی به ملاحظه قیمت مدعی بها قانوناً تحدید گردیده است. تعریف استماع، شکایت، فوقانی و مدعی بها گذشت. تحدید در لغت به معنی تقیید و حد و مرز برای چیزی تعیین کردن است.<sup>۴۷۰</sup> به نظر می‌رسد این عبارت معنی درست را افاده نمی‌کند. همچنین، قانونگذار ا. م. م صلاحیت استماع شکایت از طرف محکمه فوقانی به ملاحظه قیمت مدعی بها را قانوناً تحدید نکرده است در حالی که در نص این ماده از تحدید قیمت مدعی بها سخن می‌گوید. قابل توصیه است نص این ماده یا تکمیل یا از ق. ا. م. م حذف گردد.

(۲) دعوی ای که در نص ماده ۴۲۳ ق. م بند دوم فهرست شده اند از تحدید بند اول مستثناء اند. این استثناء به نظر می‌رسد که معنی درست را افاده نمی‌کند. قابل توصیه است بند دوم ماده ۴۲۳ ق. ا. م. م از ق. ا. م. م حذف گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده روشن نیست. در این خصوص متحداً مال ستره محکمه نیز وجود ندارد.

#### ماده ۴۲۴: تعدد محکوم علیه و قابل تجزیه بودن حکم

(در صورت تعدد محکوم علیه و تقدیم شکایت از طرف یکی از آنها هرگاه حکم قابل تجزیه شناخته شود اشخاصی که شکایت نکرده اند از شکایت شاکی مستفید شده نمی‌توانند.)».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در صورت تعدد محکوم علیه و تقدیم شکایت از طرف یکی از آنها هرگاه حکم قابل تجزیه شناخته شود اشخاصی که شکایت نکرده اند از شکایت شاکی مستفید شده نمی‌توانند. محکوم علیه شخصی است که حکم به ضرر او صادر شده است. تعریف شکایت و شاکی گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود، جمشید، فاروق و قیوم ادعا نماید که دوکان های را که محمود، جمشید و فاروق در سرای احمدشاهی دارند از آن من است و نیز جمشید بیست لک افغانی مدیون من است و با ارائه وسایل اثبات مانند قبالة دوکان ها و شاهدان این ادعا را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه محمود، جمشید، فاروق و قیوم را محکوم به رد دوکان ها و جمشید را به محکوم به پرداخت دین نماید، اما قیوم علیه این حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت نماید، فاروق، جمشید و محمود نیز می‌توانند از این شکایت استفاده نمایند. در این مثال، حکم قابل تجزیه است زیرا برخی مربوط به رد مال به محکوم له و قسمتی مربوط به پرداخت دین توسط جمشید به احمد است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم تعدد محکوم علیه و قابل تجزیه بودن حکم و مستفید شدن از شکایت از سوی محکوم علیه ای که شکایت نکرده است می‌باشد.

#### ماده ۴۲۵: تطبیق قواعد عمومی اعتراض بر فیصله ها و قرارهای نهایی و غیرنهایی



«احکام مربوط به شکایت و اعتراض علیه فیصله های غیر نهایی محاکم تحتانی و قرارهای قضایی صادره بر احکام و قرارهای نهایی محاکم تحتانی نیز تطبیق می شود.».

نص این ماده مبهم و مجمل است. به نظر می رسد در نص این ماده دو قاعده وجود دارد: (۱) احکام مربوط به شکایت و اعتراض علیه فیصله های غیر نهایی محاکم تحتانی نیز تطبیق می شود. تعریف شکایت، اعتراض، فیصله و تحتانی گذشت. به نظر می رسد هر فیصله که نهایی نشده باشد غیر نهایی است. حکم قطعی در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و کُد جزا تعریف شده است که گذشت. به حیث مثال، اگر محکمه ابتدائیه حکم نماید و موعد استیناف خواهی آن سپری شود یا محکوم علیه به آن قناعت داشته باشد، حکمی نهایی است. اما اگر محکوم علیه به آن قناعت نداشته باشد حکم غیر نهایی است. در صورتی که محکوم علیه در خصوص حکم محکمه ابتدائیه قناعت نداشته باشد و علیه آن اعتراض یا شکایت نماید، این اعتراض تابع قواعد عمومی و اعتراض ق. ا. م. م است.

(۲) احکام مربوط به شکایت و اعتراض علیه قرارهای قضایی صادره، بر احکام و قرارهای نهایی محاکم تحتانی نیز تطبیق می شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای پرداخت اجرت دهقانی نماید و محکمه ابتدائیه در این باره حکم یا قرار صادر نماید و حکم و قرار نهایی گردد و احمد علیه این حکم یا قرار در محکمه استیناف شکایت یا اعتراض نماید، این شکایت و اعتراض تابع قواعد عمومی اعتراض و شکایت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ارجاع رسیدگی به شکایت و اعتراض علیه قرارها و فیصله های نهایی و غیر نهایی محاکم به قواعد عمومی اعتراض و شکایت است.

#### ماده ۴۲۶: رسیدگی به شکایت توسط محاکم استیناف

«دیوان های محکمه ولایت قضایای مدنی را بر اساس شکایت طرف دعوی یا اعتراض ځارنوال بر احکام نهایی در صورت مخالفت از احکام قانون، خطا در تطبیق قانون، خطا در تأویل یا بطلان در اجراءات به نحوی که منجر به صدور حکم غیر قانونی گردیده باشد مورد رسیدگی قرار می دهد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده دیوان های محکمه ولایت قضایای مدنی را بر اساس شکایت طرف دعوی یا اعتراض ځارنوال بر احکام نهایی در صورت مخالفت از احکام قانون، خطا در تطبیق قانون، خطا در تأویل یا بطلان در اجراءات به نحوی که منجر به صدور حکم غیر قانونی گردیده باشد مورد رسیدگی قرار می دهد. منظور از دیوان های محکمه دیوان های محاکم استیناف در هر ولایت است. نص این ماده تکرار ماده های ۳۹۸، ۳۹۹، ۴۰۰ و ۴۰۳ ق. ا. م. م که تفصیل هر یک گذشت. قابل توصیه است نص این ماده از ق. ا. م. م حذف گردد.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی محرومیت از ارث نماید و محکمه ابتدائیه محمود را محکوم علیه قرار دهد و محمود به دلیل مخالفت از احکام قانون، خطا در تطبیق قانون، خطا در تفسیر یا

تأویل قانون، بطلان در اجراءات شکایت نماید، دیوان مدنی محکمه استیناف مربوطه مکلف است به این شکایت رسیدگی نماید. همچنین، اگر صد جریب زمین میان احمد و دولت متنازع فیه باشد و محکمه ابتدائیه، دیوان حقوق عامه دولت را محکوم علیه قرار دهد و نماینده قضایای دولت علیه حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف به دلیل مخالفت از احکام قانون، خطا در تطبیق قانون، خطا در تفسیر یا تأویل قانون، بطلان در اجراءات شکایت نماید، دیوان مدنی محکمه استیناف مربوطه مکلف است به این شکایت رسیدگی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۴۲۷: تأیید فیصله و قرار های قانونی محاکم ابتدائیه توسط استیناف

«در صورتی که فیصله و قرار محکمه تحتانی مطابق احکام قانون صادر و عاری از نواقص باشد هرگاه شکایت و اعتراض علیه فیصله متذکره غیر وارد تلقی گردد محکمه فوقانی قرار قضایی خود را مبنی به قانونی بودن حکم نهایی و تنفیذ آن صادر می نماید.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در صورتی که فیصله و قرار محکمه تحتانی مطابق احکام قانون صادر و عاری از نواقص باشد هرگاه شکایت و اعتراض علیه فیصله متذکره غیر وارد تلقی گردد محکمه فوقانی قرار قضایی خود را مبنی به قانونی بودن حکم نهایی و تنفیذ آن صادر می نماید. تعریف فیصله، قرار، تحتانی، شکایت، اعتراض و فوقانی گذشت. عاری در لغت به معنی فاقد است.<sup>۴۷۱</sup>

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای دین را نماید و محکمه ابتدائیه در خصوص دین قرار یا فیصله صادر نماید و قرار و فیصله نقص نداشته باشد و احمد یا محمود در خصوص قرار یا فیصله محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف شکایت نماید و محکمه استیناف شکایت و اعتراض را به دلیل اسباب نقص و بطلان و اجراءات غیرقانونی که بحث هر یک گذشت غیروارد بداند، باید توسط قرار، قانونی بودن فیصله یا قرار محکمه ابتدائیه را تأیید و حکم تنفیذ آن را صادر کند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه استیناف است.

#### ماده ۴۲۸: عدم رعایت قانونیت در فیصله محکمه

«هرگاه در فیصله محکمه تحتانی قانونیت رعایت نشده باشد حکم فقره (۲) ماده (۳۹۸) این قانون تطبیق می گردد.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۳۸۹ ق. ا. م. است. طبق نص این ماده هرگاه در فیصله محکمه تحتانی قانونیت رعایت نشده باشد حکم فقره (۲) ماده (۳۹۸) این قانون تطبیق می گردد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه بیازد و استیناف خواهی نماید محکمه استیناف می تواند در صورت نقض فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی، فیصله جدید صادر نماید یا قضیه را جهت گردآوری دلایل و تحقیقات بیشتر به محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بفرستد. بنابراین، محکمه استیناف دیوان مدنی دو گزینه دارد. اول نقض حکم و صدور حکم

باب سوم: اجراءات در محاکم فوقانی - فصل هفتم: صلاحیت های محکمه فوقانی در ... ۳۵۷

جدید. دوم ارجاع قضیه به محکمه ابتدائیه دیوان مدنی جهت تحقیقات بیشتر. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر عدم رعایت قانونیت توسط محکمه ابتدائیه است.

#### ماده ۴۲۹: بطلان فیصله محکمه ابتدائیه

«هرگاه فیصله نهایی محکمه تحتانی به بطلان مواجه شود قضیه غرض رسیدگی مجدد به محکمه ذیصلاح احاله می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه فیصله نهایی محکمه تحتانی به بطلان مواجه شود قضیه غرض رسیدگی مجدد به محکمه ذیصلاح احاله می گردد. تعریف فیصله، تحتانی، بطلان و احاله گذشت. تفصیل بطلان و اسباب بطلان در فصل پنجم گذشت. به حیث مثال، اگر محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را به دلیل اسباب بطلان که تفصیل آن گذشت باطل نماید، باید قضیه را به منظور رسیدگی دوباره به محکمه ابتدائیه بفرستد.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید محکمه استیناف می تواند در صورت باطل کردن فیصله محکمه ابتدائیه دیوان مدنی در صورت حدوث اسباب بطلان، فیصله را دوباره به محکمه ابتدائیه دیوان مدنی بفرستد. اسباب بطلان چنانچه به آن اشاره شد هم در ماده ۴ تشکیلات و صلاحیت محاکم و هم در ماده ۳۹۹ ق. ا. م. م پیش بینی شده است که بحث آن گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده اثر بطلان فیصله است.



## باب چهارم: اجراءات در ديوان قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه

قانونگذار ا. م. م در باب چهارم احكام مربوط به اجراءات در ديوان ها قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه را تنظيم نموده است. اين احكام قرار ذيل اند:

### ماده ۴۳۰: صلاحيت های ديوان های قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه

«صلاحيت های ديوان قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه در قضايای احاله شده قرار ذيل است:

۱- رسيدگی ابتدایی قضایا مطابق صراحت قانون.

۲- رسيدگی در مرحله نهایی.

۳- رسيدگی از نظر قانونيت.»

از نص اين ماده استنباط می گردد که صلاحيت های ديوان قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه قرار ذيل است:

(۱) رسيدگی ابتدایی قضایا مطابق صراحت قانون. نص جزء ماده ۴۳۰ مرتبط به ماده ۴۳۱ ق. ا. م. م است که بحث آن در ذيل ماده ۴۳۱ ق. ا. م. م خواهد آمد.

(۲) رسيدگی در مرحله نهایی. زیرا، ديوان های قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه در قضايای مدنی مرجع نهایی رسيدگی به دعاوی مدنی اند.

(۳) رسيدگی از نظر قانونيت. به حيث مثال، اگر احمد عليه محمود دعوی شفعه نمايد و دعوی را در محكمه ابتدائيه ببازد و استيناف خواهی نمايد و محكمه استيناف ديوان مدنی در يابد که حکم محكمه ابتدائيه ديوان مدنی مطابق قانون است، می تواند حکم را تأييد نمايد. در صورتی که احمد عليه قرار محكمه استيناف فرجام خواهی نمايد، ديوان قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه می تواند بررسی نمايد که آیا فيصله محكمه ابتدائيه مطابق قانون است يا نه. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص اين ماده پيش بينی صلاحيت های تکلیفی ديوان قضايای مدنی و حقوق عامه ستره محكمه است.



## فصل اول: رسیدگی ابتدایی قضایا

قانونگذار ا. م. م در باب چهارم، فصل اول طی مواد ۴۳۱ الی ۴۳۵ احکام مربوط به رسیدگی ابتدایی قضایی در دیوان های قضایای مدنی و حقوق عامه را تنظیم نموده است. این احکام قرار ذیل اند:

### ماده ۴۳۱: رسیدگی ابتدایی قضیه در صورت نقض دو بار حکم محکمه استیناف

«دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در قضایائی که به غرض رسیدگی ابتدایی مطابق احکام قانون به آن احاله می گردد رسیدگی می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه<sup>۴۷۲</sup> در قضایائی که به غرض رسیدگی ابتدایی مطابق احکام قانون به آن احاله می گردد رسیدگی می نماید. تعریف قضیه و احاله گذشت. نص این ماده مجمل است. اما، نص این ماده را ماده ۴۳۲ ق. م تکمیل می نماید. زیرا، طبق ماده ۴۳۲ ق. ا. م. م در صورتی که حکم محکمه استیناف ولایت بار دوم توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه نقض شود، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه قضایا را به صورت ابتدایی مورد رسیدگی قرار می دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده حصر حالتی است که دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه ستره محکمه می تواند قضایا را به صورت ابتدایی مورد رسیدگی قرار ده است.

### ماده ۴۳۲: رسیدگی ابتدایی احکام محاکم

«احکام محکمه ولایت و لوی ولسوالی در صورتی که بار دوم نقض گردد در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه به صورت ابتدایی رسیدگی می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده احکام محکمه ولایت و لوی ولسوالی در صورتی که بار دوم نقض گردد در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه به صورت ابتدایی رسیدگی می شود. تعریف حکم و نقض گذشت. اصطلاح محکمه لوی ولسوالی در نص این ماده موضوعیت خویش را از دست داده است زیرا در حال حاضر محکمه لوی ولسوالی وجود ندارد همانطور که لوی ولسوالی وجود ندارد. قابل توصیه است این عبارت از نص ماده ۴۳۲ ق. م حذف گردد.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای پرداخت دین نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه بیازد و علیه فیصله محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را نقض و غرض رسیدگی مجدد به محکمه استیناف احاله نماید و محکمه استیناف دوباره حکم نماید اما اگر احمد

۴۷۲. براساس اصلاحاتی که در تشکیلات محاکم صورت گرفته است اکنون دیوان قضایای مدنی و حقوق به دو دیوان تقسیم شده است: دیوان رسیدگی به قضایای مدنی و دیوان رسیدگی به قضایای حقوق عامه و احوال شخصیه. بنابراین، در سراسر این کتاب منظور از دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه، دیوان های قضایای مدنی و دیوان حقوق عامه و احوال شخصیه است.

راضی نباشد و برای بار دوم در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تمیز خواهی نماید و دیون قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه برای بار دوم فیصله محکمه استیناف را نقض نماید، مکلف است خودش دعوی را به صورت ابتدائی فیصله نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی اثر نقض دوباره حکم محکمه استیناف توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۳۳: نهایی بودن حکم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه

«حکم دیوان قضایای مدنی ستره محکمه که مطابق مواد (۴۳۱ و ۴۳۲) این قانون صادر می گردد نهایی است.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده های ۴۳۱ و ۴۳۲ ق. ا. م. است. طبق این ماده حکم دیوان قضایای مدنی ستره محکمه که مطابق مواد (۴۳۱ و ۴۳۲) این قانون صادر می گردد نهایی است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای پرداخت دین نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و علیه فیصله محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را نقض و غرض رسیدگی مجدد به محکمه استیناف احاله نماید و محکمه استیناف دوباره حکم نماید اما احمد راضی نباشد و برای بار دوم در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تمیز خواهی نماید و دیون قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه برای بار دوم فیصله محکمه استیناف را نقض نماید، مکلف است خودش دعوی را به صورت ابتدائی فیصله نماید. این فیصله نهایی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی اثر فیصله یا حکم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۳۴: تطبیق قواعد اصول محاکمه

«اصول محاکمه و قواعدی که در حل و فصل قضایا در مرحله ابتدایی مرعی الاجرا است در رسیدگی ابتدایی دیوان قضایای مدنی ستره محکمه نیز قابل رعایت می باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده اصول محاکمه و قواعدی که در حل و فصل قضایا در مرحله ابتدایی مرعی الاجرا است در رسیدگی ابتدایی دیوان قضایای مدنی ستره محکمه نیز قابل رعایت می باشد. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به قواعد مربوط به اصول محاکمه در محاکم مدنی ابتدائیه است. تفصیل این قواعد گذشت. طبق مفاد این ماده مستشاران دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه می توانند از قواعد اصول محاکمه که در فصول قبلی گذشت استفاده نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای پرداخت دین نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و علیه فیصله محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را نقض و غرض رسیدگی مجدد به محکمه استیناف احاله نماید و محکمه استیناف دوباره حکم نماید اما احمد راضی



نباشد و برای بار دوم در ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تمیز خواهی نماید و ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه برای بار دوم فیصله محکمه استیناف را نقض نماید، مکلف است خودش دعوی را به صورت ابتدائی فیصله نماید. در این فیصله، ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه مکلف است قواعد اصول محاکمه را که تفصیل آن گذشت رعایت نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تطبیق قواعد اصول محاکمه در مرحله رسيدگي ابتدایی بر رسيدگي دعاوی در مرحله تمیز و جلوگیری از تکرار این قواعد است. زیرا، در هر دو صورت دعوی به صورت ابتدائی مورد رسيدگي قرار می گیرد.

#### ماده ۴۳۵: بروز اختلاف در فیصله ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه

«در صورت اختلاف نظر در فیصله ای که ابتدا مورد رسيدگي ديوان قرار می گیرد فیصله نهایی به اکثریت آراء صادر می شود.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در صورت اختلاف نظر در فیصله ای که ابتدا مورد رسيدگي ديوان قرار می گیرد فیصله نهایی به اکثریت آراء صادر می شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای پرداخت دین نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و علیه فیصله محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را نقض و غرض رسيدگي مجدد به محکمه استیناف احاله نماید و محکمه استیناف دوباره حکم نماید اما احمد راضی نباشد و برای بار دوم در ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تمیز خواهی نماید و ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه برای بار دوم فیصله محکمه استیناف را نقض نماید، مکلف است خودش دعوی را به صورت ابتدائی فیصله نماید. این فیصله نهایی است.

در صورتی که میان مستشاران ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در خصوص فیصله اختلاف ایجاد شود، فیصله باید به اکثریت آراء مورد حل و فصل قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی مستشاران و اعضای ديوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در صورت بروز اختلاف است.



## فصل دوم: شرایط فرجام خواهی و اجراءات مربوط به آن

قانونگذار ا. م. م در فصل دوم احکام مربوط به شرایط فرجام خواهی و اجراءات مربوط به آن را طی مواد ۴۳۸ الی ۴۴۷ تنظیم نموده است.

### ماده ۴۳۶: شرط فرجام خواهی

«طرف غیر قانع، خارنوال مدنی و نماینده قضایای دولت می توانند راجع به قضایای که توسط دیوان های محاکم ولایات، لوی ولسوالی و محکمه شهری کابل به صورت ابتدایی فیصله شده است به محکمه حاکمه یا دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت و اعتراض خود را تقدیم نمایند.»

از نص این ماده یک قاعده استنباط می گردد. طبق این قاعده طرف غیر قانع، خارنوال مدنی و نماینده قضایای دولت می توانند راجع به قضایای که توسط دیوان های محاکم ولایات، لوی ولسوالی و محکمه شهری کابل به صورت ابتدایی فیصله شده است به محکمه حاکمه یا دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت و اعتراض خود را تقدیم نمایند. تعریف خارنوال مدنی، نماینده قضایای دولت، حاکمه، شکایت و اعتراض گذشت. عبارت لوی ولسوالی در نص این ماده موضوعیت خویش را از دست داده است زیرا امروزه محاکم لوی ولسوالی و لوی ولسوالی وجود ندارد. قابل توصیه است نص این عبارت از متن ماده ۴۳۶ ق. ا. م. م حذف گردد.

همچنین، عبارت حاکمه همانطور که در مبحث استیناف خواهی تفصیل آن گذشت در نص این ماده محل ایراد است زیرا فرجام خواهی در محکمه ای که حکم صادر کرده است صادر نمی گردد بلکه در محکمه بالا تر صورت می گیرد. قابل توصیه است عبارت «حاکمه» از متن ماده ۴۳۶ ق. ا. م. م حذف گردد. همچنین، عبارت «محکمه شهری کابل» در نص این ماده محل ایراد و زاید به نظر می رسد. زیرا، محکمه شهری کابل محکمه ابتدائیه است و مرجع شکایت به فیصله محکمه ابتدائیه اعم از شهری و ولسوالی محکمه استیناف ولایت مربوطه است نه دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه. قابل توصیه است نص این عبارت از متن ماده ۴۳۶ ق. ا. م. م حذف گردد. مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

۱) اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و به محکمه استیناف شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. محمود در این مثال محکوم علیه، محکمه ابتدائیه مدنی محکمه تحتانی و محکمه استیناف محکمه فوقانی است. در صورتی که محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود غیرقانع باشد، می تواند علیه قرار محکمه استیناف در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت یا اعتراض نماید.

۲) اگر احمد شوهر حمیده غایب باشد و حمیده به دلیل غیابت احمد از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید و در اثر مطالبه محکمه مدنی از لوی خارنوالی، جمشید به عنوان خارنوال مدنی معرفی شود تا به عنوان وکیل مسخر احمد در محکمه حضور یابد، اما محکمه حکم را علیه خارنوال مدنی صادر نماید، خارنوال مدنی می تواند علیه حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید، خارنوال مدنی می تواند در صورتی که غیرقانع باشد به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت یا اعتراض نماید.

۳) اگر نماینده قضایای دولت ادعا نماید که سه صد جریب زمین در پغمان که تحت ید احمد است ملکیت دولت است و محکمه بعد از شنیدن اظهارات نماینده قضایای دولت و دفاع احمد، نماینده قضایای دولت را محکوم علیه نماید و نماینده قضایای دولت علیه حکم محکمه ابتدائیه استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید، در صورت عدم قناعت نماینده قضایای دولت، نماینده قضایای دولت می تواند در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه از قرار محکمه استیناف شکایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط فرجام خواهی که غیرقانع بودن محکوم علیه است می باشد.

#### ماده ۴۳۷: مدت فرجام خواهی

«۱- مدت فرجام خواهی دو ماه است. ۲- محاسبه این مدت از تاریخ ابلاغ حکم صورت می گیرد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱) مدت فرجام خواهی دو ماه است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در مدت یک ماه به محکمه استیناف شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. در صورتی که محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود غیرقانع باشد، می تواند علیه قرار محکمه استیناف در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در مدت دو ماه شکایت یا اعتراض نماید.

۲) محاسبه این مدت از تاریخ ابلاغ حکم صورت می گیرد. تعریف ابلاغ و حکم گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه استیناف در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید، مدت مرور زمان شروع می شود و احمد می تواند در جریان ماه حمل و ثور سال ۱۳۹۹ علیه حکم محکمه استیناف در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه الی تاریخ اول جوزای سال ۱۳۹۹ شکایت یا اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی مدت فرجام خواهی و کیفیت محاسبه این مدت است.

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت کندهار:

در وقت حکومت طالبان اکثراً موضوعات حقوقی طوری حل و فصل گردیده که اصلاً اجراءات اصولی و قانونی در نظر گرفته نشده یعنی صرف در يك ورق سفید بدون تقدیم دعوی و جواب آن.

توضیح: هرگاه محکوم عليه بالای فیصله صادره حکومت طالبان که در وقت و زمانش استیناف طلبی نکرده است بعد از ایجاد حکومت موقت (۱۳۸۱) اعتراض کند و مرافعه طلب شود در این صورت دیده شود که آیا فیصله و قرار مطابق هدایت مواد (۲۶۱ و ۲۷۰) قانون اصول محاکمات مدنی برای محکوم عليه ابلاغ گردیده است و یا خیر؟ در صورتیکه ابلاغ صورت گرفته باشد و محکوم عليه بعد از ابلاغ استیناف طلب نشده باشد فیصله ولو که دارای نواقص هم باشد قطعی بوده واجب التعمیل میباشد، در صورتی که ابلاغ نشده باشد طبق هدایت مواد فوق الذکر حالا ابلاغ به عمل آید. در صورت عدم قناعت اش قضیه قابل رسیده گی در محکمه فوقانی میباشد زیرا حق استیناف طلبی و یا فرجام خواهی محکوم عليه تا زمان ابلاغ باقی بوده و بعد از ابلاغ حکم طبق ماده (۳۶۵) و یا (۴۳۷) ق.ا.م.م محاسبه می گردد. ۴۷۳

#### ماده ۴۳۸: مرجع فرجام خواهی

«مرجع تقدیم استدعای فرجام خواهی در مرکز کابل دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بوده و در ولایات فرجام خواه می تواند استدعای خود را به ریاست محکمه ولایت تقدیم دارد.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

(۱) مرجع تقدیم استدعای فرجام خواهی در مرکز کابل دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه. تعریف استدعا و فرجام خواهی در فصل اول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد عليه محمود اقامه دعوی دین در محکمه ابتدائیه حوزه سوم کابل نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم عليه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در مدت یک ماه به محکمه استیناف کابل شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. در صورتی که محکمه استیناف کابل حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود غیرقانع باشد، می تواند علیه قرار محکمه استیناف کابل در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در مدت دو ماه شکایت یا اعتراض نماید.

(۲) در ولایات فرجام خواه می تواند استدعای خود را به ریاست محکمه ولایت تقدیم دارد. به نظر می رسد نص این ماده موضوعیت خویش را از دست داده است و قابل توصیه است اصلاح گردد زیرا در صورتی که فرجام خواه از حکم محکمه استیناف ولایت راضی نباشد، می تواند در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه که در کابل موقعیت دارد شکایت نماید نه در محکمه استیناف ولایت زیرا محکمه استیناف ولایت خود حکم محکمه ابتدائیه آن ولایت را تأیید کرده است و تأیید کننده و مرجع رسیدگی به شکایت ناشی از تأیید حکم نمی تواند یک مرجع باشد. به حیث مثال، اگر احمد عليه محمود اقامه دعوی دین در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم محمود را محکوم عليه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم را نپذیرد و در مدت یک ماه به محکمه استیناف ولایت بدخشان شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. در صورتی که محکمه استیناف

بدخشان حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود غیرقانع باشد، می تواند علیه قرار محکمه استیناف بدخشان در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در مدت دو ماه شکایت یا اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی مرجع رسیدگی به فرجام خواهی است.

#### ماده ۴۳۹: فرجام خواه در قضایای حقوق عامه

«در قضایای حقوق عامه طرف غیر قانع، نماینده قضایای دولت یا خازنوال مدنی هر يك فرجام خواه شده می تواند.»

از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱) در قضایای حقوق عامه طرف غیر قانع فرجام خواه شده می تواند. تعریف قضایای حقوق عامه در فصل دعاوی حقوق عامه گذشت. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و اداره دولتی متنازع فیه باشد و دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه به نفع نماینده قضایای دولت حکم نماید و احمد استیناف خواهی نماید و حکم محکمه ابتدائیه دیوان حقوق عامه توسط دیوان حقوق عامه محکمه استیناف مورد تأیید قرار بگیرد، احمد می تواند علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواه شود. در این مثال، احمد محکوم علیه غیرقانع است.

۲) در قضایای حقوق عامه طرف غیر قانع، نماینده قضایای دولت می تواند فرجام خواه شود. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و اداره دولتی متنازع فیه باشد و دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه به نفع نماینده احمد حکم نماید و نماینده قضایای دولت استیناف خواهی نماید و حکم محکمه ابتدائیه دیوان حقوق عامه توسط دیوان حقوق عامه محکمه استیناف مورد تأیید قرار بگیرد، نماینده قضایای دولت می تواند علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواه شود. در این مثال، نماینده قضایای محکوم علیه غیرقانع است.

۳) در قضایای حقوق عامه خازنوال مدنی هر يك فرجام خواه شده می تواند. تفصیل مسایل مربوط به خازنوال مدنی و مثال های آن در دعوی دین علیه غایب و دعوی زوجه غایب گذشت. دعوی دین علیه غایب و دعوی زوجه غایب به دلیل غیابت و مطالبه تفریق قضایی به دلیل غیابت از مصادیق دعاوی حقوق مدنی است نه عامه. به نظر می رسد خازنوال مدنی در دعاوی حقوق عامه هیچ نقش ندارد. هرچند خازنوال مدنی در دعاوی مدنی علیه غایب می تواند فرجام خواه شود، اما فرجام خواهی خازنوال مدنی در دعاوی عامه موضوعیت ندارد و محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اشخاصی است که می توانند فرجام خواه شوند.

#### ماده ۴۴۰: عناصر مهم استدعای فرجام خواهی

«استدعای فرجام خواهی حاوی مطالب ذیل است:

- ۱- شهرت طرفین دعوی.
- ۲- اسم محکمه صادر کننده حکم.
- ۳- حکم فیصله ای که از آن شکایت صورت می گیرد.
- ۴- تاریخ ابلاغ حکم محکمه.

۵- موجبات فرجام خواهی.».».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده، استدعای فرجام خواهی باید دارای عناصر معین باشد. تعریف استدعا و فرجام خواهی در فصل اول این کتاب گذشت. شهرت طرفین دعوی، اسم محکمه صادر کننده حکم، حکم فیصله ای که از آن شکایت صورت می گیرد، تاریخ ابلاغ حکم محکمه و موجبات فرجام خواهی. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و اداره دولتی متنازع فیه باشد و دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه به نفع نماینده احمد حکم نماید و نماینده قضایای دولت استیناف خواهی نماید و حکم محکمه ابتدائیه دیوان حقوق عامه توسط دیوان حقوق عامه محکمه استیناف مورد تأیید قرار بگیرد، نماینده قضایای دولت می تواند علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواه شود. نماینده قضایای دولت مکلف است در استدعای فرجام خواهی مطالبی را که در نص ماده ۴۴۰ ق. ا. م پیش بینی شده است درج نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی عناصر استدعای فرجام خواهی است.

**ماده ۴۴۱: عدم تکمیل استدعای فرجام خواهی**

«استدعای که در آن حکم ماده (۴۴۰) این قانون مراعات نشده باشد از طرف مقام فرجام رسی مسترد می گردد و وقفه ناشی از این امر در میعاد قانونی فرجام خواهی محسوب نمی گردد.».

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) استدعای که در آن حکم ماده (۴۴۰) این قانون مراعات نشده باشد از طرف مقام فرجام رسی باید مسترد گردد. نص این ماده مکمل ماده ۴۴۰ ق. م است و ضمانت اجرای نص ماده ۴۴۰ ق. م را فراهم می نماید. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و اداره دولتی متنازع فیه باشد و دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه به نفع نماینده احمد حکم نماید و نماینده قضایای دولت استیناف خواهی نماید و حکم محکمه ابتدائیه دیوان حقوق عامه توسط دیوان حقوق عامه محکمه استیناف مورد تأیید قرار بگیرد، نماینده قضایای دولت می تواند علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواه شود. نماینده قضایای دولت مکلف است در استدعای فرجام خواهی مطالبی را که در نص ماده ۴۴۰ ق. ا. م پیش بینی شده است درج نماید. اگر نماینده قضایای دولت مطالبی را که در ماده ۴۴۰ ق. م پیش بینی شده است در استدعای فرجام خواهی درج ننماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه باید استدعای فرجام خواهی را رد نماید.

۲) وقفه ناشی از این امر در میعاد قانونی فرجام خواهی محسوب نمی گردد. به حیث مثال، نماینده قضایای دولت در مثال بالا می تواند طی مدت دو ماه علیه حکم دیوان مدنی و حقوق عامه محکمه استیناف فرجام خواهی نماید. اگر به دلیل عدم تکمیل استدعای فرجام خواهی، استدعای فرجام خواهی نماینده قضایای دولت از سوی دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه رد گردد، مدتی را که رد استدعای فرجام خواهی در بر می گیرد، در مدت دو ماه نباید محاسبه گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۴۴۰ ق. ا. م است.

**ماده ۴۴۲: عدم قناعت در ذیل پارچه ابلاغ حکم**

«عدم قناعت در ذیل پارچه ابلاغ حکم نیز فرجام خواهی محسوب می گردد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده عدم قناعت در ذیل پارچه ابلاغ حکم نیز فرجام خواهی محسوب می گردد. تعریف ابلاغ و حکم گذشت. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و اداره دولتی متنازع فیه باشد و دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه به نفع نماینده احمد حکم نماید و نماینده قضایای دولت استیناف خواهی نماید و حکم محکمه ابتدائیه دیوان حقوق عامه توسط دیوان حقوق عامه محکمه استیناف مورد تأیید قرار بگیرد و به نماینده قضایای دولت حکم ابلاغ گردد و نماینده قضایای دولت در ذیل پارچه ابلاغ حکم عدم قناعت خویش را تحریر نماید، این عمل نماینده قضایای دولت در حکم عدم قناعت است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده به رسمیت شناختن فرجام خواهی حکمی است. فرجامی خواهی دو نوع است. فرجام خواهی حقیقی که فرجام خواه به حکم محکمه استیناف قناعت نداشته و استدعای فرجام خواهی را به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تقدیم نماید و فرجام خواهی حکمی که محکوم علیه در ذیل پارچه حکم عدم قناعت خویش را بیان نماید.

#### ماده ۴۴۳: ترتیب فورمه فرجام خواهی

«محکمه صادر کننده حکم فورمه فرجام خواهی را طبق حکم ماده (۴۴۰) این قانون ترتیب می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. نص این ماده مرتبط و ارجاعی به ماده ۴۴۰ ق. ا. م. م است هرچند محکمه صادر کننده حکم طبق این ماده مکلف شده است فورمه فرجام خواهی را طبق ماده ۴۴۰ ق. ا. م. م ترتیب نماید، نص این ماده مبهم به نظر می رسد زیرا روشن نیست که محکمه صادر کننده حکم محکمه استیناف است یا دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه، اما در عمل فورمه توسط ستره محکمه ترتیب و به تصویب شورای عالی ستره محکمه می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف ستره محکمه مبنی بر ترتیب فورمه فرجام خواهی است.

#### ماده ۴۴۴: مطالبه فیصله محکمه استیناف

«هرگاه استدعای فرجام خواهی به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تقدیم گردد تحریرات دیوان مذکور اوراق موضوع و فیصله محکمه تحتانی را از مرجع مربوط مطالبه می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه استدعای فرجام خواهی به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تقدیم گردد تحریرات دیوان مذکور اوراق موضوع و فیصله محکمه تحتانی را از مرجع مربوط مطالبه می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم را نپذیرد و در مدت یک ماه به محکمه استیناف ولایت بدخشان شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است.

در صورتی که محکمه استیناف بدخشان حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود غیرقانع باشد، می تواند علیه قرار محکمه استیناف بدخشان در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در مدت دو ماه شکایت یا اعتراض نماید. در این صورت، تحریرات دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مکلف است فیصله محکمه استیناف را رسماً مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا.



باب چهارم: اجراءات در ديوان ... - فصل دوم: شرايط فرجام خواهی و اجراءات ... ۳۷۱

م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی تحریرات دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### **ماده ۴۴۵: فرستادن اوراق مربوط به فیصله در ظرف یک هفته از محاکم استیناف ولایات**

(مرجع استدعای فرجام رسی در ولایات مکلف اند در ظرف يك هفته اوراق موضوع را رسماً به ستره محکمه ارسال نمایند.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. نص این ماده مرتبط و مکمل ماده ۴۳۸ ق. ا. م. م است. طبق ماده ۴۳۸ ق. ا. م. م: «مرجع تقدیم استدعای فرجام خواهی در مرکز کابل دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بوده و در ولایات فرجام خواه می تواند استدعای خود را به ریاست محکمه ولایت تقدیم دارد.» طبق ماده ۴۳۸ ق. ا. م. م در ولایات فرجام خواه می تواند استدعای خود را به ریاست محکمه ولایت تقدیم دارد.

به نظر می رسد نص این ماده موضوعیت خویش را از دست داده است و قابل توصیه است اصلاح گردد زیرا در صورتی که فرجام خواه از حکم محکمه استیناف ولایت راضی نباشد، می تواند در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در کابل موقعیت دارد شکایت نماید نه در محکمه استیناف ولایت زیرا محکمه استیناف ولایت خود حکم محکمه ابتدائیه آن ولایت را تأیید کرده است و تأیید کننده و مرجع رسیدگی به شکایت ناشی از تأیید حکم نمی تواند یک مرجع باشد.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم را نپذیرد و در مدت یک ماه به محکمه استیناف ولایت بدخشان شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است.

در صورتی که محکمه استیناف بدخشان حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود غیرقانع باشد، می تواند علیه قرار محکمه استیناف بدخشان در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در مدت دو ماه شکایت یا اعتراض نماید. در این صورت، محکمه استیناف ولایت بدخشان مکلف است در مدت يك هفته اوراق موضوع را رسماً به ستره محکمه ارسال نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف محاکم استیناف مبنی بر فرستادن اوراق مربوط به فیصله است.

#### **ماده ۴۴۶: ضمانت اجرای عدم فرستادن اوراق مربوط به دوسیه**

(عدم رعایت مراتب قانونی فرجام رسی توسط مراجع مربوط که منجر به تاخیر ارسال اوراق و ضرر گردد باعث مسؤولیت متخلفین می گردد.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده مکمل ماده ۴۴۵ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده در صورتی که مسؤولین محکمه استیناف اوراق مربوط به قضیه را در موعد معین نفرستند و در فرستادن اوراق تأخیر صورت بگیرد و موجب ورود ضرر گردد، منجر به مسؤولیت متخلفین می گردد. عبارت ضرر در نص این ماده مبهم به نظر می رسد.

همچنین، در نص این ماده مسؤولیت متخلفین روشن نیست زیرا معلوم نیست که این مسؤولیت مسؤولیت اداری محررین است یا از قضات. اگر از محررین باشد، بر آنها مؤیدات اداری می تواند تطبیق گردد. اگر متخلفین قضات باشند، مؤیدات مربوط به قضات طبق مقررات مربوطه مانند مقرر


تأدیبات قضات بر آنها می‌تواند تطبیق گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. مدر نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۴۴۵ ق. ا. م. م است.

#### **ماده ۴۴۷: احاله اوراق توسط اداره دولتی به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه**

«در قضایای که طرف دعوی دولت باشد اوراق به اثر شکایت محکوم علیه یا اعتراض نماینده قضایای دولت از طریق اداره مذکور به دیوان ستره محکمه احاله می‌گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده، در قضایای که طرف دعوی دولت باشد اوراق به اثر شکایت محکوم علیه یا اعتراض نماینده قضایای دولت از طریق اداره مذکور به دیوان ستره محکمه احاله می‌گردد. تعریف قضیه، شکایت، محکوم علیه، اعتراض و احاله گذشت. به حیث مثال، اگر شهرداری زمین احمد را استملاک نماید و قیمت عادلانه به احمد نپردازد و احمد در دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه ذیصلاح محکوم علیه قرار گیرد و در دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح شکایت نماید و دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح حکم دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت نماید، طرف دعوی دولت، احمد معترض و در اثر تقاضای دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شهرداری مکلف است اوراق مربوط به استملاک را به دیوان قضایای مدنی و حقوق عام ستره محکمه بفرستد. همچنین، اگر نماینده قضایای دولت در دعوی مربوط به زمین های وزارت زراعت و مالداری در دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه محکوم علیه قرار بگیرد و حکم دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه توسط دیوان حقوق عامه محکمه استیناف تأیید شود و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه از وزارت زراعت و مالداری اوراق مربوط به زمین را مطالبه نماید، وزارت زراعت و مالداری مکلف است اوراق را به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بفرستد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف ادارات مبنی بر فرستادن اوراق به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

## **فصل سوم: رسیدگی در مرحله نهایی**

باب چهارم: اجراءات در دیوان ... - فصل سوم: رسیدگی در مرحله نهایی  ۳۷۳

قانونگذار ا. م. در باب چهارم، فصل سوم احکام مربوط به رسیدگی در مرحله نهایی را طی مواد ۴۴۸ الی ۴۷۹ ق. ا. م. تنظیم نموده است.

#### ماده ۴۴۸: تطبیق احکام مندرج باب سوم در رسیدگی نهایی

«احکام مندرج باب سوم این قانون در مورد رسیدگی در مرحله نهایی در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه قابل تطبیق می باشد. حالت نقض و ارجاع قضیه به محکمه تحتانی از این حکم مستثنی است.»

از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که احکام مندرج باب سوم این قانون در مورد رسیدگی در مرحله نهایی در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه قابل تطبیق می باشد. تفصیل این احکام در باب سوم گذشت. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام مندرج در باب سوم ق. ا. م. است. استثنای این اصل این است که حالت نقض و ارجاع قضیه به محکمه تحتانی از این حکم مستثنی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در در نص این ماده پیش بینی حکم تطبیق احکام مندرج در باب سوم ق. ا. م. بر رسیدگی به دعاوی در مرحله نهایی و استثنای آن است.

#### ماده ۴۴۹: صلاحیت های ستره محکمه در رسیدگی نهایی

«ستره محکمه در مرحله رسیدگی نهایی قضایا دارای صلاحیت های ذیل می باشد:

- ۱- نقض و یا ابطال فیصله یا قرار محکمه تحتانی به صورت کلی و یا قسمی و ارسال قضیه بخاطر رسیدگی مجدد توسط عین قضات یا ترکیب دیگر به محکمه مربوط.
- ۲- صدور فیصله به منظور تصحیح تخطی در استناد به حکم قانون در صورتی که بعد از نقض فیصله به جمع آوری دلایل جدید یا دلایل تکمیل کننده در قضیه ضرورت احساس نشود و حالات قضیه توسط محکمه تحتانی به صورت مکمل و صحیح رسیدگی گردیده و صرف در استناد به حکم قانون تخطی صورت گرفته باشد.
- ۳- اعاده اوراق جهت رسیدگی مجدد به محکمه حاکمه در صورت نقض قرار محکمه به علت اینکه رسیدگی موضوع ایجاب صدور فیصله را می نماید. در این حالت، حضور طرفین در دیوان ستره محکمه ضرور نمی باشد.
- ۴- تأیید حکم محکمه تحتانی در صورت صدور آن بر وفق قانون.»

طبق نص این ماده ستره محکمه در مرحله رسیدگی نهایی قضایا دارای چهار صلاحیت ذیل می باشد:

- ۱) نقض و یا ابطال فیصله یا قرار محکمه تحتانی به صورت کلی و یا قسمی و ارسال قضیه بخاطر رسیدگی مجدد توسط عین قضات یا ترکیب دیگر به محکمه مربوط. تعریف نقض، ابطال، فیصله، قرار و تحتانی گذشت. به حیث مثال، اگر شهرداری زمین احمد را استملاک نماید و قیمت عادلانه به احمد نپردازد و احمد در دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه ذیصلاح محکوم علیه قرار گیرد و در دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح شکایت نماید و دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح حکم دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه

شکایت نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند فیصله و قرار محکمه استیناف را به صورت کلی یا قسمی نقض یا ابطال نماید و آن را به محکمه استیناف به منظور رسیدگی مجدد توسط عین قضات یا ترکیب دیگر قضات ارسال نماید.

۲) صدور فیصله به منظور تصحیح تخطی در استناد به حکم قانون در صورتی که بعد از نقض فیصله به جمع آوری دلایل جدید یا دلایل تکمیل کننده در قضیه ضرورت احساس نشود و حالات قضیه توسط محکمه تحتانی به صورت مکمل و صحیح رسیدگی گردیده و صرف در استناد به حکم قانون تخطی صورت گرفته باشد.

تصحیح حکم مرکب از دو کلمه است. تصحیح در لغت به معنی صحیح کردن و درست کردن است که تعریف آن گذشت. ماده ۴ جزء ۵ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم در تعریف تصحیح حکم می گوید: «تصحیح حکم: عبارت است از: - تصحیح اشتباه شکلی ناشی از سهو و خطای مادی در حکم که عاری از بطلان و نقض باشد؛ و - تصحیح خطایی که در تطبیق یا تأویل قانون صورت گرفته ولی در نتیجه حکم مؤثر نباشد.» تخطی در لغت به معنی از حد خود گذشتن و خطا کردن است.<sup>۴۷۴</sup> استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.<sup>۴۷۵</sup>

به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه استیناف در استناد به حکم قانون اشتباه کرده باشد، به حیث مثال، به عوض قانون مربوط به قانون غیر مرتبط یا به عوض ماده یا ماده های مرتبط به ماده های غیر مرتبط استناد کرده باشد و ضرورت به جمع آوری دلایل جدید یا دلایل تکمیل کننده نباشد، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند به صدور فیصله اقدام نماید.

۳) اعاده اوراق جهت رسیدگی مجدد به محکمه حاکمه در صورت نقض قرار محکمه به علت اینکه رسیدگی موضوع ایجاب صدور فیصله را می نماید. در این حالت، حضور طرفین در دیوان ستره محکمه ضرور نمی باشد. تعریف اعاده، حاکمه، نقض فیصله گذشت. به حیث مثال، اگر محکمه استیناف به عوض فیصله قرار صادر نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند قرار را نقض و اوراق و دوسیه را دوباره به محکمه استیناف جهت رسیدگی مجدد بفرستد. در این صورت، حضور طرفین دعوی در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه ضرور نیست.

۴) تأیید حکم محکمه تحتانی در صورت صدور آن بر وفق قانون. تعریف تأیید گذشت. به حیث مثال، اگر شهرداری زمین احمد را استملاک نماید و قیمت عادلانه به احمد بپردازد و احمد در دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه ذیصلاح محکوم علیه قرار گیرد و در دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح شکایت نماید و دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح حکم دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند فیصله محکمه استیناف را تأیید نماید. نص این ماده حصری

474. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 3, 1, 2018).

475. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

باب چهارم: اجراءات در ديوان ... - فصل سوم: رسيدگي در مرحله نهايي  ۳۷۵

به نظر مي رسد زيرا قانونگذار ا. م. م در نص اين ماده صلاحيت هاي ديوان قضايای مدني و حقوق عامه ستره محكمه را حصر کرده است. به نظر مي رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص اين ماده پيش بينی صلاحيت هاي ديوان قضايای مدني و حقوق عامه ستره محكمه است.



## فصل چهارم: رسیدگی به احکام نهایی محاکم تحتانی از نظر قانونیت

قانونگذار ا. م. م در باب چهارم فصل چهارم، مواد ۴۵۰ الی ۴۷۹ قواعد رسیدگی به احکام نهایی محاکم تحتانی از نظر قانونیت تنظیم نموده است.

### ماده ۴۵۰: مرجع فرجام رسی

«فرجام رسی در مورد احکام نهایی محاکم ولایات، لوی ولسوالی و محکمه شهری کابل از صلاحیت ستره محکمه می باشد که توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بنابر استدعا فرجام خواه عملی می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده فرجام رسی در مورد احکام نهایی محاکم ولایات، لوی ولسوالی و محکمه شهری کابل از صلاحیت ستره محکمه می باشد که توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بنابر استدعا فرجام خواه عملی می گردد. نص این ماده شبیه ماده ۴۳۸ ق. ا. م. م است. پیش بینی یک حکم در دو ماده به دلیل تکرار و تطویل قانون محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است نص این ماده از متن ق. ا. م. م حذف گردد.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین در محکمه ابتدائیه حوزه سوم کابل نماید و با ارایه وسایل اثبات دین را ثابت نماید و محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم علیه به پرداخت دین به احمد نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در مدت یک ماه به محکمه استیناف کابل شکایت نماید، عمل محمود اعتراض یا شکایت است. در صورتی که محکمه استیناف کابل حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود غیرقانع باشد، می تواند علیه قرار محکمه استیناف کابل در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در مدت دو ماه شکایت یا اعتراض نماید. محاکم لوی ولسوالی موضوعیت خویش را از دست داده است و قابل توصیه است از متن ماده ۴۵۰ ق. ا. م. م حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی مرجع رسیدگی به فرجام خواهی است.

### ماده ۴۵۱: صلاحیت های دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه

۱- دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه احکام نهایی محاکم تحتانی را صرف از لحاظ قانونیت و مطابقت آن با احکام شریعت اسلامی رسیدگی می نماید.

۲- هرگاه دیوان مذکور به اثر غور مطمئن گردد که حکم محکمه تحتانی مطابق قانون و احکام شریعت اسلام صادر گردیده است شکایت و اعتراض را رد و به تفیذ حکم نهایی قرار صادر می نماید.

۳- هرگاه در نتیجه غور دیوان مربوط ستره محکمه ثابت گردد که در احکام نهایی محاکم تحتانی تخطی قانونی صورت گرفته فیصله را نقض و حالات آن را با دلایل تصریح نموده غرض صدور فیصله مجدد به محکمه تحتانی ارجاع می نماید.»

از نص این ماده استنباط می‌گردد که دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه دارای صلاحیت های ذیل است:

(۱) دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه احکام نهایی محاکم تحتانی را صرف از لحاظ قانونیت و مطابقت آن با احکام شریعت اسلامی رسیدگی می‌نماید. تعریف حکم نهایی و تحتانی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی شفعه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف دیوان مدنی در یابد که حکم محکمه ابتدائیه دیوان مدنی مطابق قانون است، می‌تواند حکم را تأیید نماید. در صورتی که احمد علیه قرار محکمه استیناف فرجام خواهی نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می‌تواند بررسی نماید که آیا فیصله محکمه استیناف مطابق قانون و شریعت است یا نه.

(۲) هرگاه دیوان مذکور به اثر غور مطمئن گردد که حکم محکمه تحتانی مطابق قانون و احکام شریعت اسلام صادر گردیده است شکایت و اعتراض را رد و به تنفیذ حکم نهایی قرار صادر می‌نماید. غور در لغت به معنی دقت است. تعریف تحتانی، شکایت، اعتراض و حکم نهایی گذشت. تنفیذ از ریشه نقد گرفته شده است که در لغت به معنی اجراء کردن و انجام دادن است.<sup>۷۶</sup> در اصطلاح حقوقی به اجراء و تطبیق کردن قانون و حکم تنفیذ می‌گویند. به حیث مثال، اگر شهرداری زمین احمد را استملاک نماید و قیمت عادلانه به احمد بپردازد و احمد در دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه ذیصلاح محکوم علیه قرار گیرد و در دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح شکایت نماید و دیوان حقوق عامه محکمه استیناف ذیصلاح حکم دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می‌تواند فیصله محکمه استیناف را مشروط بر این که مطابق قانون و شرع صادر شده باشد تأیید، شکایت یا اعتراض را رد و به تنفیذ حکم نهایی قرار صادر نماید.

(۳) هرگاه در نتیجه غور دیوان مربوط ستره محکمه ثابت گردد که در احکام نهایی محاکم تحتانی تخطی قانونی صورت گرفته فیصله را نقض و حالات آن را با دلایل تصریح نموده غرض صدور فیصله مجدد به محکمه تحتانی ارجاع می‌نماید. تعریف تحتانی، تخطی، فیصله و نقض گذشت. به حیث مثال، اگر در دو مثال بالا دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه دریابد که در حکم محکمه استیناف تخطی قانونی صورت گرفته است، باید فیصله را نقض و قضیه را دوباره به محکمه استیناف غرض فیصله مجدد ارجاع دهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت های دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است. نص این ماده حصری به نظر می‌رسد زیرا ق. ا. م. م در نص این ماده صلاحیت های دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه را حصر کرده است.

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت فاریاب:

اجراآت محاکم استیناف و دیوان ستره محکمه طبق احکام مواد (۴۰۲، ۴۰۱) و (۴۶۸) قانون اصول محاکمات مدنی در رابطه به نقض و یا تأیید فیصله های محاکم تحتانی توسط قرار قضائی چگونه است؟



**توضیح:** دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه فیصله ها و قرار های صادره محاکم استیناف را از لحاظ قانونیت و مطابقت با احکام شریعت طبق حکم بند اول ماده (۴۵۱) قانون اصول محاکمات مدنی مورد ارزیابی قرار می دهد. هرگاه در اثر غور و دقت ثابت شود که در صدور فیصله ها و قرار های متذکره تخطی قانونی به عمل آمده آنها را نقض و غرض صدور فیصله مجدد به محاکم تحتانی ارجاع می نماید. در صورتی که قرار مؤیده دیوان مدنی و حقوق عامه محکمه استیناف توسط دیوان مربوط ستره محکمه نقض گردد و علت نقض خلأ و نواقص موجود در فیصله ابتدائیه باشد دیوان مربوط محکمه استیناف مکلف است که فیصله صادره محکمه تحتانی را نقض نموده با ارسال یک مکتوب محکمه مذکور را مطلع بسازد و خودش اقدام به صدور فیصله مجدد نماید در باره مجلد ساختن قرار ها به مانند کتب وثایق مقام با صلاحیت ستره محکمه با در نظر داشت امکانات محاکم هدایت لازم و مقتضی صادر خواهند فرمود.<sup>۴۷۷</sup>

#### ماده ۴۵۲: اسباب بطلان و نقض در مرحله نهایی

«موجبات بطلان احکام نهایی محاکم تحتانی مندرج ماده (۳۹۹) و اسباب نقض مندرج ماده (۴۰۰) این قانون در مرحله رسیدگی به احکام نهایی محاکم تحتانی از نظر قانونیت نیز قابل تطبیق می باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۳۹۹ و ۴۰۰ ق. ا. م. است. طبق نص این ماده موجبات بطلان احکام نهایی محاکم تحتانی مندرج ماده (۳۹۹) و اسباب نقض مندرج ماده (۴۰۰) این قانون در مرحله رسیدگی به احکام نهایی محاکم تحتانی از نظر قانونیت نیز قابل تطبیق می باشد. موجبات جمع موجبه است. موجبه در لغت به معنی سبب، علت و باعث است.<sup>۴۷۸</sup> تعریف بطلان، تحتانی و نقض گذشت. تفصیل اسباب نقض و بطلان در ذیل مواد ۳۹۹ و ۴۰۰ ق. ا. م. م گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی اسباب نقض و بطلان حکم محاکم استیناف توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه و جلوگیری از تکرار این احکام است.

#### ماده ۴۵۳: نقض حکم محاکم استیناف بدون شکایت شاکی

«رسیدگی به احکام نهایی محاکم تحتانی نسبت عدم قناعت در دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه به تقدیم اعتراض موقوف نبوده احکام مذکور در صورت موجودیت نواقص قانونی نقض می گردد.»

طبق نص این ماده رسیدگی به احکام نهایی محاکم تحتانی نسبت عدم قناعت در دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه ستره محکمه به تقدیم اعتراض موقوف نبوده احکام مذکور در صورت موجودیت نواقص قانونی نقض می گردد. طبق نص این ماده همین که مستأنف علیه نسبت به حکم محکمه استیناف قانع نباشد، بدون این که شکایت کند در صورتی که در حکم محکمه استیناف نواقص قانونی وجود داشته باشد، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند حکم محکمه استیناف را نقض نماید.

۴۷۷. محمد عثمان ژوبل (۱۲- ۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۲۷ و ۱۲۸.

نص این ماده مجمل است و قابل توصیه است نص این ماده تکمیل گردد. زیرا در صورت عدم شکایت محکوم علیه غیر قانونی، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در صورتی که فیصله را مورد رسیدگی قرار ندهد از نواقص قانونی فیصله آگاه نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در خصوص نقض حکم محکمه استیناف بدون این که محکوم علیه غیر قانع شکایت نماید است.

#### ماده ۴۵۴: استناد به استناد تقنینی نافذ حین صدور حکم

«در نقض فیصله به دلیل مخالفت آن با احکام قانون به اسناد تقنینی اعتبار داده می شود که حین صدور حکم محکمه تحتانی نافذ بوده است.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در نقض فیصله به دلیل مخالفت آن با احکام قانون به اسناد تقنینی اعتبار داده می شود که حین صدور حکم محکمه تحتانی نافذ بوده است. تعریف نقض در بالا گذشت. اسناد تقنینی در مفهوم عام شامل قانون اساسی، قانون عادی، فرمان تقنینی، مقرر، لایحه و طرز العمل می شود. تعریف حکم و تحتانی قبلاً گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد در زمین خویش معدن پیدا نماید و دولت طبق قانون استملاک و معادن این زمین را استملاک و معدن را تصرف نماید اما احمد علیه دولت اقامه دعوی نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه ببازد و استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه را تأیید نماید اما دیوان های حقوق عامه محاکم ابتدائیه و استیناف به قوانین غیر مرتبط استناد نموده باشند و احمد علیه حکم دیوان حقوق عامه محکمه استیناف فرجام خواهی نماید و در جریان این مدت قانون استملاک و قانون معادن ملغی و قوانین جدید استملاک و معادن نافذ شوند، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در نقض حکم باید به قوانین معادن و استملاک که در زمان صدور حکم توسط دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه و استیناف نافذ بوده اند استناد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم استناد به اسناد تقنینی نافذ در زمان صدور حکم توسط محکمه ابتدائیه و استیناف است.

#### ماده ۴۵۵: لزوم استدعای جدید به محکمه استیناف در صورت نقض حکم محکمه استیناف توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه

«تجدید رسیدگی فیصله نقض شده به امر دیوان مربوط ستره محکمه در محاکم تحتانی موقوف به تقدیم استدعا و عریضه جدید نمی باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده تجدید رسیدگی فیصله نقض شده به امر دیوان مربوط ستره محکمه در محاکم تحتانی موقوف به تقدیم استدعا و عریضه جدید نمی باشد. تجدید در لغت به معنی از نو کردن و از سر گرفتن است.<sup>۴۷۹</sup> تعریف فیصله، نقض، تحتانی، استدعا و عریضه گذشت. موقوف در لغت به معنی وابسته است.<sup>۴۸۰</sup>

479. Ibid, (Last visit: 3, 1, 2018).

480. Ibid, (Last visit: 3, 1, 2018).

به حيث مثال، اگر احمد در زمين خويش معدن پيدا نمايد و دولت طبق قانون استملاک و معادن اين زمين را استملاک و معدن را تصرف نمايد اما احمد عليه دولت اقامه دعوى نمايد و دعوى را در محکمه ابتدائيه ببازد و استيناف خواهى نمايد و محکمه استيناف حکم ديوان حقوق عامه محکمه ابتدائيه را تأييد نمايد اما ديوان هاى حقوق عامه محاکم ابتدائيه و استيناف به قوانين غير مرتبط استناد نموده باشند و احمد عليه حکم ديوان حقوق عامه محکمه استيناف فرجام خواهى نمايد و ديوان قضايائى مدنى و حقوق عامه ستره محکمه حکم ديوان حقوق عامه محکمه استيناف را نقض نمايد و به منظور رسيدگي مجدد حکم را به ديوان حقوق عامه محکمه استيناف بفرستد، رسيدگي مجدد فيصله وابسته به تقديم استدعاى جديد توسط احمد نيست. به نظر مى رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص اين ماده پيش بينى حکم عدم لزوم استدعاى جديد به محکمه استيناف در صورت نقض حکم محکمه استيناف توسط ديوان قضايائى مدنى و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۵۶: اعتراضات خارج از موضوع فيصله

«اعتراضات خارج از موضوع فيصله محکمه در مرحله فرجام رسي قابل رسيدگي نبوده دعوى جديد پنداشته مى شود.»

در نص اين ماده يك قاعده وجود دارد. طبق اين قاعده اعتراضات خارج از موضوع فيصله محکمه در مرحله فرجام رسي قابل رسيدگي نبوده دعوى جديد پنداشته مى شود. اعتراضات جمع اعتراف است که تعريف آن گذشت.

به حيث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا براي احمد در مدت يك سال هتل احداث نمايد اما محمود هتل را در موعد مقرر احداث ننمايد و احمد عليه محمود دعوى جبران خسارت كسر عوايد نمايد و دعوى را در محکمه ابتدائيه و استيناف ببازد و به ديوان قضايائى مدنى و حقوق عامه ستره محکمه اعتراض نمايد و در اعتراض خويش علاوه بر پرداخت جبران خسارت كسر عوايد، ادعا نمايد که محمود صد لک افغانى مديون من نيز است و در برابر تأخير پرداخت دين هر سال بايد سه فيصد جبران خسارت تأخير پرداخت دين را مطابق ق. م به احمد پرداخت نمايد، دعوى پرداخت تأخير دين که مشمول فيصله محکمه ابتدائيه مدنى و استيناف نبود، قابل رسيدگي نيست و دعوى جديد پنداشته مى شود. به نظر مى رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص اين ماده پيش بينى حکم اعتراضاتى است که مشمول حکم محکمه ابتدائيه و استيناف نبوده است.

#### ماده ۴۵۷: فرجام رسي دعوى حادث

«احكامى که در دعوى حادث در ضمن دعوى اصلى صادر مى گردد قبل از فيصله دعوى اصلى قابل فرجام رسمى نمى باشد.»

در نص اين ماده يك قاعده وجود دارد. طبق اين قاعده احكامى که در دعوى حادث در ضمن دعوى اصلى صادر مى گردد قبل از فيصله دعوى اصلى قابل فرجام رسمى نمى باشد. تعريف دعوى اصلى و

دعوی حادث در فصل اول و ماده ۲۲۶ گذشت. به حیث مثال، در صورتی که متعهد تعهد خویش را ایفا ننماید، داین می تواند علاوه بر فسخ، در صورت لزوم، جبران خسارت را از مدیون مطالبه نماید. به حیث مثال، هرگاه احمد به محمود موتر را فروش رسانیده و موتر را به محمود انتقال داده باشد و محمود تعهد خویش را ایفا ننماید و علاوه بر عدم دادن پول موتر به احمد، با موتر رانندگی نماید و موتر را استهلاک نماید و احمد در نخست فسخ عقد را مطالبه نماید و سپس پرداخت جبران خسارت مالی را. در این مثال، دعوی فسخ دعوی اصلی و دعوی پرداخت جبران خسارت که متولد از دعوی فسخ است، دعوی حادث است.

محکمه مکلف است دعوی جبران خسارت را در ضمن دعوی فسخ عقد حل و فصل و فیصله صادر نماید. اگر احمد در خصوص دعوی حادث و دعوی اصلی استیناف خواهی و سپس فرجام خواهی نماید، شرط است که دعوی اصلی اول و سپس دعوی حادث در محاکم ابتدائیه و استیناف فیصله شده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم فرجام خواهی در خصوص دعوی حادث است.

#### ماده ۴۵۸: توقف تنفیذ احکام محاکم در صورت فرجام خواهی

(فرجام خواهی، تنفیذ احکام متعلق به فیصله محکمه تحتانی را متوقف می سازد.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده فرجام خواهی، تنفیذ احکام متعلق به فیصله محکمه تحتانی را متوقف می سازد. تعریف فرجام خواهی و تنفیذ گذشت. متوقف در لغت به معنی معطل و ایستاده است.<sup>۴۸۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت دو صد لک افغانی دین را نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف ببرد و محمود علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نماید، تنفیذ تطبیق حکم محکمه استیناف به دلیل نهایی نبودن متوقف می گردد تا این که محمود در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بازنده یا برنده دعوی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم توقف تنفیذ احکام محاکم در صورت فرجام خواهی است.

#### ماده ۴۵۹: جلب طرفین دعوی

(دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حین رسیدگی احکام نهایی محاکم تحتانی از نظر قانونیت می تواند طرفین دعوی را جلب نماید.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حین رسیدگی احکام نهایی محاکم تحتانی از نظر قانونیت می تواند طرفین دعوی را جلب نماید. تعریف قضیه، تحتانی و جلب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت دو صد

لک افغانی دین را نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف ببرد و محمود علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نماید، تنفیذ تطبیق حکم محکمه استیناف به دلیل نهایی نبودن متوقف می گردد تا این که محمود در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بازنده یا برنده دعوی شود. در این صورت، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند احمد و محمود را که طرفین دعوی اند جلب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. ا. م. در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۶۰: نقض حکم محکمه استیناف ولایت

«هرگاه از اثر استدعا و شکایت طرف دعوی دیوان مربوط ستره محکمه حکم دیوان محکمه ولایت را که متکی بر انقضای میعاد یا رد حق استیناف خواهی طرف دعوی صادر شده است نقض نماید موضوع را غرض دوران مجدد به دیوان محکمه تحتانی اعاده می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه از اثر استدعا و شکایت طرف دعوی دیوان مربوط ستره محکمه حکم دیوان محکمه ولایت را که متکی بر انقضای میعاد یا رد حق استیناف خواهی طرف دعوی صادر شده است نقض نماید موضوع را غرض دوران مجدد به دیوان محکمه تحتانی اعاده می نماید. تعریف استدعا در فصل اول گذشت. همچنین، تعریف شکایت، انقضاء و تحتانی گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید اما محکمه استیناف بدخشان اعتراض یا شکایت محمود را به دلیل مرور زمان رد نماید یا حق استیناف خواهی محمود را رد نماید و محمود در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه فرجام خواهی نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه در صورتی حکم محکمه استیناف را نقض نماید، می تواند دعوی را به منظور دوران مجدد به محکمه تحتانی اعاده نماید. قانونگذار ا. ا. م. در نص این ماده از محکمه ولایت و دیوان محکمه تحتانی سخن می گوید. به نظر می رسد منظور از هر دو دیوان مربوطه محکمه استیناف ولایت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. ا. م. در نص این ماده پیش بینی اثر نقض حکم محکمه استیناف ولایت است.

#### ماده ۴۶۱: بررسی قانونیت حکم محکمه ابتدائیه

«هرگاه قرار یا حکم انقضای میعاد که از دیوان مربوط محکمه ولایت صادر شده قابل نقض نباشد و شاکی صرف بر قانونیت فیصله محکمه اول اعتراض یا شکایت داشته باشد محکمه ولایت قضیه را از نظر قانونیت رسیدگی می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه قرار یا حکم انقضای میعاد که از دیوان مربوط محکمه ولایت صادر شده قابل نقض نباشد و شاکی صرف بر قانونیت فیصله محکمه اول اعتراض یا شکایت داشته باشد محکمه ولایت قضیه را از نظر قانونیت رسیدگی می نماید. تعریف قرار، فیصله، انقضاء، نقض، اعتراض و شاکی گذشت.

به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان در موعد استیناف خواهی، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف بدخشان اعتراض یا شکایت محمود را مورد رسیدگی قرار دهد و محمود در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه به دلیل عدم رعایت قانونیت توسط محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم فرجام خواهی نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه می تواند صرف فیصله محکمه ابتدائیه را از نظر قانونیت مورد رسیدگی قرار دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم صرف بررسی قانونیت حکم محکمه ابتدائیه توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۶۲: نقض فیصله محکمه استیناف برای بار دوم

«هرگاه دیوان مربوط محکمه ولایت مخالف تصمیم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم صادر نماید و دیوان موصوف فیصله دومی محکمه ولایت را قابل نقض تشخیص نماید هیأت کامل قضایای مدنی ستره محکمه به موضوع رسیدگی می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه دیوان مربوط محکمه ولایت مخالف تصمیم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم صادر نماید و دیوان موصوف فیصله دومی محکمه ولایت را قابل نقض تشخیص نماید هیأت کامل قضایای مدنی ستره محکمه باید به موضوع رسیدگی نماید.

به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید اما محکمه استیناف بدخشان اعتراض یا شکایت محمود را به دلیل مرور زمان رد نماید یا حق استیناف خواهی محمود را رد نماید و محمود در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه فرجام خواهی نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه در صورتی حکم محکمه استیناف را نقض نماید، می تواند دعوی را به منظور دوران مجدد به محکمه تحتانی اعاده نماید.

اگر دیوان مدنی یا حقوق عامه محکمه استیناف ولایت مخالف حکم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه دوباره حکم صادر نماید، هیأت کامل قضایی دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه ستره محکمه باید موضوع را مورد رسیدگی قرار دهد. نص این ماده مجمل است و قانونگذار ا. م. م در نص این ماده در خصوص ترکیب این هیأت ساکت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم صدور حکم دوباره توسط دیوان مدنی و حقوق عامه محکمه استیناف ولایت در خصوص قضیه ای که توسط دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه ستره محکمه نقض شده است می باشد.

#### ماده ۴۶۳: تأیید حکم دومی دیوان حقوق عامه و مدنی محکمه استیناف

«هرگاه دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بعد از صدور فیصله دومی دیوان مربوط محکمه تحتانی به دلایل اقامه شده قانع شود به تنفیذ حکم قرار صادر می نماید.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده مُکمل قاعده مندرج در ماده ۴۶۲ ق. ا. م. م است. طبق این قاعده هرگاه دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بعد از صدور فیصله دومی دیوان مربوط محکمه تحتانی به دلایل اقامه شده قانع شود به تنفیذ حکم قرار صادر می نماید. تعریف فیصله، تحتانی و تنفیذ گذشت.

به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را نماید در محکمه ابتدائیه و لسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه و لسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید اما محکمه استیناف بدخشان اعتراض یا شکایت محمود را به دلیل مرور زمان رد نماید یا حق استیناف خواهی محمود را رد نماید و محمود در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه فرجام خواهی نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه در صورت حکم محکمه استیناف را نقض نماید، می تواند دعوی را به منظور دوران مجدد به محکمه تحتانی اعاده نماید.

اگر دیوان مدنی یا حقوق عامه محکمه استیناف ولایت مخالف حکم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه دوباره حکم صادر نماید، هیأت کامل قضایی دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه ستره محکمه باید موضوع را مورد رسیدگی قرار دهد. اگر دیوان مدنی محکمه استیناف ولایت بدخشان دوباره در خصوص دعوی مهر حکم صادر نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه به دلایل اقامه شده توسط دیوان حقوق مدنی محکمه استیناف بدخشان قانع شود، می تواند به تنفیذ حکم قرار صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۶۴: نقض قرار محکمه ابتدائیه توسط محکمه استیناف

«قرار محکمه ولایت مبنی بر نقض حکم محکمه تحتانی و اعاده دعوی به محکمه مذکور قابل فرجام خواهی به دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه نمی باشد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قرار محکمه ولایت مبنی بر نقض حکم محکمه تحتانی و اعاده دعوی به محکمه مذکور قابل فرجام خواهی به دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه نمی باشد. تعریف قرار، نقض، تحتانی، اعاده و فرجام خواهی گذشت. به حیث مثال، محکمه ابتدایی و لسوالی پغمان صلاحیت رسیدگی به دعوی ای را که در ولسوالی شکرده واقع شده است ندارد بلکه از نظر حوزه ای این صلاحیت را صرف محکمه ابتدائیه و لسوالی شکرده دارد.

بنابراین، اگر حمیده که اقامتگاه او در ولسوالی شکرده است، دعوی طلاق را در محکمه ابتدائیه و لسوالی پغمان اقامه نماید و محکمه ابتدائیه و لسوالی پغمان بعد از بررسی صلاحیت حوزه ای، قرار رد دعوی را صادر نماید و حمیده علیه قرار محکمه و لسوالی پغمان در محکمه استیناف در کابل استیناف خواهی نماید و دیوان حقوق مدنی محکمه استیناف کابل رسیدگی قرار محکمه ابتدائیه و لسوالی پغمان

را نقض نماید و دعوی را دوباره به محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان اعاده نماید، حمیده نمی تواند در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه فرجام خواهی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حکم عدم صلاحیت دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مبنی بر بررسی قرار محکمه استیناف است.

#### ماده ۴۶۵: اشتباه جزئی و شکلی در فیصله محاکم تحتانی

«هرگاه فیصله محکمه تحتانی عاری از نقض و بطلان بوده و صرف دارای نواقص جزئی و شکلی باشد فیصله غرض اصلاح به محکمه صادر کننده حکم اعاده می شود. در این صورت به تجدید دعوی و احضار شهود لزوم ندارد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) هرگاه فیصله محکمه تحتانی عاری از نقض و بطلان بوده و صرف دارای نواقص جزئی و شکلی باشد فیصله غرض اصلاح به محکمه صادر کننده حکم اعاده می شود. تعریف فیصله، تحتانی، عاری، نقص و بطلان و اعاده گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تأیید قرار دهد و محمود علیه فیصله محکمه استیناف بدخشان فرجام خواهی نماید و فیصله محکمه استیناف عاری از اسباب نقص و بطلان حکم که تفصیل هر دو گذشت باشد، اما فیصله دارای نواقص جزئی و شکلی باشد، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مکلف است فیصله را غرض اصلاح نواقص جزئی و شکلی به محکمه استیناف ولایت بدخشان اعاده نماید.

۲) در این صورت تجدید دعوی و احضار شهود لزوم ندارد. تعریف تجدید، احضار و شهود گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا، ضرورت به تجدید دعوی و احضار شهود نیست و محکمه استیناف نباید دعوی را از سر رسیدگی نماید یا شهود را احضار نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی اثر اشتباهات شکلی و جزئی در فیصله های محاکم استیناف است.

#### ماده ۴۶۶: مطالبه اصل اوراق توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه

«دیوان فرجام رسی می تواند اصل اوراق را که طرفین دعوی به محکمه تحتانی تقدیم نموده است غرض ملاحظه مطالبه نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده مکمل قاعده مندرج در ماده ۴۶۵ ق. ا. م. م است. طبق این قاعده دیوان فرجام رسی می تواند اصل اوراق را که طرفین دعوی به محکمه تحتانی تقدیم نموده است غرض ملاحظه مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تأیید قرار دهد و محمود علیه فیصله



محکمه استیناف بدخشان فرجام خواهی نماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند اصل اوراق را از محکمه استیناف مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۶۷: عدم تقدیم اعتراض و عدم حضور فرجام خواه در مدت یک ماه

«هرگاه فرجام خواه بدون عذر موجه در ظرف یکماه از ورود قضیه اعتراض خود را به دیوان فرجام رسی تقدیم نکند و یا خود حاضر نشود قرار قضایی مبنی بر تنفیذ و یا نقض فیصله محکمه تحتانی صادر می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه فرجام خواه بدون عذر موجه در ظرف یکماه از ورود قضیه اعتراض خود را به دیوان فرجام رسی تقدیم نکند یا خود حاضر نشود قرار قضایی مبنی بر تنفیذ یا نقض فیصله محکمه تحتانی صادر می گردد. تعریف عذر، موجه، قضیه، اعتراض، قرار، تنفیذ و نقض گذشت.

به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تأیید قرار دهد و محمود علیه فیصله محکمه استیناف بدخشان فرجام خواهی نماید، مکلف است در مدت یک ماده از تاریخ ورود قضیه اعتراض خویش را به دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تقدیم نماید.

در صورت عدم تقدیم بدون عذر موجه یا عدم حضور دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه دو صلاحیت دارد. اول این که قرار قضایی تنفیذ حکم را صادر نماید و دوم این که فیصله محکمه استیناف را نقض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۶۸: عناصر قرار دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه

«قرار صادره دیوان فرجام رسی حاوی مطالب ذیل می باشد:

- ۱- شهرت، پیشه و محل اقامت طرفین دعوی.
- ۲- سبب تحریک دعوی.
- ۳- حکم محکمه تحتانی.
- ۴- خلاصه اعتراض و دلایل ارایه شده طرفین.
- ۵- اسباب تنفیذ.
- ۶- اسباب نقض و بطلان از نگاه قانونیت.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قرار دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه باید دربرگیرنده عناصر ذیل باشد:

۱) شهرت، پیشه و محل اقامت طرفین دعوی. به حیث مثال، در مثال بالا اگر دیوان قضایای مدنی حقوق عامه ستره محکمه قرار صادر نماید، این قرار باید در برگیرنده شهرت، پیشه و محل اقامت حمیده و احمد باشد.

۲) سبب تحریک دعوی. به حیث مثال، در مثال بالا اگر دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه قرار صادر نماید، این قرار باید در برگیرنده سبب تحریک دعوی حمیده علیه احمد باشد.

۳) حکم محکمه تحتانی. به حیث مثال، در مثال بالا اگر دیوان قضایای مدنی حقوق عامه ستره محکمه قرار صادر نماید، این قرار باید در برگیرنده حکم محکمه استیناف بدخشان باشد.

۴) خلاصه اعتراض و دلایل ارایه شده طرفین. به حیث مثال، در مثال بالا اگر دیوان قضایای مدنی حقوق عامه ستره محکمه قرار صادر نماید، این قرار باید در برگیرنده خلاصه اعتراض احمد و دلایل احمد و حمیده باشد.

۵) اسباب تنفیذ. تعریف اسباب و تنفیذ گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا اگر دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه قرار تنفیذ حکم محکمه استیناف بدخشان را صادر نماید، باید سبب تنفیذ را در قرار ذکر نماید.

۶) اسباب نقض و بطلان از نگاه قانونیت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه بخواهد قرار نقض یا بطلان حکم محکمه استیناف بدخشان را صادر نماید، باید اسباب نقض و بطلان حکم را که تفصیل آن گذشت در قرار ذکر نماید. نص این ماده حصری به نظر می رسد نه احصایی زیرا به نظر می رسد قانونگذار ا. م. م در نص این ماده همه عناصر قرار قضایی دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه را پیش بینی نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عناصر قرار دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۶۹: نقض و بطلان فیصله و قرار محکمه استیناف

(فیصله یا قراری که از دیوان فرجام رسی نقض و یا بطلان شده به محکمه حاکمه اعاده می گردد. محکمه که فیصله به آن احاله شده است مکلف است حکم و یا تصمیم فرجام رسی را با عین الفاظ و کلمات داخل فیصله دوم خود نماید. در عدم رعایت این امر فیصله را بار دوم نقض می گردد.)

از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱) فیصله یا قراری که از دیوان فرجام رسی نقض و یا بطلان شده به محکمه حاکمه اعاده می گردد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی پرداخت دو صد لک افغانی دین را نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف بیازد و محمود علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را به سبب اسباب نقض و بطلان که تفصیل آن گذشت نقض یا باطل نماید باید قرار و فیصله را به محکمه استیناف اعاده نماید.

۲) محکمه که فیصله به آن احاله شده است مکلف است حکم و یا تصمیم فرجام رسی را با عین الفاظ و کلمات داخل فیصله دوم خود نماید. به حیث مثال، در مثال بالا محکمه استیناف مکلف است حکم یا تصمیم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه را با عین ادبیات در فیصله خویش درج نماید.

۳) ضمانت اجرای عدم درج در بند سوم ماده ۶۹ ق. ا. م. م پیش بینی شده است که فیصله دوباره نقض می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه استیناف فیصله دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه را با عین ادبیات در فیصله دوم خویش درج ننماید، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند دوباره فیصله محکمه استیناف را نقض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر نقض و بطلان حکم و قرار محکمه استیناف است.

#### ماده ۴۷۰: اثر نقض حکم محاکم تحتانی نسبت به اشخاص ثالث

«هرگاه در یک دعوی محکوم علیه بیش از یک نفر باشد و در اثر فرجام خواهی یکی از آنها فیصله نقض گردد سایرین از این نقض استفاده کرده نمی توانند. موارد ذیل از این حکم مستثنی است:

۱- محکومیت اصیل و کفیل به تادیه دین.

۲- ترکه و تقسیم اراضی و اموال مشترک بین ورثه و شرکا.»

از نص این ماده یک قاعده و دو استثناء استنباط می گردد. اصل این است که هرگاه در یک دعوی محکوم علیه بیش از یک نفر باشد و در اثر فرجام خواهی یکی از آنها فیصله نقض گردد سایرین از این نقض استفاده کرده نمی توانند. به حیث مثال، اگر زمین احمد را شهرداری استملاک نماید و احمد علیه تصمیم شهرداری در دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه شکایت نماید و محکوم علیه قرار گیرد و استیناف خواهی نماید و دیوان حقوق عامه محکمه استیناف نیز حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم دیوان حقوق عامه محکمه استیناف را نقض نماید، صرف احمد می تواند از این نقض استفاده نماید. سایر اشخاص، به عنوان مثال، اشخاصی زمین آنها نیز توسط شهرداری استملاک گردیده است نمی توانند از این نقض استفاده نمایند. استثنائات این اصل قرار ذیل است:

۱) محکومیت اصیل و کفیل به تادیه دین. اصیل اسم فاعل از ریشه «اصل» گرفته شده است که در لغت به معنی با اصل و نجابت، ریشه دار، اصلمند، صاحب اصل و تبار، صاحب نسب و نیک نژاد است. در اصطلاح حقوق مدنی، اصیل شخصی است که مستقیماً و به صورت ذاتی صلاحیت اجرای یک عمل را داشته باشد.<sup>۴۸۲</sup> کفیل اسم فاعل از ریشه «کفل» گرفته شده است که در لغت به معنی پذیرفتار، متعهد، ذمه دار، عهده دار، سرپرست، ملتزم و نگهدار است. در اصطلاح فقهی و حقوقی کفیل کسی است که تعهد دیگری را بپذیرد.<sup>۴۸۳</sup> همچنین، کفیل شخصی است که ذمه خود را به ذمه شخص دیگر ضم نماید (ماده ۶۱۸ مجله الاحکام). به کفیل ضامن نیز گویند. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید از پرداخت دین احمد به محمود تضمین نموده باشد، احمد اصیل، محمود داین و جمشید کفیل است. اگر احمد منکر دین محمود شود و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه احمد را محکوم به پرداخت دین نماید و احمد حکم محکمه را نپذیرد و استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد علیه حکم محکمه

۴۸۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳۵.

۴۸۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۱۷.

استیناف فرجام خواهی نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را نقض نماید، اثر نقض متوجه احمد و جمشید می شود. در این صورت، اگر احمد بری گردد به تبع احمد جمشید نیز بری می گردد. زیرا، فرع در وجود و بقاء تابع اصل است.

۲) ترکه و تقسیم اراضی و اموال مشترك بين ورثه و شرکا. ترکه اموالی است که از مؤثر به جا می ماند. ترکه در نص این ماده در مفهوم تقسیم استعمال شده است که محل ایراد است و قابل توصیه است اصلاح گردد. به حیث مثال، اگر ده جریب زمین میان احمد و حمیده مشترک باشد یا احمد و حمیده در ده جریب زمین و دو باب دوکان شریک باشند و محمود ادعای ملکیت بر زمین و دوکان را در برابر احمد نماید و محکمه ابتدائیه احمد را محکوم به رد زمین و دوکان به جمشید نماید و احمد حکم محکمه ابتدائیه را نپذیرد و در محکمه استیناف شکایت نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید و احمد علیه حکم محکمه استیناف در دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه شکایت نماید و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را نقض نماید، اثر نقض متوجه احمد و حمیده می شود. در این صورت، نه تنها احمد بلکه حمیده هم از این نقض نفع می برد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر نقض حکم محاکم تحتانی نسبت به اشخاص ثالث است.

#### ماده ۴۷۱: اثر فوت محکوم علیه فرجام خواه

«هرگاه محکوم علیه محکمه مرافعه قبل از بررسی دیوان فرجام رسی فوت گردد، حقوق فرجام خواهی به ورثه انتقال می کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه محکوم علیه محکمه مرافعه قبل از بررسی دیوان فرجام رسی فوت گردد، حقوق فرجام خواهی به ورثه انتقال می کند. تعریف محکوم علیه در فصل اول گذشت. محکمه مرافعه مترادف محکمه استیناف است. تعریف مرافعه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد منکر دین محمود شود و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه احمد را محکوم به پرداخت دین نماید و احمد حکم محکمه را نپذیرد و استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد وفات نماید، ورثه احمد مانند زوجه، دختر، پسر، پدر و نظیر اینها می توانند علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نمایند. احمد در این مثال، محکوم علیه و دختر، پسر، پدر و نظیر اینهای احمد ورثه اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی اثر وفات محکوم علیه فرجام خواه است.

#### ماده ۴۷۲: عدم جواز فرجام خواهی علیه شخص ثالث

«محکوم علیه بالای شخص ثالث خارج از فیصله نمی تواند فرجام خواهی کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده محکوم علیه بالای شخص ثالث خارج از فیصله نمی تواند فرجام خواهی کند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود به طرف خانه من در مسافه کمتر از یک متر کلکین بزرگ باز نموده است و محکمه پس از استماع نظر اهل خبره مانند انجنیر ساختمانی ناحیه مربوطه دستور به مسدود نمودن کلکین نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد

و در محکمه استیناف مرافعه خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و محمود علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نماید، محمود می تواند صرف علیه احمد فرجام خواهی نماید نه انجنیر ساختمانی. زیرا، انجنیر ساختمانی شخص ثالث و خارج از فیصله است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی عدم جواز فرجام خواهی علیه شخص ثالث است.

#### ماده ۴۷۳: فوت محکوم علیه بعد از انقضای میعاد فرجام خواهی

«هرگاه محکوم علیه بعد از انقضای میعاد فرجام خواهی فوت گردد ورثه اش حق فرجام خواهی را ندارد. عذر موجه از این حکم مستثنی است.»

از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که هرگاه محکوم علیه بعد از انقضای میعاد فرجام خواهی فوت گردد ورثه اش حق فرجام خواهی را ندارد. طبق ماده ۴۳۷ ق. ا. م. م که تفصیل آن گذشت مدت فرجام خواهی دو ماه است. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد منکر دین محمود شود و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه احمد را محکوم به پرداخت دین نماید و احمد حکم محکمه را نپذیرد و استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و بعد از دو ماه احمد وفات نماید، ورثه احمد مانند زوجه، دختر، پسر، پدر و نظیر اینها نمی توانند علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نمایند. زیرا، در این صورت به دلیل مرور زمان مُسَقَطِ حق اقامه دعوی، حق دعوی ورثه احمد ساقط می گردد. استثنای این اصل این است که عذر موجه در این خصوص وجود داشته باشد. تعریف عذر و اعذار مرور زمان گذشت. به حیث مثال، اگر ورثه احمد غایب باشد یا ورثه احمد صغیر باشند یا محمود از جمله اشخاص متغلب باشد، طبق قواعد عمومی حاکم بر اعذار مرور زمان دعوی ورثه احمد تحت مرور زمان قرار نمی گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم وفات محکوم علیه بعد از انقضای میعاد فرجام خواهی است.

#### ماده ۴۷۴: عدم تزکیه شهود

«تزکیه نشدن شهود ملزمه فیصله را قابل غور دیوان فرجام رسی ساخته و باعث ارجاع آن به محکمه حاکمه می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده تزکیه نشدن شهود ملزمه فیصله را قابل غور دیوان فرجام رسی ساخته و باعث ارجاع آن به محکمه حاکمه می گردد. تفصیل تزکیه شهود در ذیل ماده ۳۳۷ ق. ا. م. م گذشت. همچنین، تعریف محکمه حاکمه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد منکر دین محمود شود و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و برای اثبات ادعا دو شاهد را در محکمه بی آورد و شاهدان بدون این که توسط محکمه تزکیه شوند شهادت بدهند و محکمه ابتدائیه احمد را محکوم به پرداخت دین نماید و احمد حکم محکمه را نپذیرد و استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ابتدائیه را تأیید نماید و احمد علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نماید دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه می تواند فیصله محکمه

استیناف را مورد غور قرار دهد و در صورت نقض آن را دوباره به محکمه استیناف اعاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم عدم تزکیه شهود و استیناف خواهی محکوم علیه است.

#### ماده ۴۷۵: بروز اختلاف در مورد انقضای مدت

«بروز اختلاف در مورد حق فرجام خواهی و یا انقضای میعاد باعث رسیدگی موضوع توسط دیوان فرجام رسی می گردد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده بروز اختلاف در مورد حق فرجام خواهی یا انقضای میعاد باعث رسیدگی موضوع توسط دیوان فرجام رسی می گردد. تعریف انقضا و میعاد گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تأیید قرار دهد و محمود علیه قرار محکمه استیناف بدخشان فرجام خواهی نماید، اما در خصوص انقضای میعاد مرور زمان میان حمیده و محمود اختلاف ایجاد شود، دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است.

#### ماده ۴۷۶: رسیدگی دیوان فرجام رسی

«دیوان فرجام رسی رسیدگی خود را در قضیه حسب ذیل انجام می دهد:

۱- بررسی قوت و ضعف دلایل طرفین دعوی.

۲- بررسی قوت و ضعف دلایل مندرج در حکم محکمه تحتانی.»

در نص این ماده دو قاعده وجود دارد. طبق این قاعده دیوان فرجام رسی رسیدگی خود را در قضیه حسب ذیل انجام می دهد:

(۱) بررسی قوت و ضعف دلایل طرفین دعوی. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تأیید قرار دهد و محمود علیه قرار محکمه استیناف بدخشان فرجام خواهی نماید، دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه ستره محکمه مکلف است قوت و ضعف دلایل حمیده و محمود را بررسی نماید.

(۲) بررسی قوت و ضعف دلایل مندرج در حکم محکمه تحتانی. به حیث مثال، در مثال بالا دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه مکلف است قوت و ضعف دلایل مندرج در قرار محکمه استیناف را بررسی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی دیوان فرجام رسی ستره محکمه است.

#### ماده ۴۷۷: ذکر دلایل طرفین، مواد قانون و حکم شریعت در فیصله

«محاکم تحتانی مکلف اند دلایل دست داشته طرفین دعوی و دلایل حکم خود را مستند با ذکر مواد قانونی و جزئیات شریعت اسلامی به صورت واضح در فیصله درج نمایند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده محاکم تحتانی مکلف اند دلایل دست داشته طرفین دعوی و دلایل حکم خود را مستند با ذکر مواد قانونی و جزئیات شریعت اسلامی به صورت واضح در فیصله درج نمایند. تعریف تحتانی گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تأیید قرار دهد محکمه ابتدائیه و استیناف مکلف اند دلایل حمیده و محمود، دلایل حکم و مواد قانونی و حکم شریعت اسلامی را به صورت واضح در فیصله ذکر نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محاکم تحتانی است.

#### ماده ۴۷۸: تردید و قبول اعتراضات

«تردید و یا قبول اعتراضات فرجام خواه با توجه به دلایل و اسناد ارایه شده ماده به ماده در قرار درج می گردد.»

نص این ماده مبهم به نظر می رسد و معنی صحیح را افاده نمی کند. عبارت قبول اعتراضات فرجام خواه در نص این ماده زاید به نظر می رسد و معنی صحیح را افاده نمی کند. زیرا اگر فرجام خواه محکمه استیناف را قبول می نمود در دیوان مدنی و قضایای حقوق عامه فرجام خواهی نمی کرد. قابل توصیه است این بخش نص این ماده اصلاح گردد. همچنین، تردید اعتراضات در نص این ماده مبهم به نظر می رسد و روشن نیست که منظور از تردید اعتراضات فرجام خواه، تردید در خصوص حکم محکمه استیناف است یا سایر اعتراضات. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده روشن نیست.

#### ماده ۴۷۹: قرار و فیصله های غیر قابل فرجام رسی

«قرار و فیصله های صادره محکمه تحتانی در موارد ذیل غیر قابل فرجام رسی است:

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

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

۳- حکم حکمی که طرفین به رضایت خود بر قاطعیت حکم اقرار و حکم درج وثیقه شرعی شده باشد.»

طبق نص این ماده قرار و فیصله های صادره محکمه تحتانی در موارد ذیل غیر قابل فرجام رسی است. تعریف قرار و فیصله و تحتانی گذشت:

(۱) احکامی که مستند به اقرار صریح و یا ابراء بوده و فرجام خواه صرف از اقرار یا ابراء حضوری خود انکار و دلایل قوی که وثیقه را مشبوه بسازد موجود نباشد. تعریف اقرار، صریح، ابراء و وثیقه گذشت. مشبوه در لغت به معنی مشکوک است.<sup>۴۸۴</sup> در اصطلاح حقوقی مشبوه امری است که محل شک و تردید است. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و برای این دین وثیقه یا سند ترتیب گردد و پس از اثبات دین محکمه ابتدائیه مدنی محمود را محکوم به پرداخت دین نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و استیناف خواهی نماید و در محکمه استیناف محمود به صورت صریح اقرار نماید، محمود نمی تواند علیه قرار یا فیصله محکمه استیناف فرجام خواهی نماید و پس از آن از اقرار خویش انکار نماید و دلیلی هم وجود نداشته باشد که وثیقه دین میان احمد و محمود را مشبوه بسازد. همچنین، اگر در این مثال در مرحله استینافی احمد محمود را ابراء دهد و برای آن ابراء خط ترتیب نماید و پس از ابراء انکار نماید و دلیلی هم وجود نداشته باشد که سند مشبوه است، احمد نمی تواند علیه حکم و قرار محکمه استیناف فرجام خواهی نماید. این اصل است. استثنای این اصل موجودیت شهود نفی متواتر بر عدم حضور و عدم اقرار است. تعریف شهود گذشت. متواتر در لغت به معنی پی در پی است.<sup>۴۸۵</sup> نص این استثناء مبهم است و به نظر می رسد که معنی درست را افاده نمی نماید مخصوصاً عبارت نفی متواتر. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.


(۲) سقوط حق فرجام خواهی به اثر قناعت طرفین که شکل رسمی را حاصل نموده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد یا محمود به حکم یا قرار محکمه استیناف قناعت نماید، احمد یا محمود نمی توانند علیه قرار و حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نمایند.

(۳) حکم حکمی که طرفین به رضایت خود بر قاطعیت حکم اقرار و حکم درج وثیقه شرعی شده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد یا محمود به قطعیت حکم حکم اقرار و حکم درج وثیقه گردد، احمد و محمود نمی توانند علیه حکم محکمه استیناف فرجام خواهی نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی حالاتی که است که در آن ها فرجام خواهی جواز ندارد.

484. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 10/15/2019).

485. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید).



باب چهارم: اجراءات در ديوان ... - فصل چهارم: رسيدگي به احكام نهايي...  ۳۹۵



## باب پنجم: تجدید نظر بر فیصله ها و قرار های نهایی در قضایای مدنی و حقوق عامه

قانونگذار ا. م. م در باب پنجم طی فصل اول و فصل دوم احکام تجدید نظر را بر فیصله ها و قرار های نهایی محاکم در قضایای مدنی و حقوق عامه پیش بینی نموده است. این باب دارای دو فصل است. فصل اول تجدید نظر و فصل دوم اجراءات تجدید نظر.

### فصل اول: تجدید نظر

قانونگذار ا. م. م در فصل اول باب پنجم احکام مربوط به تجدید نظر را طی مواد ۴۸۰ الی ۴۸۲ تنظیم نموده است.

#### ماده ۴۸۰: اعتراض قاضی القضاة، لوی خارنوال و متضرر در صورت ظهور دلایل جدید

«قاضی القضاة، لوی خارنوال و متضرر هر يك می تواند به سبب ظهور دلایل جدید بر قرار یا فیصله های نهایی محاکم اعتراض نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قاضی القضاة، لوی خارنوال و متضرر هر يك می تواند به سبب ظهور دلایل جدید بر قرار یا فیصله های نهایی محاکم اعتراض نماید. تعریف اعتراض گذشت. متضرر شخصی است که ضرر مالی یا جانی متوجه او شده باشد. اعتراض لوی خارنوال در دعوی مدنی بسیار توجیه پذیر نیست. زیرا لوی خارنوال و خارنوال از ارکان دعوی مدنی نیست چون در دعوی مدنی حق اجتماع یا دولت مطرح نیست تا لوی خارنوال یا خارنوال به نمایندگی از اجتماع یا دولت اقامه دعوی یا استیناف خواهی نماید. به نظر می رسد مصداق دخالت لوی خارنوال و خارنوال را در دعوی حقوق می توان مشاهده نمود.

به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را آتش بزند و در نتیجه خانه محمود کاملاً منهدم گردد و احمد علیه محمود اقامه دعوی پرداخت جبران خسارت خانه نماید اما به دلیل نداشتن وسایل اثبات نتواند ادعا را ثابت نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف و دیوان مربوطه ستره محکمه بیازد و سپس دو شاهد پیدا نماید که شهادت بدهند که محمود خانه احمد را آتش زده است، احمد، قاضی القضاة و لوی خارنوال می توانند بر قرار و فیصله های محاکم ابتدائیه، استیناف و دیوان مربوطه ستره محکمه اعتراض نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی جواز تجدید نظر و اشخاصی که صلاحیت اعتراض را دارند است.

### ماده ۴۸۱: مرجع ذیصلاح تجدید نظر

«تجدید نظر بر فیصله یا قرارهای نهایی محاکم از صلاحیت شورای عالی ستره محکمه می باشد.».

نص این ماده مرتبط به ماده ۴۸۰ ق.ا.م.م است. ماده ۴۸۰ ق.ا.م اشخاصی را که صلاحیت تقاضای تجدید نظر را دارند شناسایی نموده است و ماده ۴۸۱ ق.ا.م.م مرجع که صلاحیت تجدید نظر را دارد شناسایی کرده است. بنابراین، مرجع ذیصلاح تجدید نظر شورای عالی ستره محکمه است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا قاضی القضاة، متضرر یا لوی خانونوال به دلیل ظهور دلایل جدید بر فیصله و قرار دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه اعتراض نمایند، مرجع رسیدگی این اعتراض شورای عالی ستره محکمه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا.م.م در نص این ماده پیش بینی شناسایی مرجع ذیصلاح تجدید نظر است.

### ماده ۴۸۲: اسباب تجدید نظر

«موارد تجدید نظر قرارذیل است:

- ۱- ثبوت کذب شهادت شهود.
- ۲- ثبوت کذب استنتاج اهل خبره.
- ۳- ثبوت جعل و تزویر در اسناد و مدارک اثباتیه.
- ۴- ثبوت ترجمه نادرست مترجم که در حکم موثر باشد.
- ۵- ارایه سند مثبت از طرف محکوم علیه که هنگام اصدار حکم موجود نباشد.
- ۶- سایر علل جدید که برای محکمه حین بررسی موضوع معلوم نبوده و بعد از اصدار حکم واضح و یا در حین رسیدگی اصلاح مطمح نظر قرار نگرفته باشد و علل متذکره فوق موجب لغو حکم شده بتواند.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده اسباب تجدید نظر قرار ذیل اند:

- (۱) ثبوت کذب شهادت شهود. ثبوت در لغت به معنی ثابت شده است. کذب در لغت به معنی دروغ است. در اصطلاح حقوق مدنی، کذب عبارت است از اخبار خلاف واقعیت.<sup>۴۸۶</sup> تعریف شهادت و شهود در فصل وسایل اثبات گذشت. به حیث مثال، اگر محمود ادعا نماید که احمد خانه او را آتش زده است و در نتیجه خانه محمود کاملاً منهدم گردد و محمود علیه احمد اقامه دعوی پرداخت جبران خسارت خانه نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه، استیناف و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه ببرد اما سپس ثابت شود که شاهدان محمود علیه احمد به دروغ شهادت داده بوده اند، احمد می تواند بر فیصله و قرار دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه اعتراض و مطالبه نظر نماید.
- (۲) ثبوت کذب استنتاج اهل خبره. تعریف اهل خبره در فصل اول گذشت. استنتاج در لغت به معنی نتیجه گیری و برداشت است.<sup>۴۸۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای بستن کلین و نیز ادعای این که قسمت از زمین محمود متعلق به احمد است را نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه، استیناف و

۴۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۹۶.  
 ۴۸۷. (آخرین بازدید 31/8/2016) <https://www.vajehyab.com>

دیوان قضای مدنی بیازد و ثابت نماید که اهل خبره مانند انجنیر ناحیه مربوط در نتیجه گیری خویش خلاف واقعیت بوده اند، احمد می تواند از شورای عالی ستره محکمه مطالبه تجدید نظر نماید.

۳) ثبوت جعل و تزویر در اسناد و مدارک اثباتیه. تعریف جعل و تزویر و مدارک اثباتیه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب و برای آن اسناد رسمی بسازد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید و دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف بیازد و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را تأیید نماید، در صورت ثبوت جعل و تزویر اسناد توسط احمد، محمود می تواند از شورای عالی ستره محکمه مطالبه تجدید نظر نماید. ایرادی که بر نص این ماده وارد می شود این است که در سه مرحله جعل و تزویر ثابت نشده است و باید جعل در کجا ثابت شود تا محمود بتواند مطالبه تجدید نظر نماید.

۴) ثبوت ترجمه نادرست مترجم که در حکم موثر باشد. به حیث مثال، اگر احمد افغانستانی علیه طغول ترکی اقامه دعوی پنج صد هزار دین را نماید و طغول زبان های ملی را نداند و از طریق مترجم به دفع دعوی احمد پردازد و دعوی را در محاکم سه گانه بیازد و سپس ثابت شود که مترجم دفاعیه طغول را درست ترجمه نکرده است و در نتیجه ترجمه نادرست طغول دعوی را باخته است، طغول می تواند از شورای عالی ستره محکمه مطالبه تجدید نظر نماید.

۵) ارایه سند مثبت از طرف محکوم علیه که هنگام اصدار حکم موجود نباشد. تعریف مثبت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و زمین برای مدت بیست سال نزد محمود باشد و محمود پس از مطالبه زمین منکر مالکیت احمد شود و احمد قباله قانونی در دسترس نداشته باشد و به دلیل نداشتن سند دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف بیازد و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را تأیید نماید، احمد می تواند از ستره محکمه مطالبه تجدید نظر نماید. ایرادی که بر فقره سوم نص این ماده وارد به نظر می رسد بر نص این ماده نیز وارد به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۶) نص این ماده حصری نیست بلکه احصایی است زیرا قانونگذار ا. م. م در فقره شش نص این ماده از سایر علل سخن می گوید و مقرر می دارد: «سایر علل جدید که برای محکمه حین بررسی موضوع معلوم نبوده و بعد از اصدار حکم واضح و یا در حین رسیدگی اصلاح مطمح نظر قرار نگرفته باشد و علل متذکره فوق موجب لغو حکم شده بتواند». مطمح در لغت به معنی جای نظر، مقصود، هدف، منظر و جای تماشاست.<sup>۴۸۸</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده احصای برخی مصادیق تجدید نظر است.



## فصل دوم: اجراءات مربوط به تجديد نظر

قانونگذار ا. م. م در فصل دوم طی مواد ۴۸۳ الی ۴۸۹ احکام مربوط به اجراءات تجديد نظر را تنظيم نموده است.

### ماده ۴۸۳: لغو حکم در صورت دلایل موجه

«هرگاه دلایل موجه مبنی بر لغو حکم نهایی موجود باشد شورای عالی ستره محکمه به لغو حکم قرار صادر نموده قضیه را غرض رسیدگی مجدد به محکمه حاکمه یا محکمه دیگر ارجاع می‌دارد.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

۱) هرگاه دلایل موجه مبنی بر لغو حکم نهایی موجود باشد شورای عالی ستره محکمه به لغو حکم باید قرار صادر نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانۀ خویش را به محمود به اجاره بدهد و زمین برای مدت بیست سال نزد محمود باشد و محمود پس از مطالبه زمین منکر مالکیت احمد شود و احمد قباله قانونی در دسترس نداشته باشد و به دلیل عدم دسترسی به سند دعوی را در محکمۀ ابتدائیه و استیناف ببازد و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمۀ استیناف را تأیید نماید، احمد می‌تواند از ستره محکمه مطالبۀ تجديد نظر نماید. در صورتی که احمد قباله قانونی عاری از جعل و تزویر را ارایه نماید، شورای عالی ستره محکمه باید قرار خویش را مبنی بر لغو حکم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه صادر نماید. موجودیت سند مصداق دلیل موجه در این مثال به نظر می‌رسد.

۲) در صورت لغو حکم، شورای عالی ستره محکمه باید قضیه را غرض رسیدگی مجدد به محکمه حاکمه یا محکمه دیگر ارجاع می‌دارد. به حیث مثال، در مثال بالا شورای عالی ستره محکمه باید قضیه را به محکمه حاکمه یا محکمه دیگر ارجاع دهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش‌بینی صلاحیت تکلیفی شورای عالی ستره محکمه است.

### ماده ۴۸۴: مطالبۀ سوابق موضوع قضیه توسط شورای عالی ستره محکمه

«هرگاه شورای عالی ستره محکمه قضیه مورد تجديد نظر را قابل بررسی بیشتر تشخیص دهد سوابق قضیه را جهت ارزیابی ابتدایی به کمیسیون مرکب از دو عضو دیوان مدنی تحت ریاست یکی از اعضای شورای عالی ستره محکمه تفویض می‌نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این ماده هرگاه شورای عالی ستره محکمه قضیه مورد تجديد نظر را قابل بررسی بیشتر تشخیص دهد سوابق قضیه را جهت ارزیابی ابتدایی به کمیسیون مرکب از دو عضو دیوان مدنی تحت ریاست یکی از اعضای شورای عالی ستره محکمه تفویض می‌نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانۀ خویش را به محمود به اجاره بدهد و زمین برای مدت بیست سال نزد محمود باشد و محمود پس از مطالبه زمین منکر مالکیت احمد شود و احمد قباله قانونی در دسترس نداشته باشد و به دلیل عدم دسترسی به سند دعوی را در محکمۀ ابتدائیه و استیناف ببازد و دیوان قضایای مدنی و حقوق

عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را تأیید نماید، احمد می تواند در صورت دسترسی به قبالة قانونی از ستره محکمه مطالبه تجدید نظر نماید. هرگاه شورای عالی ستره محکمه قضیه مورد تجدید نظر را قابل بررسی بیشتر تشخیص دهد باید سوابق قضیه را جهت ارزیابی ابتدایی به کمیسیون مرکب از دو عضو دیوان مدنی تحت ریاست یکی از اعضای شورای عالی ستره محکمه تفویض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری شورای عالی ستره محکمه است.

#### ماده ۴۸۵: اجراءات کمیسیون مندرج ماده ۴۸۴ ق. ا. م. م

«کمیسیون مقدماتی اعتراض معترض را بر فیصله نهایی مورد غور قرار داده در روشنی حکم ماده (۴۸۲) این قانون ارزیابی می نماید. در صورت لزوم می تواند طرفین قضیه را احضار و چگونگی موضوع را از آنها استیضاح نماید.»

نص این ماده مکمل ماده ۴۸۴ ق. ا. م. م و مرتبط به آن است. زیرا، طبق ماده ۴۸۴ ق. ا. م. م شورای عالی ستره محکمه می تواند قضیه را به کمیسیون مندرج ماده ۴۸۴ ق. ا. م. م ارجاع دهد و ماده ۴۸۵ ق. ا. م. م اجراءات این کمیسیون را تنظیم نموده است. از نص ماده ۴۸۵ ق. ا. م. م در قاعده استنباط می گردد:

(۱) کمیسیون مقدماتی اعتراض معترض را بر فیصله نهایی مورد غور قرار داده در روشنی حکم ماده (۴۸۲) این قانون ارزیابی می نماید. نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۴۸۲ ق. ا. م. م است که تفصیل آن گذشت. تعریف اعتراض و معترض گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و زمین برای مدت ده سال نزد محمود باشد و محمود پس از مطالبه زمین منکر مالکیت احمد شود و احمد قبالة قانونی در دسترس نداشته باشد و به دلیل عدم دسترسی به سند دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف بیازد و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را تأیید نماید، احمد می تواند در صورت دسترسی به قبالة قانونی از ستره محکمه مطالبه تجدید نظر نماید. هرگاه شورای عالی ستره محکمه قضیه مورد تجدید نظر را قابل بررسی بیشتر تشخیص دهد باید سوابق قضیه را جهت ارزیابی ابتدایی به کمیسیون مرکب از دو عضو دیوان مدنی تحت ریاست یکی از اعضای شورای عالی ستره محکمه تفویض نماید. در این صورت، کمیسیون مذکور مکلف است اعتراض محمود را مورد غور و دقت قرار دهد و در روشنایی حکم ماده ۴۸۲ ق. ا. م. م ارزیابی نماید.

(۲) کمیسیون در صورت لزوم می تواند طرفین قضیه را احضار و چگونگی موضوع را از آنها استیضاح نماید. تعریف احضار و استیضاح گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا، کمیسیون مذکور می تواند احمد و محمود را احضار و موضوع را از آنها استیضاح نماید. به نظر می رسد هدف ق. ا. م. م در نص این ماده تنظیم اجراءات کمیسیون تجدید نظر است.

#### ماده ۴۸۶: فرستادن نظریات کمیسیون تجدید نظر به ریاست دارالانشای



«کمیسیون موظف نظریات خود را در دو نسخه تنظیم و همراه با سوابق به ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه می سپارد.»

نص این ماده مکمل مواد ۴۸۴ الی ۴۸۷ ق. ا. م. م است. طبق نص این ماده کمیسیون تجدید نظر مکلف است نظریات خود را در دو نسخه تنظیم و همراه با سوابق به ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه بسپارد. به حیث مثال، در مثال بالا، کمیسیون تجدید نظر باید نظریات خویش را در دو نسخه به ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه بفرستد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی کمیسیون تجدید نظر است.

#### ماده ۴۸۷: مرجع درخواست تجدید نظر

«مرجع تقدیم درخواست تجدید نظر در صورتی که درخواست کننده شخص متضرر باشد ستره محکمه می باشد.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۴۸۰ ق. ا. م. م است. نص ماده ۴۸۰ ق. ا. م. م اشخاصی را که می توانند تجدید نظر را مطالبه نمایند پیش بینی کرده است و نص ماده ۴۸۷ ق. ا. م. م مرجع تقدیم تجدید نظر را در صورتی که معترض متضرر باشد، پیش بینی کرده است. در نص ماده ۴۸۷ ق. ا. م. م یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده مرجع تقدیم درخواست تجدید نظر در صورتی که درخواست کننده شخص متضرر باشد ستره محکمه می باشد.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و زمین برای مدت ده سال نزد محمود باشد و محمود پس از مطالبه زمین منکر مالکیت احمد شود و احمد قبالة قانونی در دسترس نداشته باشد و به دلیل نداشتن سند دعوی را در محکمه ابتدائیه و استیناف بیازد و دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه حکم محکمه استیناف را تأیید نماید، احمد می تواند در صورت دسترسی به قبالة قانونی از ستره محکمه مطالبه تجدید نظر نماید. در این صورت، احمد می تواند اعتراض خویش را به ستره محکمه تقدیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شناسایی مرجع تقدیم اعتراض جهت تجدید نظر است.

#### ماده ۴۸۸: میعاد تقدیم استدعای تجدید نظر در قضایای احوال شخصی

«۱- میعاد تقدیم استدعای تجدید نظر به احکام نهایی در قضایای احوال شخصی (خانواده) مدت سه ماه است. ۲- آغاز مدت مندرج فقره (۱) این ماده از تاریخ صدور فیصله نهایی محاسبه می شود.»

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) میعاد تقدیم استدعای تجدید نظر به احکام نهایی در قضایای احوال شخصی (خانواده) مدت سه ماه است. تعریف میعاد و استدعا در فصل های قبلی گذشت. احوال شخصی شامل مسایل مربوط به شخصیت، اهلیت، حقوق فامیل، حقوق میراث و نظیر اینها می شود. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود دعوی پرداخت مهر را در محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان نماید و محکمه ابتدائیه ولسوالی کشم بدخشان محمود را محکوم به پرداخت مهر نماید و محمود حکم محکمه را نپذیرد و در

محکمه استیناف بدخشان، استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تأیید قرار دهد و محمود علیه فیصله محکمه استیناف بدخشان در مدت دو ماه فرجام خواهی نماید، اما دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه قرار محکمه استیناف ولایت بدخشان را مورد تأیید قرار دهد، محمود می تواند در مدت سه ماه علیه حکم دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه مطالبه تجدید نظر نماید.

۲) آغاز مدت مندرج فقره (۱) این ماده از تاریخ صدور فیصله نهایی محاسبه می شود. به حیث مثال، در مثال بالا آغاز مدت مرور زمان از زمان صدور حکم توسط دیوان قضایای مدنی و حقوق عامه ستره محکمه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی ظرف زمانی تجدید نظر در قضایای احوال شخصیه است. میعاد مطالبه تجدید نظر در دعاوی حقوق مدنی به استثنای دعاوی خانواده مانند قرارداد، حقوق عینی، میراث و نظیر اینها روشن نیست که محل ایراد به نظر می می رسد. قابل توصیه است در این خصوص در ق. ا. م. احکام معین ایزاد گردد.

#### ماده ۴۸۹: میعاد رسیدگی تجدید نظر

«میعاد رسیدگی بر تجدید نظر بعد از تقدیم اعتراض مدت سه ماه می باشد.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده میعاد رسیدگی بر تجدید نظر بعد از تقدیم اعتراض مدت سه ماه می باشد. به حیث مثال، در مثال های بالا شورای عالی ستره محکمه مکلف است در مدت سه به استدعای تجدید نظر قاضی القضاة، لوی خارنوال و متضرر رسیدگی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی ظرف زمانی است که شورای عالی ستره محکمه در خلال آن به استدعای تجدید نظر رسیدگی نماید.

## باب ششم: احکام متفرقه

قانونگذار ا. م. م در باب ششم طی مواد ۴۹۰ الی ۵۰۶ احکام متفریق را تنظیم نموده است. احکام متفرق از نظر فن قانونگذاری احکامی اند که از نظر علمی - منطقی نمی توان آن ها در فصل های قانون تسجیل و جابجا کرد.

### ماده ۴۹۰: بی اعتبار بودن تصامیم و قرار های مجالس غیرقضایی

(تصامیم و قرارهای مجالس غیرقضایی در موضوعات مدنی و حقوق عامه مدار اعتبار نیست.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده تصامیم و قرارهای مجالس غیرقضایی در موضوعات مدنی و حقوق عامه مدار اعتبار نیست. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی غصب زمین را نماید و شورا یا جرگه قومی قرار یا تصمیم صادر نماید، این قرار و تصمیم مدار اعتبار نیست. همچنین، اگر احمد با دولت در خصوص زمین دعوی داشته باشد و جرگه یا شورا در این خصوص قرار یا تصمیم صادر نماید، این قرار و تصمیم مدار اعتبار نیست. مثال اول مصداق دعوی در موضوع مدنی و مثال دوم مصداق دعوی در حقوق عامه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم بی اعتبار بودن تصامیم و قرار های شورا ها و جرگه ها است که مجالس غیرقضایی نامیده شده اند.

### ماده ۴۹۱: قضاوت در مواضات مدنی بعد از تقدیم عریضه و صورت دعوی

(قضاوت در موضوعات حقوق مدنی بعد از تقدیم عریضه و دعوی صورت می گیرد.)

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قضاوت در موضوعات حقوق مدنی بعد از تقدیم عریضه و دعوی باید صورت می گیرد. تعریف عریضه، قضاوت و صورت دعوی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر حمیده قرض داشته باشد و حمیده منکر آن باشد و احمد پرداخت دین توسط حمیده را بخواهد از محکمه استدعا نماید، باید یا عریضه را مستقیماً به محکمه مدنی یا به ریاست حقوق وزارت عدلیه تقدیم نماید. دلیل این قاعده این است که قاضی بی طرف است و نمی تواند دعوی را تحریک نماید و به آن رسیدگی و قضاوت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده تأمین و تعبیه حکم بی طرفی قاضی در ق. ا. م. م است.

### ماده ۴۹۲: عدم واگذاری صلاحیت توسط قاضی به قاضی دیگر

(قاضی نمی توند صلاحیت قضاوت را به قاضی دیگری تفویض نماید مگر اینکه در قانون طور دیگری تصریح شده باشد.)

از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که قاضی نمی توند صلاحیت قضاوت را به قاضی دیگری تفویض نماید. تعریف صلاحیت در فصل صلاحیت محاکم گذشت. استثنای این اصل این است که در قانون طور دیگر پیش بینی شده باشد. برای تطبیق نص این ماده باید قوانین را جستجو کرد و پیدا نمود که کدام مواد قانون تفویض صلاحیت قضاوت را از یک

قاضی به قاضی دیگر اجازه می دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم واگذاری صلاحیت قضاوت توسط یک قاضی به قاضی دیگر است.

#### ماده ۴۹۳: عدم جواز تأخیر و تعطیل قضایای بدون موجب

«قاضی نمی تواند حل و فصل قضایای داخل صلاحیت خود را بدون امر صریح قانون بی موجب قانونی تعطیل و تأخیر نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قاضی نمی تواند حل و فصل قضایای داخل صلاحیت خود را بدون امر صریح قانون بی موجب قانونی تعطیل و تأخیر نماید. تعطیل در لغت به معنی بیکار کردن و دست از کار کشیدن است.<sup>۴۸۹</sup> تأخیر از ریشه «أخر» گرفته شده است که در لغت به معنی پس انداختن، واپس انداختن و عقب انداختن است.<sup>۴۹۰</sup> به حیث مثال، ظرف زمانی رسیدگی به دعاوی مدنی در مرحله ابتدائیه، استیناف، تمیز و تجدید نظر در ق. ا. م. م پیش بینی شده است و قضاوت مربوطه نمی توانند بدون موجب قانونی حل و فصل قضایای مدنی را به تأخیر اندازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قضاوت و حکم عدم جواز تأخیر قضایای مدنی است.

#### ماده ۴۹۴: پرهیز از کردار و گفتار نزهت قضایی

«قاضی مکلف است از کردار و گفتار منافی نزهت قضایی جدا اعتراض نماید.»

در نص این منافی در لغت به معنی ضد و مخالف است.<sup>۴۹۱</sup> نزهت در لغت به معنی پاکدامنی، پاکی از عیب و دور بودن از عیب است.<sup>۴۹۲</sup> تعریف اعتراض گذشت. به نظر می رسد اعتراض در نص این ماده در مفهوم پرهیز و اجتناب استعمال شده است. به حیث مثال، قاضی باید از گرفتن رشوه، هدیه، گفتن حرف های رکیک به یکی از طرفین دعوی و نظیر اینها پرهیز نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی یک قاعده کلی در خصوص اخلاق قضایی است. اخلاق قضایی امروزه به یک مضمون جدا مبدل شده است.

#### ماده ۴۹۵: تقیید و تخصیص قضاوت قاضی

«قضاوت قاضی با نظر داشت زمان، محل، موضوع و حادثه تقیید و تخصیص و تجزیه شده می تواند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قضاوت قاضی با نظر داشت زمان، محل، موضوع و حادثه تقیید و تخصیص و تجزیه شده می تواند. تعریف قضاوت گذشت. تقیید در لغت به معنی مقید و محدود کردن و تخصیص در لغت به معنی خاص و ویژه کردن است.<sup>۴۹۳</sup>

489. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

۴۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۵.

491. https://www.vajehyab.com (آخرین بازدید 2016 /8 /31

492. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

493. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه شهری ولایت هرات منحیث قاضی ایفای وظیفه نماید، صرف می تواند در زمان رسمی مطابق قوانین دعوی را حل و فصل نماید. بنابراین، اگر احمد در خارج از روز و ساعت رسمی، به حیث مثال، در روز جمعه قضاوت نماید، این قضاوت او مدار اعتبار نیست. همچنین، قضاوت احمد باید در محل معین صورت بگیرد که محکمه است. همچنین، قضاوت احمد می تواند در خصوص موضوع معین مانند موضوع مدنی، تجارتي، جزایی، کار، اداری، مالیه و نظیر اینها باشد. همچنین، قضاوت احمد می تواند مختص به حادثه معین باشد، مانند حادثه ترافیکی، قتل، سرقت و نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم جواز تخصیص و تقیید قضاوت قضات است.

#### ماده ۴۹۶: نماینده دولت در قضایای متوفی بدون وارث

«هرگاه موضوع دعوی دین با خرید اموال منقول و غیرمنقول و مدعی علیه متوفای فاقد وارث شرعی باشد اداره قضایای دولت نزد قضا ممثل قانونی متوفی شناخته شده و محکمه در موضوع رسیدگی می نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه موضوع دعوی دین با خرید اموال منقول و غیرمنقول و مدعی علیه متوفای فاقد وارث شرعی باشد اداره قضایای دولت نزد قضا ممثل قانونی متوفی شناخته شده و محکمه در موضوع رسیدگی می نماید. تعریف دعوی، دین، متوفی و منقول گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده وفات نماید و هیچ ورثه اعم از ذوی الفروض، مانند پدر و جد صحیح، عصبات مانند پسر، برادر و نظیر اینها و ذوی الارحام مانند ماما و نظیر آن نداشته باشد و مقرر له به نسب و موصی له به بیشتر از ثلث مال نیز وجود نداشته باشد و جمیله ادعا نماید که من بر حمیده قرض دارم، محکمه باید از ریاست عمومی قضایای دولت مطالبه نماید تا نماینده خویش را به عنوان مدعی علیه به محکمه به عنوان مدعی علیه معرفی نماید. دلیل این حکم این است که طبق قواعد عمومی میراث در صورت نبود وارث اعم از ذوی الفروض، عصبات، ذوالارحام و مقرر له به نسب و موصی له به بیشتر از ثلث مال، مال متوفی متعلق به دولت می شود. در قضایای حقوق عامه نماینده ریاست عمومی قضایای دولت نماینده دولت است و در دعاوی اداری و عامه به عنوان نماینده دولت به عنوان مدعی و مدعی علیه از منافع دولت در محکمه دفاع می نماید. در این فرض، چون متوفی وارث ندارد، دولت وارث متوفی است و باید از منافع متوفی حمایت شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده به رسمیت شناختن نماینده قضایای دولت به عنوان مدعی و مدعی علیه در دعاوی ای که متوفی وارث ندارد است.

#### ماده ۴۹۷: عدم جواز تلقین قاضی به شاملین قضیه

«قاضی به هیچ وجه نمی تواند به مدعی، مدعی علیه و شهود تلقین کند.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قاضی به هیچ وجه نمی تواند به مدعی، مدعی علیه و شهود تلقین کند. تعریف قاضی، مدعی، مدعی علیه و شهود گذشت. تلقین در لغت به معنی

فهماندن و یاد دادن است.<sup>۴۹۴</sup> به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر حمیده قرض داشته باشد و حمیده منکر آن باشد و احمد برای اثبات دین دو شاهد را در محکمه حاضر نماید، قاضی نباید به احمد، حمیده و شهود چیزی را تلقین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی یکی از ابزارهای حفظ بی طرفی قاضی و محکمه است.

#### ماده ۴۹۸: احاطه قاضی بر قوانین، شرع و عرف

«قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد.».

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد. احاطه در لغت به معنی تسلط، تبهر، است.<sup>۴۹۵</sup> و قوف در لغت به معنی آگاهی است.<sup>۴۹۶</sup> قوانین در نص این ماده در مفهوم عام استعمال شده است و شامل قانون اساسی، عادی، فرامین تقنینی، مقررات، لوایح و طرز العمل می شود. قانون در مفهوم عام قواعد مصوب مراجع ذیصلاح دولتی است. شرع احکام وضع شده توسط خداوند ﷺ از طریق قرآن و حدیث است. عرف قواعد حقوقی نانوشته است.<sup>۴۹۷</sup> دلیل این قوف و تسلط این است که قوانین، شرع و عرف از منابع حقوق در افغانستان اند و قضات مکلف اند در حل و فصل این قضایا از این منابع در کنار اصول کلی حقوق و متحدالمال های ستره محکمه استفاده نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی تکالیف قضات است.

#### ماده ۴۹۹: حکم به نفع و ضرر یکی از ورثه و اثر آن نسبت به سایر ورثه ها

«حکم قضاء مستند بر مدارك اثباتیه له و علیه يك یا بعضی از وارثین حکم بر کلی ورثه است.».

از نص این ماده یک قاعده استنباط می گردد. طبق این قاعده حکم قضاء مستند بر مدارك اثباتیه له و علیه يك یا بعضی از وارثین حکم بر کلی ورثه است. تعریف حکم و قضا گذشت. مستند در لغت به معنی دارای سند و دلیل مدرک است. تعریف مدارك اثباتیه گذشت. له در لغت به معنی نفع او و علیه در لغت به معنی ضرر و ضد او است.<sup>۴۹۸</sup> ورثه شخصی است که از متوفی مستحق میراث می شود. به حیث مثال، اگر حمیده وفات نماید و یک دختر و یک پسر داشته باشد و از خود صد لک افغانی، ده جریب زمین، بیست عراده موتر و نظیر اینها به ارث بگذارد و جمشید ادعا نماید که موترها از آن او است و برای اثبات ادعای خویش سند و شهود ارایه نماید و با استناد به این مدارك اثبات قضاء به نفع جمشید حکم نماید، این حکم به ضرر پسر و دختر حمیده هر دو است. اما، اگر جمشید نتواند ادعای خویش را ثابت نماید و پسر و دختر احمد و حمیده با ارایه سند یا شهود ثابت نمایند که موترها از آن

494. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

495. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

496. Ibid, (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

۴۹۷. در این خصوص بنگرید به: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

498. <https://www.vajehyab.com> (2016 /8 /31 (آخرین بازدید

حمیده بوده است و محکمه با استناد به این مدارک اثباتیه حکم به نفع پسر و دختر حمیده نماید، این حکم به ضرر جمشید و به نفع دختر و پسر حمیده است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اگر مال متوفی هنوز میان ورثه تقسیم نشده باشد و یکی از ورثه مدعی علیه قرار بگیرد، در صورت برنده شدن دعوی این حکم به نفع همه ورثه تمام می شود و در صورت بازنده شدن، این حکم به ضرر همه ورثه ها تمام می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم، قضاوت قاضی به نفع و ضرر یکی از ورثه و اثر آن نسبت به سایر ورثه ها است.

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت سمنگان:

ماده (۴۹۹) قانون اصول محاکمات مدنی چنین صراحت دارد: «حکم قضاء مستند بر مدارک اثباتیه و علیه یک یا بعضی از وارثین حکم بر کل ورثه است» در دعوی میراث اگر از جمله ورثه یک تن دعوی را له وارثی که در مدعی بها ذوالبیدی است به اثبات برساند آیا این حکم حقوق سایر ورثه را هم ثابت میسازد و هر وارثی که در متروکه سهم دارد بدون استدعا و دعوی و حکم جداگانه محکمه مطابق، همان فیصله و هدایت ماده مذکور سهمیه خویش را از وارث ذوالید به دست آورده می تواند و یا اینکه ماده مذکور مفهومی دیگری دارد که در حکم ماده (۱۶۴۲) مجله الاحکام انعکاس یافته است؟ موضوع قابل توضیح دیده می شود.

توضیح: هرگاه یکی از ورثه حاضر، بالای شخصی که در عقار ذوالید باشد دعوی ملکیت موروثی را نماید مثلاً: بگوید که این عقار از پدرم بوده برای من و برادرم که فعلاً غائب است به طریق ارث انتقال یافته بعد از بیان موت مورث، تعداد ورثه و جر ارث دعوایش را به اثبات برساند محکمه نصف مدعی بها را به طور مشاعی برای مدعی حکم می کند و حصه غائب به نزد ذوالید باقی می ماند. سپس اگر برادر غایبش حاضر گردید و مطالبه حصه اش را نمود محکمه ذیصلاح بدون اقامه شهود به همان حکم سابق اکتفا کرده حصه و نصیب شخص غائب عندالحکم را در وقت حضورش برایش تسلیم می نماید زیرا نظر به قاعده، یکی از ورثه در دعوی که علیه میت و یا له میت اقامه می گردد به حیث خصم واقع می شود در حقیقت اثبات ملک برای میت صورت گرفته بعداً به طریق ارث برای ورثه انتقال یافته است بنابراین به اثبات مجدد و حکم مجدد ضرورت احساس نمی گردد. همان حکم که برای یک وارث صورت گرفته در واقع حکم برای تمام وارثین دانسته می شود و محکمه هنگام مراجعه ورثه غائب توسط صدور قرار قضائی در حصه تسلیم حصه اش تصمیم اتخاذ می نماید. تفاوتی که بین حکم ماده (۴۹۹) قانون اصول محاکمات مدنی و محتویات ماده (۱۶۴۲) مجله الاحکام وجود دارد این است که ماده مذکور مجله الاحکام حکم برای یکی از ورثه را وقتی حکم برای سایر ورثه میداند که اثبات حکم به وسیله بینه صورت گرفته باشد ولی ماده (۴۹۹) قانون مذکور در برگیرنده تمام مدارک اثباتیه که عبارت از اسناد، شاهد و قرینه است، میباشد و طبق هدایت ماده (۱۳۰) قانون اساسی محاکم مکلف اند که موافق هدایت ماده مذکور عمل نمایند.<sup>۴۹۹</sup>

اعتبار فیصله اثباتیه در حق سایر ورثه به استثنای اقرار  
متحد المال شماره (۴۰۸۱-۴۱۳۹) مؤرخ ۱۸/۱۲/۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره  
محکمه

در ارتباط محتوای ماده ۴۹۹ قانون اصول محاکمات مدنی که چنین مشعر است: «حکم قضاء مستند بر مدارک اثباتیه له و علیه یک یا بعضی از وارثین حکم بر کل ورثه است.» مطالب آتی قابل توضیح دانسته می شود:

اگر یکتن از ورثه ادعای ملکیت سهمیه پدر موروثی خویش را بر علیه وارث دیگر در محکمه اقامه و بعد از طی مراحل قانونی موضوع به حکم نهائی محکمه بر له مدعی خاتمه پیدا می کند و فیصله هم که نهائی شده در خصوص مدعی بها که سهمیه شرعی را در متروکه در بر می گیرد، مورد تطبیق نیز قرار داده می شود و یا بر عکس موضوع دعوی یکتن از ورثه بر علیه مدعی مذکور یعنی به ضرر آن به حکم نهائی محکمه اختتام می یابد. بعداً ورثه باقیمانده که اصلاً در مورد متروکه پدری شان کدام ادعای ننموده و خواهان سهمیه خویش نگردیده اند به محکمه مراجعه و مطابق فیصله مذکور که به نفع یکتن از ورثه صورت گرفته و تقاضای تسلیمی سهمیه شرعی خویش را مطالبه می نماید.

پس، هدایت ماده مذکور از نزد مدعی علیه که ذوالید و وارث شرعی بوده آیا محکمه می تواند بادر نظر داشت محتویات ماده یاد شده و صدور فیصله صادره که در حصه یکتن از ورثه صورت گرفته در مورد تسلیمی سهمیه سایر ورثه بدون دوران و اثبات دعوی و طی مراحل قانونی طی قرار قضائی تصمیم اتخاذ نماید و یا اینکه سایر ورثه هم مکلف به اقامه دعوی و طی مراحل قانونی گردند و همچنان برعکس اگر فیصله نهائی محکمه بر علیه مدعی مذکور انجام پذیرد در آن صورت آیا سایر ورثه حق اقامه دعوی حقوقی سهمیه میراثی خویش را علیه وارث محکوم له مطابق روحیه ماده مذکور نخواهند داشت و یا اینکه حکم ماده مذکور شامل موارد مندرج ماده (۱۶۴۲) شرح مجله الاحکام بوده و در سایر موارد صدق پیدا نمی کند. در مورد طالب توضیحات و رهنمائی می باشیم.

جریان موضوع پس از وصول نظر مدققین قضائی ریاست تدقیق به تاریخ ۱۲/۷/۱۳۸۶ به شورای عالی تقدیم شد و طی تصویب شماره (۸۵۹) هدایت ذیل صادر گردید:

مطابق ماده (۴۹۹) قانون اصول محاکمات مدنی حکم قضاء مستند بر مدارک اثباتیه می باشد که مدارک اثباتیه در ماده (۲۸۱) قانون اصول محاکمات مدنی اسناد، شهادت و قراین پیش بینی گردیده و نیز اقرار شامل مدارک اثباتیه نبوده و در ماده (۱۰۱۰) قانون مدنی حجت قاصره دانسته شده است. له و علیه یک یا بعضی از ورثین حکم بر کل ورثه دانسته شده است. بنابراین، به استثنای حکم به اقرار در صورتی که بعد صدور حکم قطعی بر له یا علیه یکی از وارثین به اثبات مجدد و صدور حکم مجدد برای سایر ورثه ضرورت



محسوس نمی‌گردد. محکمه مربوط حین مراجعه سایر وارثین ضمن قرار قضائی به تسلیمی حصه ایشان تصمیم اتخاذ نماید. دارالانشاء مصوبه فوق را به جمیع محاکم به طور متحدالجمال اخبار نماید.<sup>۵۰۰</sup>

#### ماده ۵۰۰: قاعده قضاء مظهر است نه مثبت

«قضاء مظهر است نه مثبت محکوم به در حقیقت امر ثابت بوده و قاضی آن را به اساس دلایل ارایه شده قانون و شرعی اظهار می‌نماید.»

نص این ماده به دلیل عدم دقت در علامه گذاری بسیار پیچیده است. به نظر می‌رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد.

۱) قضاء مظهر است نه مثبت. نص این ماده مبهم و پیچیده است. مظهر در لغت به معنی محل ظهور و جای آشکار شدن است.<sup>۵۰۱</sup> مثبت در لغت به معنی ثابت کننده است.<sup>۵۰۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی دین در قضاء نماید، قضاء یا محکمه محل ظهور دین احمد بر محمود است نه ثابت کننده دین احمد بر محمود. احمد مکلف است با ارایه وسایل اثبات مانند سند، شهود، قراین و سوگند دین خویش را علیه محمود ثابت نماید.

۲) محکوم به در حقیقت امر ثابت بوده و قاضی آن را به اساس دلایل ارایه شده قانونی و شرعی اظهار می‌نماید. تعریف محکوم، قاضی و دلایل گذشت. نص این ماده پیچیده به نظر می‌رسد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ده لک افغانی پول به عنوان دین داشته باشد، دین احمد بر عهده محمود است. اما اگر محمود منکر آن شود و احمد با ارایه وسایل اثبات مانند سند، شهود، قراین و سوگند دین خویش را علیه محمود ثابت نماید، قاضی باید دین احمد بر محمود را آشکارا و اظهار نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی مظهر نه مثبت بودن قضاء یا محکمه است.

#### ماده ۵۰۱: اثبات محکوم به در صورت صدور حکم مطابق شریعت در نبود قوانین

«حکم قاضی در صورت عدم موجودیت احکام صریح قانون که مطابق به اساسات شریعت اسلامی صادر می‌گردد دارای قوت و قدرت در محکوم به می‌باشد.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۱ قانون مدنی، ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی و ماده ۲ کد جزا به نظر می‌رسد. زیرا، طبق ماده ۱ قانون مدنی و ماده ۱۳۰ قانون اساسی منبع اول حقوق افغانستان قوانین است. در صورت عدم وجود قوانین، منبع دوم فقه است. طبق نص ماده ۵۰۱ ق. ا. م. م در صورت نبود قوانین، اگر قاضی مطابق شریعت حکم نماید، حکم قاضی دارای قدرت و قوت در محکوم به است. تعریف محکوم به گذشت. به نظر می‌رسد منظور قانونگذار ا. م. م این است که اگر در صورت نبود قوانین قاضی براساس شریعت حکم صادر نماید، این حکم موجب اثبات یا عدم اثبات محکوم به می‌شود. به نظر

۵۰۰. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۴۸۸ و ۴۹۰.

501. <https://www.vajehyab.com> (2016 /8 /31). (آخرین بازدید)

502. Ibid (2016 /8 /31). (آخرین بازدید)

می رسد هدف قانونگذار ا. م در نص این ماده پیش بینی حکم اثبات محکوم به در صورتی که قاضی مطابق شریعت در صورت عدم وجود قانون حکم صادر نماید است.

**ماده ۵۰۲: عدم جواز خصم واقع شدن صغیر، مجنون، معتوه و محجور**

«صغیر، مجنون، معتوه، محجور و غایب نمی تواند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند.»

از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) صغیر نمی تواند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند. تعریف صغیر گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و محمود ادعا نماید که احمد شیشه موتر من را شکستاده است، احمد نمی تواند مدعی علیه قرار بگیرد بلکه نماینده یا نایب احمد مانند پدر، پدر کلان و وصی باید به نمایندگی از احمد به دفع دعوی پردازند.

(۲) مجنون نمی تواند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند. تعریف مجنون گذشت. به حیث مثال، اگر احمد مجنون باشد و محمود ادعا نماید که احمد شیشه موتر من را شکستاده است، احمد نمی تواند مدعی علیه قرار بگیرد بلکه نماینده یا نایب احمد مانند قیم باید به نمایندگی از احمد به دفع دعوی پردازند.

(۳) معتوه نمی تواند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند. معتوه از ریشه «عته» گرفته شده است که در لغت به معنی کم عقل و عصبی است.<sup>۵۰۳</sup> ماده ۹۴۵ محله الاحکام در تعریف معتوه می گوید: «معتوه: کسی است که شعورش مختل شود طوری که فهمش اندک بوده و در کلامش اختلال به وجود آید و تدبیرش فاسد باشد.» به حیث مثال، اگر احمد معتوه باشد و محمود ادعا نماید که احمد شیشه موتر من را شکستاده است، احمد نمی تواند مدعی علیه قرار بگیرد بلکه نماینده یا نایب احمد مانند قیم باید به نمایندگی از احمد به دفع دعوی پردازند.

(۴) محجور نمی تواند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون یا قاضی از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، سفیه، معتوه، صغیر، غافل، ورشکسته و نظیر اینها.<sup>۵۰۴</sup> به حیث مثال، اگر احمد ورشکسته باشد و محمود ادعا نماید که احمد شیشه موتر من را شکستاده است یا مدیون من است، احمد نمی تواند مدعی علیه قرار بگیرد بلکه نماینده یا نایب احمد مانند قیم، ولی، وکیل باید به نمایندگی از احمد به دفع دعوی پردازند.

(۵) غایب نمی تواند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند. تعریف غیابت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و محمود ادعا نماید که احمد مدیون من است یا زوجه احمد ادعای تفریق به سبب غیاب را نماید، احمد نمی تواند به عنوان مدعی علیه قرار بگیرد بلکه نماینده یا نایب احمد مانند وکیل مسخر احمد باید به نمایندگی از احمد به دفع دعوی پردازند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. در نص

503. Ibid, (2016 /8 /31 بازرید).

۵۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۳۷.

این ماده پیش بینی حکم عدم جواز خصم واقع شدن صغیر، مجنون، معتوه و محجور به دلیل نقصان اهلیت است.

### ماده ۵۰۳: موارد غیر قابل استیناف بودن حکم محکمه ابتدائیه شهری و ولسوالی

«فیصله های محاکم شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری که به اساس اسباب اقرار مدعی یا مدعی علیه یا وثیقه مدار حکم از اقرار مدعی و مدعی علیه و مورثان یا ابرای شرعی مبنی باشد، غیر قابل استیناف است. محکمه فوقانی در این موارد به رد استیناف طلبی تصمیم اتخاذ می نماید. وثایق مشبوه از این حکم مستثنی است.»

از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

(۱) فیصله های محاکم شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه داری که به اساس اسباب اقرار مدعی یا مدعی علیه یا وثیقه مدار حکم از اقرار مدعی و مدعی علیه و مورثان یا ابرای شرعی مبنی باشد، غیر قابل استیناف است. محکمه ناحیوی و علاقه داری امروزه وجود ندارد و قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. تعریف اقرار، مدعی، مدعی علیه، ابراء و وثیقه و استیناف گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است و محکمه ابتدائیه شهری یا ولسوالی براساس اقرار محمود حکم صادر نماید و یا سندی وجود داشته باشد که محمود در آن تصدیق نموده باشد که صد لک افغانی مدیون احمد است یا ورثه محمود تصدیق نموده باشند که محمود صد لک افغانی مدیون احمد است، این حکم قابل استیناف نیست. بنابراین، محمود یا ورثه محمود نمی تواند علیه این حکم استیناف خواهی نماید.

(۲) محکمه فوقانی در این موارد به رد استیناف طلبی تصمیم اتخاذ می نماید. به حیث مثال، اگر محمود در مثال بالا استیناف خواهی نماید، محکمه استیناف باید به رد دعوی محمود تصمیم اتخاذ نماید.

(۳) وثایق مشبوه از این حکم مستثنی است. تعریف وثایق گذشت. مستثنی حالتی که به موجب آن قاعده تطبیق نمی شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد سند را جعل یا در آن تزویر نموده باشد، محمود می تواند علیه آن استیناف خواهی نماید و محکمه استیناف باید به دعوی رسیدگی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم حالتی است که حکم محکمه ابتدائیه شهری و ولسوالی غیر قابل استیناف و پیش بینی استثنای این حکم است.

### ماده ۵۰۴: وضع طرز العمل ها و لوايح

«ستره محکمه مکلف است به منظور تطبیق موثر احکام این قانون قواعد و لوايح خاص که به تصویب شورای عالی ستره محکمه رسیده باشد در مورد شرایط صحت رسیده باشد در مورد شرایط صحت دعوی و امثال آن وضع نماید.»

در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده ستره محکمه مکلف است به منظور تطبیق احکام قانون اصول محاکمات مدنی مقررات، لوايح و طرز العمل ها وضع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی تکلیف ستره محکمه است.

ماده ۵۰۵: فیصله های محاکم ولسوالی که اسباب حکم در آن سوگند است

«فیصله های محاکم علاقه داری و ولسوالی که اسباب حکم در آن حلف (سوگند) و یا اسقاط حلف باشد تابع اجراءات ذیل است:

۱- هرگاه فیصله مذکور در محکمه فوقانی نقض شود مراتب احکام فصل چهارم باب سوم این قانون رعایت می گردد.

۲- در صورتی که فیصله مذکور در محکمه فوقانی قابل نقض دیده نشود و مدعی مطالبه اقامه شهود را داشته باشد دیوان مربوط محکمه ولایت و محکمه معادل آن طی قرار قضایی قضیه را غرض دوران اقامه شهود به محکمه مربوط راجع می نماید.

۳- در محکمه ای که قضیه به آن احاله گردیده صرف موضوع اقامه شهود درج فورمه جدید دعوی گردیده و از مدعی غرض احضار شهود استحضاری اخذ می شود. دوران مجدد دعوی به این منظور ایجاب تقدیم صورت دعوی جدید را نمی نماید.

۴- میعاد آوردن شهود بعد از دایر شدن مجدد دعوی در محکمه اول يك ماه می باشد.

۵- هرگاه مدعی اقامه شهود نمود و شهود مذکور قبول یا رد شد در هر دو حال قضیه باید محاکم فوقانی را طی نماید.

۶- هرگاه مدعی در میعاد يك ماه از احضار شهود عاجز بماند فیصله اول کسب قطعیت می نماید.

۷- رویت قانون قضیه به محکمه اول جهت اقامه شهود حیثیت مکمل فیصله اول را داشته استینافی نبوده تابع محصول مرافعی نمی باشد.»

طبق نص این ماده فیصله های محاکم ولسوالی که اسباب حکم در آن حلف (سوگند) یا اسقاط حلف باشد تابع اجراءات ذیل است. چنانچه گفته شد، امروزه علاقه داری به عنوان واحد اداری و محکمه علاقه داری وجود ندارد و قابل است عبارت علاقه داری از نص این ماده حذف گردد. همچنین، عبارت اسقاط حلف در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از اسقاط حلف نکول از سوگند است. تعریف سوگند یا حلف در فصل اسباب حکم گذشت. همچنین، روشن نیست که چرا قانونگذار ا. م. م صرف فیصله های محاکم ولسوالی را در نص این ماده پیش بینی کرده است و چرا فیصله های محاکم ابتدائیه شهری را پیش بینی نکرده است.

۱- هرگاه فیصله مذکور در محکمه فوقانی نقض شود مراتب احکام فصل چهارم باب سوم این قانون رعایت می گردد. تعریف فیصله، فوقانی و نقض گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود پنجاه لک افغانی مدیون او است اما برای اثبات ادعا سند و شهود نداشته باشد و قراین نیز موجود نباشد و محمود اقرار ننماید و احمد سوگند را متوجه محمود نماید و محمود سوگند اداء نماید یا از ادای سوگند نکول نماید و سپس محکمه حکم صادر نماید و احمد نسبت به حکم راضی نباشد یا محمود نسبت به حکم راضی نباشد و در محکمه استیناف اعتراض نماید و محکمه استیناف حکم محکمه ولسوالی را نقض نماید، احکام فصل چهارم، باب سوم ق. ا. م. که تفصیل آن گذشت باید تطبیق گردد. نص این ماده مستقل نیست و مرتبط به فصل چهارم، باب سوم ق. ا. م. م است.

۲) در صورتی که فیصله مذکور در محکمه فوقانی قابل نقض دیده نشود و مدعی مطالبه اقامه شهود را داشته باشد دیوان مربوط محکمه ولایت و محکمه معادل آن طی قرار قضایی قضیه را غرض دوران اقامه شهود به محکمه مربوط راجع می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود پنجاه لک افغانی مدیون او است اما برای اثبات ادعا سند و شهود نداشته باشد و قراین نیز موجود نباشد و محمود اقرار ننماید و محکمه ولسوالی فیصله صادر نماید و احمد استیناف خواهی نماید اما فیصله محکمه ولسوالی در محکمه استیناف قابل نقض نباشد و احمد خواهان ارایه شهود باشد، محکمه استیناف یا معادل آن باید طی قرار قضایی قضیه را غرض دوران اقامه شهود به محکمه ولسوالی راجع نماید.

۳) در محکمه ای که قضیه به آن احاله گردیده صرف موضوع اقامه شهود درج فورمه جدید دعوی گردیده و از مدعی غرض احضار شهود استحضاری اخذ می شود. تعریف احاله، شهود، دعوی احضار و استحضاری گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا محکمه ابتدائیه ولسوالی مکلف است صرف موضوع ارایه شهود توسط احمد را درج فورم جدید دعوی نماید و از احمد به منظور احضار شهود استحضاری اخذ نماید.

۴) دوران مجدد دعوی به این منظور ایجاب تقدیم صورت دعوی جدید را نمی نماید. به حیث مثال، در مثال بالا احمد مکلف نیست صورت دعوی جدید به محکمه ابتدائیه ولسوالی تقدیم نماید زیرا در این فرض صرف موضوع اقامه شهود مطرح است نه دعوی جدید.

۵) میعاد آوردن شهود بعد از دایر شدن مجدد دعوی در محکمه اول يك ماه می باشد. به حیث مثال در مثال بالا احمد مکلف است در مدت یک ماه شهود را غرض ارایه شهادت در محکمه حاضر نماید.

۶) هرگاه مدعی در میعاد يك ماه از احضار شهود عاجز بماند فیصله اول کسب قطعیت می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد نتواند در مدت یک ماه شهود را به محکمه بخاطر ادای شهادت حاضر نماید، فیصله محکمه ابتدائیه قطعی می شود.

۷) رویت قانونی قضیه به محکمه اول جهت اقامه شهود حیثیت مکمل فیصله اول را داشته استینافی نبوده تابع محصول مرافعی نمی باشد. عبارت رویت قانون در نص این ماده مبهم است که قابل توصیه است این عبارت اصلاح گردد. همچنین عبارت استینافی در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار ا. م. م در نص این ماده این است که در صورت ارجاع قضیه به محکمه ابتدائیه ولسوالی این قضیه تابع پرداخت محصول نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم فیصله های محاکم ولسوالی که اسباب حکم در آن سوگند است، می باشد.

#### ماده ۵۰۶: انفاذ

«این قانون يك ماه بعد از نشر در جریده رسمی نافذ و با انفاذ آن اصولنامه اداری محاکم عدلی مورخ ۲۰ برج میزان ۱۳۳۸ با ضمایم آن، اصول اجراءات محاکمات حقوقی عدلی مورخ اول جدی سال ۱۳۳۷ اصولنامه اصول تعیین میعاد دعاوی ابتدایی و استماع مرافعه و تمیز در دعاوی حقوقی و جزایی مورخ ۲۷ سنبله سال ۱۳۲۴ با تمام ضمایم و تعدیلات مربوط و ماده واحده اصول محاکمات اداری نافذه ۲۴ جدی ۱۳۳۱ و احکام سایر قوانین اسناد تقنینی که با احکام این قانون مغایرت داشته باشد ملغی شناخته می شود.»

از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

(۱) این قانون يك ماه بعد از نشر در جریده رسمی نافذ. نشر در لغت به معنی پخش کردن، انتشار دادن و پراکنده کردن است. در اصطلاح حقوقی به چاپ و طبع کردن و پخش یک اثر و قانون نشر می گویند.<sup>۵۰۵</sup> ماده ۳ جزء ۳۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف نشر در مفهوم محدود می گوید: «نشر چاپ کردن سند تقنینی در جریده رسمی است که به منظور آگاهی عامه از احکام سند تقنینی صورت می گیرد.» نافذ از ریشه نفاذ گرفته شده است که در لغت به معنی مرعی، قابل تطبیق، لازم اجراء و جاری است.<sup>۵۰۶</sup> نافذ به قانونی که قابل اجراء باشد می گویند. زمان انفاذ قانون در خود قانون پیش بینی می شود. در صورت عدم پیش بینی، زمان نشر قانون زمان انفاذ آن است. در ق. ا. م. از قاعده اول پیروی صورت گرفته است.

(۲) با انفاذ ق. ا. م. م اصولنامه اداری محاکم عدلی مورخ ۲۰ برج میزان ۱۳۳۸ با ضمایم آن، اصول اجراءات محاکمات حقوقی عدلی مورخ اول جدی سال ۱۳۳۷ اصولنامه اصول تعیین میعاد دعاوی ابتدایی و استماع مرافعه و تمیز در دعاوی حقوقی و جزایی مورخ ۲۷ سنبله سال ۱۳۲۴ با تمام ضمایم و تعدیلات مربوط و ماده واحده اصول محاکمات اداری نافذ ۲۴ جدی ۱۳۳۱ ملغی اند. ملغی اسم مفعول از ریشه «لغو» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل شده و لغو شده است.<sup>۵۰۷</sup> در اصطلاح حقوقی به قانونی که توسط قانون دیگر الغا (باطل و بی اعتبار) شده باشد، ملغی می گویند. این قوانین توسط قانونگذار به صورت صریح ملغی شده اند.


(۳) با انفاذ ق. ا. م. م احکام سایر قوانین اسناد تقنینی که با احکام این قانون مغایرت داشته باشد ملغی شناخته می شود. احکامی که مخالف و مغایر ق. ا. م. م اند توسط قانونگذار ا. م. م به صورت ضمنی ملغی شده اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی حکم زمان انفاذ و الغای قوانین ماقبل ق. ا. م. م است.

## پایان

۵۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۴۰.

۵۰۶. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۹؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۳؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۳۶.

۵۰۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۲.

باب ششم: احکام متفرقه  ۴۱۷





## فهرست منابع

الف) دری:

اول: در فقه

۱. اتاسی، محمد خالد (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحكام، مترجم: محمد صديق راشد سلجوقی، قسمت حجت و سوگند، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۱. الزحیلی، وهبة (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان.
۲. عبدالباقی (\_\_\_\_). رهنمای وثایق و سجلات، قندهار: مکتب محمدیه.
۳. محمسانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسماعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه.
۴. مغنیه، محمد جواد (۱۳۷۹). احوال شخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس.
۵. نذیر، داد محمد (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل، افغانستان: مطبعة نعمانی.

دوم: در حقوق

۶. احمدی، هاشم (۱۳۹۰). اصول محاکمات مدنی، چاپ اول، کابل: انتشارات مقصودی.
۷. امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، (6) جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.
۸. امیرزوی، محمد کریم (\_\_\_\_). مطالعه دوسیه های حقوق عینی: کتاب ممد درسی حقوق عینی، چاپ اول، (\_\_\_\_).
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش.
۱۰. راجی، یادگار (\_\_\_\_). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد دوم (\_\_\_\_)، (\_\_\_\_).
۱۱. راجی، یادگار (\_\_\_\_). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد دوم (\_\_\_\_)، (\_\_\_\_).
۱۲. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، انتشارات جنگل، جاودانه.
۱۳. صفایی، سید حسین قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر.
۱۴. طباطبایی، منوچهر (۱۳۸۵). حقوق اداری تطبیقی، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۱۵. عالم، محمد ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه.
۱۶. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۲): عقود معین، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
۱۷. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۱). مبادی حقوق افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.

۱۸. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). انواع قانون و فرایند قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۱۹. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۲۰. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۲۱. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۹). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی افغانستان، فصل حقوق و تکالیف اتباع خارجی، چاپ یازدهم، کابل: انتشارات سعید.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). اثبات و دلیل اثبات، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، (۲) جلد، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار.
۲۷. مشتاقی، رامین (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ چهارم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۲۸. نصیری، محمد (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه.
۲۹. هداوند، مهدی، مشهدی، علی (۱۳۹۰). اصول حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
۳۰. (\_\_\_\_) (۱۳۸۸). آشنایی با احکام قضایی محاکم: قرار های قضایی دیوان های ستره محکمه، جلد (۱)، کابل: ریاست انتشارات ستره محکمه.
۳۱. (\_\_\_\_) (۱۳۹۸). راپور فیصله های قطعی و نهایی محاکم: جزایی، امنیت عامه، مدنی و تجارتي، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۳۱۱-۳۶۸.
- سوم) مقالات:**
۳۲. مخدوم، حمید رضا (۱۳۸۷). نقش اترپول در استرداد مجرمین و راه های بهینه کردن آن، مجله کلاگه، دور دوم، شماره ۴۰.
۳۳. ویژه، محمد رضا (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجار های حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه.
۳۴. چهارم: فرهنگ ها
۳۵. انصاری مسعود محمد علی، طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۳۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۳۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.

۳۸. سیاح، عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (\_\_\_\_): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام.
۳۹. عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۴۰. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.
۴۱. پنجم: قوانین:
۴۲. قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۶۹). ۷۲۲ جریده رسمی.
۴۳. قانون طرز تحصیل حقوق (۱۳۹۷). ۱۳۰۹ جریده رسمی.
۴۴. فرمان رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد توشیح تعدیل ماده یکصد و هفتاد و نهم قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۹۲/۱۲/۷). شماره ۱۴۰، ۱۱۲۶ جریده رسمی.
- ششم: متحدالمال ها و سیمینارهای ستره محکمه:
۴۵. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۸). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۴۶. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه.
۴۷. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۱). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ۱۳۸۱، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۴۸. ژوبل، محمد عثمان (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۴۹. \_\_\_\_ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه.
۵۰. قویم، احمد فهیم (۱۳۹۸). مجموعه متحدالمال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان.
- هفتم: وبسایت ها:

51. En.m. wikipedia.org (2017 /10 /3 (آخرین بازدید
52. www.law.cornel.edu (2017 /10 /3 (آخرین بازدید
- 53.Fa.m.wikipedia.org (2017 /10 /3 (آخرین بازدید
- 54.https://www.vajehyab.com (last visit: 5/10/2019).
- 55.www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).
- 56.www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).
57. https://www.almaany.com (Last visit: 10/15/2019).
58. http://simayeadalat.blogfa.com/post/18 (2016 /3 /9 (آخرین بازدید

(ب) عربى:

٥٩. الزحيلي، وهبة (\_\_\_). الفقه الاسلامى و ادلته، ١٢ جلد، كويته: انتشارات مكتب رشيديه
٦٠. الزحيلي، وهبة (\_\_\_). اصول الفقه اسلامى، ٢ جلد، كويته: انتشارات مكتب رشيديه.
٦١. احمد السنهورى، عبدالرزاق (٢٠٠٢م). الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، ١٤ ج، بيروت، لبنان: چاپ دار احياء التراث العربى.
٦٢. القره داغى، على محى الدين (١٤٠٣ ق). المقدمة فى المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية.
٦٣. جزايرى، عبد الرحمن (\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، ٦ جلد، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى.
٦٤. زيدان، عبدالكريم (١٣٨٥). الوجيز فى اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان.
٦٥. سعيد الصاغر جى، اسعد محمد (\_\_\_). الفقه الحنفى و ادلته، ٣ ج، پاكستان: چاپ كتابخانه رشيديه.
٦٦. مصطفى احمد، زرقاء (١٩٦٧-١٩٦٨م). المدخل الفقهى العام، (٣) جلد، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر.
٦٧. محمود، طهماز، عبدالحميد (\_\_\_). الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، (٥) جلد، پاكستان: چاپ مكتب حقانيه.
٦٨. \_\_\_ (١٤٠٤ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (٣٠)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية.

(ج) انگليسى:

69. D. L. A Barker and C. F. Padfield (1375). Law, 1st edit, Tehran: Arian bookshop.
70. Robbers, Gerhard (2002). An Introduction to German Law, Translated into English by Miceal Jewll, fifth edit, (\_\_\_).
71. Kharofa, Alaeddin (2009). *Transctions In Islamic Law*, fourth edit, Kuala Lumpur: ASN.
72. Peter Hay, Patrick J. Borchers and Ricarhd D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th edit, USA: Foundation Press.
72. P. Statsky, William (\_\_\_). Family Law, sixth edition, New York: Delmar Gengage Learning.

نظام الدين عبدالله فرزند عبدالرحيم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکرده ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران - واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جایب، حقوق عینی، حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و ... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه/پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق و جایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق و ... را در این دانشگاه/پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدين عبدالله (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفيذ، انتهاء و اثبات وجیبه، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۶) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۹) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل - افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

- (۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- (۱۲) جولیا پیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
- (۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- (۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- (۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.
- دوم) مقالات:**
- (۱) نظام الدین عبدالله و داکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- (۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- (۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.
- سوم) به انگلیسی:**

1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.

2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

# **Commentary on the Civil Procedure Code of Afghanistan**

---

**First edition**

**2024**

**Nezamuddin Abdullah**

(Assistant Professor of Law & PhD candidate of Private Law)