

بررسی تطبیقی اماره تصرف برای اثبات مالکیت در حقوق ایران و عراق

مجید ابراهیمی^۱، سمیه ابراهیمی^۲

^۱ دانشگاه آزاد اسلامی، واحد میبد

^۲ دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ابرکوه

نام نویسنده مسئول:

مجید ابراهیمی

چکیده

حقوق ایران به رغم بهره‌گیری از تجارت حقوقی کشورهای اروپایی، از ابتدا بر پایه و اساس فقه امامیه بنا شده است. از طرفی فقه امامیه در خیلی از مسائل مبتنی بر قواعد فقهی است که اختصاص به مورد خاص ندارد. در میان قواعد فقه، قاعده ید (اماره تصرف) از مشهورترین و معتبرترین قواعدی است که در حقوق ایران یکی از مهمترین طرق کسب مالکیت و آنگاه اثبات الکت می‌باشد. اینکه ارزش و اعتبار تصرف به عنوان دلیل اثبات مالکیت در مقام تنازع تا چه اندازه‌ای است، حدود و ثغور و دایره شمول آن چقدر است و در نهایت در مقام تعارض با سایر ادله اثبات مالکیت تا چه اندازه تاب مقاومت دارد، در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی به بررسی اماره تصرف در سند مالکیت را در حقوق عراق پرداخته است و نتایج نشان می‌دهد، بطور کلی در مقام تعارض تصرف با بینه از یک طرف و در مقام تعارض با استصحاب از طرف دیگر، تصرف مقدم داشته می‌شود. در مقام تعارض با سند رسمی، تصرف تاب مقاومت ندارد و در صورت تعارض دو تصرف بر یک مال، جانب تصرف قوی‌تر گرفته می‌شود. در حقوق عراق نیز، تصرف یکی از ادله اثبات مالکیت است و در مقام تعارض با سایر ادله، در صورتی مقدم داشته می‌شود که توسط سایر امارت و قرائن مخدوش نگردد.

واژگان کلیدی: اماره تصرف، حقوق ایران، حقوق عراق، قانون مدنی.

مقدمه

در فقه و حقوق قواعد گوناگون و متنوعی وجود دارد که اختصاص به مورد معین ندارد؛ برخی از آنها فقط قاعده ای فقهی است و بعضی، هم در فقه و هم در حقوق استناد و استعمال می شود. از قواعد معتبر و معروف فقه و حقوق، قاعده ید می باشد که از آن، به اماره تصرف، اماره ید، قاعده تصرف، ید و غیره، اسم برده شده است. اهمیت این قاعده و کاربرد وسیع آن موجب گردیده است که معمولاً فقیهان و حقوق دانان در اظهارات و نوشته های خود به این قاعده اشاره می کنند و در مقام تنازع و اختلاف، به عنوان دلیل مالکیت (حتی مردم عادی هم) به آن استناد می نمایند.

«تصرف» به عنوان مالکیت، پژوهش تخصصی حقوق مدنی از حقوق اموال و مالکیت است. تخصصی شدن حقوق مدنی از ضروریات زندگی در هزاره سوم میلادی است. با توجه به دگرذیسی حقوق مدنی به حقوق اقتصادی و دگرسانیهای سریع پدیده های اجتماعی- اقتصادی و ارتباط این پدیده ها با دیگر پدیده های مرتبط به نظم حقوقی حاکم بر «حقوق اموال و مالکیت» است، کارآمدی حقوق را دو چندان می کند. علاوه بر آن، تحولات پیاپی در قوانینی در دهه اخیر ضرورت بازنگری پژوهشی نوین در امر تصرف به عنوان مالکیت را دو چندان می کند. رفع ابهام و ایهام با پرسشگری قضایی و پاسخ پرسشی نسبت به پژوهش ضرورت تخصصی کردن حقوق مدنی را با محوریت حقوق اقتصادی و جایگاه آن در علم حقوق شدت و حدت می بخشد. سلطه بر اموال و تأثیر آن در نظم اقتصادی- حقوقی موجود امور و علوم اقتصادی- حقوقی از بحث تجریدی و انتزاعی به عینی و کاربردی و کارکردی حقوق اقتصادی تبدیل می گردد. پژوهش ژرف در امر تصرف به عنوان مالکیت حکایت از این امر دارد که: تصرف به عنوان مالکیت، اماره تصرف است. اماره تصرف، یعنی تصرف هر متصرف در مالی از اموال، دلیل و اماره مالکیت اوست. (م: ۳۵ ق.م)

درباره زمان پیدایش اماره تصرف، در مفهوم کلی، ممکن است مأخذ مسلمی وجود نداشته باشد و از مبتکر خاصی برای این قاعده نام نبرند. اما، با حدس و گمان بلکه ظن قوی می توان، هنگام ایجاد و استناد به این قاعده را به زمان آفرینش انسان در این جهان خاکی (و یا حتی پاره ای از موجودات دیگر) گره زد؛ به روزگاری که آن انسان اولیه (یا مخلوق دیگر)، خود را مالک شیئی می دانست که در دستهایش قرار داشت. اما آرام آرام زندگی آدمی دگرگون شد و نیازهای او افزون تر و پیچیده تر گردید، در این مرحله، مفهوم ید از دست و چنگ فراتر رفت و اشیاء بزرگ و امور اعتباری را نیز دربرگرفت تا سرانجام به تمدن امروزی رسید که انسان گوشه چشمی به مالکیت در کرات دیگر دارد. انگیزه انتخاب این موضوع، کاربرد علمی، وسیع و تاندازه ای همیشگی آن است که تحقیق پیرامون آن را بر هر طالب علم حقوق لازم می کند و فراگیری بهتر و یادآوری احکام آن موجب می شود، به رابطه ملموس فرد بر شیء و تعلق آن به شخص، بیشتر آگاه شویم و هرگاه اختلاف و تردیدی در حدود و شمول این قاعده پیش آمد، به کمک مستندات و احکام این اماره، آنها را رفع نماییم.

حقوق عراق به رغم بهره گیری از تجارب حقوقی کشورهای اروپایی، از ابتدا بر پایه و اساس فقه اسلامی بنا شده است، از طرفی فقه اسلامی در خیلی از مسایل مبتنی بر قواعد فقهی است که اختصاص به مورد خاص ندارد، در میان قواعد فقه؛ اماره تصرف (قاعده ید) از مشهورترین و معتبرترین قواعدی است که در حقوق عراق هم یکی از مهم ترین طرق کسب مالکیت و آنگاه اثبات مالکیت می باشد. اینکه ارزش و اعتبار تصرف بعنوان دلیلی اثبات مالکیت در مقام تنازع تا چه اندازه است، حدود و دایره شمول آن چقدر است و در نهایت در مقام تعارض با سایر ادله اثبات مالکیت تا چه اندازه تاب مقاومت دارد، در این تحقیق قلمرو اماره تصرف و نقش آن به عنوان یکی از اسباب کسب مالکیت بررسی شده است. در صورت تعارض اماره با اقرار، اسنادکتبی و شهادت، متصرف نمی تواند جهت اثبات مالکیت به تصرف استناد نماید و به عبارتی دلایل مذکور بر اماره تصرف مقدم است. در تعارض میان اماره تصرف با امارات قضایی، اماره قضایی مقدم می شود و در صورت تعارض دو اماره تصرف، تصرفی که دارای اوصاف مالکیت قوی تری باشد مقدم است و بالاخره با وجود اماره تصرف، استناد به سوگند صحیح نیست و اماره تصرف بر آن مقدم است.

اماره در لغت به معنی علامت، نشان و نشانه است و جمع آن امارات است در اصطلاح، اماره عبارت است از هر چیزی که اولاً جنبه کاشفیت و حکایت از چیز دیگری را داشته باشد، مانند تصرف که ظاهراً حکایت از مالکیت در شیء مورد تصرف می کند. ثانیاً کاشفیت مزبور قطعی نبوده بلکه ظنی باشد، مانند تصرف. ثالثاً قانونگذار کاشف مزبور را مورد توجه قرار داده و آن را وسیله اثبات قرار دهد. امارات در علم حقوق عراق از جایگاه ویژه ای برخوردارند، به طوری که به موجب بند ۴ ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی امارات از ادله اثبات دعوا شمرده شده اند. و همچنین به موجب ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی اماره عبارت است از اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود. از طرفی در حقوق عراق موجب فصل سوم ماده ۶۹ قانون مدنی عراق امارات از ادله اثبات دعوا شمرده شده اند. و همچنین به موجب همین قانون مدنی اماره عبارت است از اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود. در اصطلاح حقوقی تصرف عبارت است از دخالت و تصمیم گیری مالکانه نسبت به امور و اموال، که دو نوع تصرف حقوقی و عادی تقسیم می شود. تصرفات

حقوقی به اقدام به یک عمل حقوقی مانند بیع نسبت به مالی معین می‌گویند و برای آن اهلیت لازم است به خلاف تصرفات عادی که اهلیت لازم ندارد.

البته قانون مدنی عراق تصرف را تعریف نکرده و تمیز آن را بر عهده عرف نهاده است همان طور که بیان شد، اماره تصرف یکی از شایع ترین ادله اثبات مالکیت است، به خصوص در مالکیت اموال منقول که اغلب موارد انتقال آنها با داد و ستد انجام می شود و تنظیم سند مرسوم نیست. اما می دانیم که درجه اعتبار اماره از سایر دلایل کمتر است و در صورت تعارض با ادله دیگر از جمله اقرار و سند و شهادت تاب مقاومت ندارد و حکومت با دلیل است. به همین علت است که قانونگذار در ماده ۶۸ قانون مدنی عراق بعد از اینکه تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت دانسته در ادامه مقرر داشته: مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. تا این تصور ایجاد نشود که اعتبار این فرض قانونی به اندازه سایر ادله اثبات می باشد.

تعارض سند با اماره قانونی

امارات قانونی تنها نقش اثباتی دارند و مسأله ی دلیل آوری را حل می نمایند. در واقع، قانونگذار با جابجایی موضوع دلیل به نفع یکی از طرفین اجازه می دهد که با استنتاج از امری که اثبات آن معمولاً بسیار آسان است، وجود امری را اثبات نماید که اثبات آن معمولاً غیر ممکن و یا بسیار دشوار است؛ اما در عین حال نباید تصور نمود که اماره قانونی، بار دلیل را از دوش طرفی که اماره به نفع اوست برداشته و به دوش طرف مقابل می گذارد. در حقیقت، امارات قانونی با جابجا کردن موضوع دلیل، تنها بار دلیل را سبک می نمایند؛ بدین معنی که مدعی، حتی با وجود اماره قانونی که به سود او وجود دارد، باید اوضاع و احوالی که از وجود آن ها، وجود امر مورد ادعا استنتاج می شود را اثبات نماید تا بتواند از اماره قانونی بهره مند شود. البته اثبات آن اوضاع و احوال، گاه به اندازه ای آسان است که تصور مزبور به وجود می آید. برای مثال، به موجب ماده ۱۱۰ ق.م. «بنا به طور توصیف و وضع سرتیر از جمله قرائن است که دلالت بر تصرف و اثبات توصیف و وضع سر تیر است که به سهولت با معاینه ی محل یا حداکثر کارشناسی امکان پذیر می باشد.

حقوق ایران

ماده ۱۳۲۳ ق.م. در خصوص اعتبار اماره قانونی مقرر می دارد، «امارات قانونی در کلیه ی دعاوی (اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست) معتبر است، مگر آنکه دلیل برخلاف آن موجود باشد». بنابراین محدوده ی اعتبار اماره قانونی تا جایی است که دلیلی مخالف آن وجود نداشته باشد. در واقع، اعتبار اماره قانونی مبتنی بر غلبه و ظاهر است و همیشه می توان خلاف آن را اثبات کرد و به بیان دیگر، دلیل بر اماره قانونی مقدم است و بر آن حکومت دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱۹) بنابراین امارات قانونی، با وجود دلیل مخالف بی اثر می شوند؛ زیرا دلیل مخالف موجب می شود که پرده ی تاریک گشوده شود و واقع را آن گونه که هست بنمایاند. اماره قضایی نیز می تواند اماره قانونی را بی اثر نماید.

و لازم نیست دلایلی مانند سند، اقرار یا گواهی وجود داشته باشد؛ زیرا اماره قانونی بر ظن نوعی است، اما اماره قضایی وجدان قاضی را اقناع می نماید.

بی اثر شدن اماره قانونی در برابر هر دلیل مخالف، این نتیجه را بدست می دهد که اماره قانونی را نباید از ادله ی اثبات دعوا به معنی دقیق واژه به شمار آورد؛ زیرا تعارض دو دلیلی که توان اثباتی واحد دارند موجب ساقط شدن آنها می شود، در حالی که اماره قانونی با هر دلیل دیگری از اثر می افتد. ۱۰ با توجه به آنچه گفته شد، هرگاه سند که از مهم ترین دلایل اثبات دعوا است، برخلاف اماره قانونی دلالت کند، باید سند را مقدم دانست. به عنوان مثال، اگر کسی مالی را در تصرف خود داشته و به عنوان مالکیت در آن تصرف کند، مطابق ماده ۳۵ ق.م. اماره تصرف بر مالکیت او دلالت می کند، اما اگر شخص دیگری مدعی مالکیت همان مال شده و سند رسمی یا معتبری دال بر اثبات ادعای خود ارائه دهد، بر اماره تصرف مزبور مقدم شده و به مالکیت وی حکم داده خواهد شد.

فقه امامیه

قانون مدنی ایران امارات را به دو دسته ی اماره قانونی و قضایی تقسیم کرده است، اما در فقه این دو اصطلاح به کار نرفته است. لذا باید با توجه به معنایی که در حقوق از این دو اصطلاح مد نظر است، معادل آنها را در فقه به دست آورد. به موجب ماده ۱۳۲۲ ق.م. «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده، مثل امارات مذکور در این قانون، از قبیل مواد ۱۱۵۹، ۱۱۵۸، ۱۱۱۰، ۱۰۹، ۳۵ و غیر آن ها و سایر امارات عراق که در قوانین دیگر» ماده ۳۵ ق.م. راجع به اماره تصرف، مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ ق.م. راجع به اماراتی که وضعیت مالکیت دیوار مابین دو ملک را مشخص می کند و مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. در خصوص اماره فراش است. خصوصیت مشترک تمامی این امارات آن است که قانونگذار امور و علایمی را دلیل بر واقع قرار داده است؛ علایمی که ایجاد ظن نوعی نسبت به واقع می کنند، ولی کاشفیت تمام از واقع ندارند؛ هر چند در غالب موارد مطابق با واقعیات خارجی هستند. این مسأله توسط فقها و اصولیون امامیه به صراحت مورد توجه قرار گرفته است و از آن به عنوان اماره (و نه اماره قانونی) یاد کرده و در تعریف آن گفته اند: «طریقی است که ذاتاً کاشفیت نوعی ناقص

از واقع دارد و توسط شارع برای شخصی که نسبت به واقع جاهل است به عنوان دلیل و راهنما جعل شده است» (شمس، ۱۳۸۴: ۳۷۰) طبق این تعریف، اماره از دو عنصر تشکیل می‌شود:

یکی کاشفیت نوعی ناقص از واقع و دیگری امضاء و تأیید آن توسط شارع یا به تعبیر دیگر (به تصویر صفحه مراجعه شود) تتمیم کشف و امضاء طریقیت آن توسط شارع. مقصود از کاشفیت نوعی آن است که اماره در نزد نو عقلا باعث کشف از واقع می‌گردد، هرچند ممکن است نزد یکایک عقلا چنین نباشد؛ البته این کشف، ناقص است. و عنصر فوق را در امارات قانونی به وضوح می‌توان ملاحظه کرد. برای مثال اماره‌ی تصرف در نزد نوع عقلا و خردمندان کاشف از مالکیت متصرف می‌باشد (عنصر اول) و قانونگذار آن را تأیید و امضاء کرده است (عنصر دوم). بنابراین اصطلاح معادل «اماره‌ی قانونی» در فقه امامیه، همان «اماره» است.

شهادت، طریقی برای احراز واقعیت است که شارع مقدس آن را امضاء و تأیید کرده است و شرایطی را نیز، از جمله عدالت شاهد، بر آن افزود. در واقع، شهادت ارزش طریقی دارد نه موضوعی و بدون شک سند نیز همین‌طور است. در تعارض دو دلیل که هر دو ارزش طریقی دارند، سیره‌ی عقلا بر این استقرار یافته است که دلیل قوی‌تر را مقدم می‌دارند و برای تشخیص دلیل قوی‌تر به دنبال مرجحاتی می‌گردند که اطمینان یا ظن ناشی از یکی از این دو دلیل را نسبت به دیگری تقویت نماید. در تعارض بین سند معتبر با شهادت، اطمینان نوعی عقلایی حاصل از سند معتبری، قوی‌تری از اطمینان حاصل از شهادت است؛ زیرا در سند معتبر، برخلاف شهادت، احتمال سهو و نسیان وجود ندارد. (الصدر، ۱۹۷۹: ۳۳۶)

بنابراین اگر ثابت شود که در صورت تعارض شهادت با اماره‌ی قانونی، شهادت مقدم می‌شود، براساس قاعده‌ی اولویت می‌توان نتیجه گرفت که در صورت تعارض سند معتبر با اماره‌ی قانونی نیز، سند مقدم خواهد شد. فقهای امامیه در بحث تعارض بین اماره‌ی تصرف، بین اماره‌ی مقدم دانسته‌اند. (الانصاری، ۱۴۲۳: ۱۴۱۹) این نظریه به عنوان امری مسلم، مورد قبول تمام فقها قرار گرفته است. (الموسوی البجنوردی، ۱۹۶۹: ۱۷۴) در واقع، امارات قانونی در صورتی جریان می‌یابد که نسبت به واقع شک داشته باشیم. بنابراین هرگاه این شک به گونه‌ای مرتفع گردد، دیگر موردی برای جریان امارات قانونی وجود نخواهد داشت و اصولاً نوبت به آن‌ها نمی‌رسد. مرتفع شدن شک ممکن است با علم عادی یا علم تعبّدی باشد. مقصود از علم تعبّدی حالتی است که شارع آن را به منزله‌ی علم قرار داده و آثار علم را بر آن مترتب نموده است. در هر حال، بین اماره‌ی قانونی مقدم خواهد شد؛ زیرا بین اماره‌ی علم عادی برای نوع عقلاست یا دست کم باعث پیدایش علم تعبّدی است. بنابراین از آنجاکه توان اثباتی سند معتبر از بین قوی‌تر است، لذا به طریق اولی سند بر اماره‌ی قانونی مقدم خواهد بود.

حقوق عراق

در حقوق عراق تعریف اماره و انواع آن به همان ترتیبی است که در حقوق ایران مورد مطالعه قرار گرفت. به موجب ماده ۹۹ قانون ادله‌ی اثبات عراق، «... اماره‌ی قانونی تا جایی معتبر است که دلیلی خلاف آن یافت نشود». این حکم تنها در مورد امارات نسبی اجرا می‌گردد. در حقوق عراق، امارات قانونی را به مطلق و نسبی تقسیم نموده‌اند و بر این عقیده‌اند که امارات قانونی، علی‌الاصول نسبی‌اند. ۱۶ اماره‌ی قانونی مطلق، اماره‌ای است که اثبات خلاف آن پذیرفته نمی‌شود. در عین حال، نباید تصور نمود که همواره براساس اماره‌ی قانونی مطلق حکم صادر می‌شود؛ زیرا اقرار و سوگند می‌تواند جریان دعوا را برعکس نماید. برای مثال هرچند مالکیت حیوان، اماره‌ای برمسئول بودن مالک در مقابل خسارت وارده از سوی حیوان می‌باشد و اثبات خلاف آن از سوی مالک پذیرفته نمی‌گردد، اما همواره ممکن است که طرف مقابل به نفع مالک و بر ضرر خود اقرار نماید و اماره‌ی مزبور که به نفع خودش است را و لازم نیست دلایلی مانند سند، اقرار یا گواهی وجود داشته باشد؛ زیرا اماره‌ی قانونی بر ظن نوعی است، اما اماره‌ی قضایی وجدان قاضی را اقناع می‌نماید.

بی‌اثر شدن اماره‌ی قانونی در برابر هر دلیل مخالف، این نتیجه را بدست می‌دهد که اماره‌ی قانونی را نباید از ادله‌ی اثبات دعوا، به معنی دقیق واژه به شمار آورد؛ زیرا تعارض دو دلیلی که توان اثباتی واحد دارند موجب ساقط شدن آن‌ها می‌شود، در حالی که اماره‌ی قانونی با هر دلیل دیگری از اثر می‌افتد. با توجه به آنچه گفته شد، هرگاه سند که از مهم‌ترین دلایل اثبات دعواست، برخلاف اماره‌ی قانونی دلالت کند، باید سند را مقدم دانست. به عنوان مثال، اگر کسی مالی را در تصرف خود داشته و به عنوان مالکیت در آن تصرف کند، مطابق ماده ۳۵ ق.م. اماره‌ی تصرف بر مالکیت او دلالت می‌کند، اما اگر شخص دیگری مدعی مالکیت همان مال شده و سند رسمی یا معتبری دال بر اثبات ادعای خود ارائه دهد، بر اماره‌ی تصرف مزبور مقدم شده و به مالکیت وی حکم داده خواهد شد.

تعارض سند با اماره ی قضایی

حقوق ایران

در خصوص محدودی اعتبار اماره ی قضایی، ماده ۱۳۲۴ ق.م.مقرر می دارد که این امارات «...در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله ای دیگر را تکمیل کند». اماره ی قضایی اوضاع و احوالی است که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود و از آنجا که قاضی نمی تواند در استدلال برای یک مسأله به صرف ظن و گمان اکتفا کند،^{۱۸} معلوم می شود که اماره ی قضایی تنها در صورتی معتبر و قابل استناد می باشد که برای قاضی ایجاد اطمینان یا علم عادی کند و بنابراین اعتبار اماره ی قضایی در واقع به علم قاضی برمی گردد. علم قاضی به عنوان یکی از ادله ی اثبات دعوا در ماده ۱۳۲۵ ق.م.مطرح شده و تصریح گردیده است که این علم ممکن است بر «مبنای اسناد یا امارات» باشد. در واقع، اماراتی که برای قاضی ایجاد علم می کنند، به طور معمول، امارات قضایی هستند و نه امارات قانونی که موجد ظن نوعی می گردند.

در قانون آیین دادرسی مدنی از علم قاضی به صورت مستقل نام برده نشده است ولی در ماده ۲۵۵ ق.ج.مقرر شده است «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه ی محل از امارات قضایی محسوب می گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد». بر این اساس، تحقیق محلی و معاینه ی محل، دلایل مستقلاً نیستند، بلکه مصادیق اماره ی قضایی محسوب می گردند و ظاهراً به همین دلیل در قانون مدنی از آن ها نام برده نشده است.

مطلب قابل بحث در ماده ۱۳۳۵ ق.م.این است که آیا علم قاضی فقط در صورتی معتبر است که به تعبیر ماده مزبور بر «مبنای اسناد یا امارات» باشد یا اینکه اگر از طرق دیگری نیز حاصل شود معتبر خواهد بود؟ شورای عالی قضایی سابق در بخش نامه ی شماره ی ۱۵۶۳۱۳/۱ مورخ ۱۳۶۲/۱۲/۶ اظهار نظر نموده که «قاضی برای حصول قطع و یقین از هیچ نوع تحقیقی که علم را تحصیل کند منع نگردیده...» است.

مطابق این نظریه، علم قاضی از باب کشف واقع است و حصول آن هم منحصر به روش معینی نیست. در عین حال، اداره ی حقوقی قوه ی قضائیه هدر نظریه ی شماره ی ۷/۸۲۷۰ خود به تاریخ ۱۶/۱۲/۱۳۷۳ بر خلاف این بخش نامه تصریح کرده است که با توجه به ماده ۱۰۵ ق.م.ا. علم قاضی فقط در موارد مشخص کیفری مؤثر است و در امور حقوقی تأثیری ندارد و دادگاه باید بر اساس ادله حکم بدهد.^{۲۰} به موجب ماده ۱۰۵ ق.م.ا. «حاکم شرع می تواند در حق الله و حق الناس به علم خود عمل کند و حد الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند. اجرای حد در حق الله متوقف به درخواست کسی نیست ولی در حق الناس اجرای حد موقوف به درخواست صاحب حق می باشد». راست است که این ماده به امور کیفری مربوط می شود؛ چرا که در ضمن مواد قانون مجازات اسلامی قرار گرفته و در خود ماده نیز صریحاً از اجرای حد الهی سخن به میان آمده است، اما نگارنده معتقد است که بر اساس قیاس اولویت می توان نتیجه گرفت که استناد قاضی به علم خود در امور حقوقی نیز جایز است؛ زیرا بدون شک اهمیت امور کیفری به دلیل ارتباط داشتن با جان و ناموس مردم بیش از امور حقوقی است. بنابراین، هرگاه در چنین امر مهمی، استناد قاضی به علم خود جایز باشد، دراموری که از اهمیت کمتری برخوردار است، به طریق اولی، استناد به علم قاضی جایز خواهد بود. آنچه بیشتر موجب شگفتی است این می باشد که اداره ی حقوقی قوه ی قضائیه در پاسخ خود به صراحت از ماده ۱۰۵ ق.م.ا. انحصار اعتبار علم قاضی را در امور کیفری استنتاج کرده است، در حالی که ظاهر این ماده، چنانچه در فوق آمد، مشتمل بر هیچ کلمه ای که دلالت بر انحصار کند نیست و ذکر این ماده در مجموعه ی مواد قانون مجازات اسلامی نیز به هیچ وجه دلالت بر انحصار مزبور نمی کند. عجیب تر آنکه اداره ی حقوقی در پاسخ خود هیچ گونه اشاره ای به ماده ۱۳۳۵ ق.م.نکرده و توضیحی نداده که چگونه با وجود تصریح این ماده به اعتبار علم قاضی می توان آن را نادیده گرفت و علم قاضی را در امور حقوقی مؤثر ندانست.

ممکن است در ردّ استناد به ماده ۱۳۳۵ ق.م.گفته شود که آنچه در این ماده معتبر دانسته شده، علم قاضی به طور مطلق نیست، بلکه «علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات» است و از آنجا که اسناد و امارات، مطابق ماده ۱۲۵۸ ق.م.خود جزء ادله ی اثبات دعوا هستند، پس آنچه اعتبار دارد اسناد و امارات است نه علمی که از آن ها برای قاضی حاصل می شود. به نظر نگارنده این اشکال وارد نیست؛ زیرا لازمه ی این سخن، لغو بودن اصطلاح علم قاضی در ماده ۱۳۳۵ ق.م.می باشد. افزون بر آن، اعتبار اماره ی قضایی، علی الاصول، به علم قاضی برمی گردد؛ زیرا مطابق ماده ۱۳۲۱ ق.م.ا. اماره ی قضایی عبارت از اوضاع و احوالی است که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته شود و واضح است که در نظام حقوقی ایران که بر مبنای فقه امامیه استوار است، قاضی نمی تواند به ظن و گمان ناشی از اوضاع و احوال خاصی اعتماد کرده و بر اساس آن حکم کند، بلکه فقط در صورت حصول علم و اطمینان از امارات قضایی می تواند بر اساس آن حکم نماید. از سوی دیگر، تمام اسنادی که مورد استناد طرفین دعوا قرار می گیرند همواره معتبر نیستند، ولی ممکن است از مجموع چند سند که هریک به تنهایی معتبر شمرده نمی شوند، برای قاضی ایجاد علم شود.

بنابراین صحیح نیست که اسناد مذکور در ماده ۱۳۳۵ ق.م.را فقط ناظر به اسناد معتبر دانست، بلکه اسنادی که مجموع آن ها (نه هریک به تنهایی) برای قاضی ایجاد علم می نماید را نیز شامل می شود. در نتیجه، نمی توان گفت عبارت «علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات» که در ماده

۱۳۳۵ ق.م. به کار رفته، اشاره به آن دارد که آنچه معتبر محسوب می‌گردد «اسناد و امارات» است نه «علم قاضی». بدین ترتیب به کارگیری اصطلاح علم قاضی نه تنها لغو نخواهد بود، بلکه نشان‌دهنده اعتبار آن به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا در کنار سایر ادله می‌باشد. در صورتیکه استدلال فوق برای اعتبار علم قاضی به عنوان دلیل مستقل اثبات دعوا پذیرفته نشود، حداقل آن است که قانون در خصوص اعتبار علم قاضی در امور حقوقی سکوت کرده و در نتیجه موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی محقق می‌گردد که به موجب آن می‌باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه نمود. مراجعه به منابع معتبر فقهی، ما را به این نتیجه می‌رساند که نه تنها مشهور فقهای امامیه اعتبار علم قاضی را به طور مطلق در امور حقوقی و کیفری پذیرفته‌اند، بلکه برخیز ایشان بر این مسأله ادعای اجماع کرده‌اند. فقهای عامه نیز اعتبار علم قاضی را به عنوان دلیل مستقل اثبات دعوا پذیرفته‌اند.

در هر حال، عبارت «علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات»، مذکور در ماده ۱۳۳۵ ق.م. هیچ‌گونه محدودیتی برای منشاء علم قاضی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا امارات مذکور در این ماده، به دلیل اطلاقی که دارد، شامل تمامی امارات قانونی و قضایی می‌شود. امارات قضایی دامنه‌ی وسیعی داشته و هرگونه اوضاع و احوالی که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته شود را در بر می‌گیرد. بنابراین، علم قاضی از دیدگاه قانون مدنی از هر طریقی حاصل شود معتبر خواهد بود.

حال که اعتبار علم قاضی به طور مطلق و به عنوان یکی از ادله‌ی مستقل اثبات دعوا از دیدگاه حقوق ایران ثابت شد و همچنین مشخص گردید که امارات قضایی، در واقع، به علم قاضی بر می‌گردند و اعتبار خود را از آن منبع کسب می‌کنند، باید به این سؤال اصلی بپردازیم که در صورت تعارض سند با اماره‌ی قضایی، از دیدگاه حقوق ایران، کدامیک مقدم است؟

از نوشته‌های برخی حقوقدانان چنین استفاده می‌شود که به هنگام تعارض سند و یا هریک از ادله‌ی اثبات دعوا با اماره‌ی قضایی، تقدم با سند و دیگر ادله است. برخی نویسندگان نظر داده‌اند که اماره‌ی قضایی مادامی می‌تواند دادرس را به امر مجهولی که مورد دعوا می‌باشد راهنمایی نماید و آن را اثبات کند که دلیلی خلاف آن اقامه نشود؛ زیرا با ابراز دلیل خلاف، دادرسی نمی‌تواند به آنچه اماره‌ی قضایی او را راهنمایی نموده، قطع حاصل نماید. ۲۵ مطابق این نظر، علی‌الاصول، با وجود هریک از ادله‌ی اثبات دعوا برخلاف مفاد اماره‌ی قضایی، این اماره شرط اعتبار خود را که ایجاد قطع و یقین برای قاضی است، از دست می‌دهد و در نتیجه اصلاً نمی‌تواند در مقام تعارض با دلیل دیگری قرار گیرد تا چه رسد به آنکه بر آن دلیل مقدم شود. برخی دیگر اظهار نظر نموده‌اند که در صورت نبودن ادله‌ی اثبات دعوا و اماره‌ی قانونی، به اماره‌ی قضایی استناد می‌شود. ۲۶ بر طبق این نظر نیز، اصولاً اماره‌ی قضایی در رتبه‌ی متأخر از سایر دلایل قرار دارد و بنابراین هیچ‌گاه در مقام تعارض با آن‌ها قرار نخواهد گرفت.

نظر اول از دیدگاه نگارنده، تا تمام به نظری می‌رسد؛ زیرا اماره‌ی قضایی ممکن است آن قدر قوی باشد که با وجود اقامه‌ی دلیل برخلاف آن موجب حصول علم و اطمینان برای قاضی شود. در واقع، نمی‌توان گفت که ایجاد چنین وضعیتی ممکن نیست؛ زیرا حصول علم به تشخیص قاضی بستگی دارد و روشن است که پیشاپیش نمی‌توان یک قاعده‌ی کلی درباره‌ی تمام قراین و امارات قضایی و تأثیری که در وجدان قاضی بر جای می‌گذارد صادر کرد. نظر دوم نیز که رتبه‌ی اماره‌ی قضایی را متأخر از دیگر ادله‌ی اثبات دعوا دانسته است، مستند به هیچ دلیل قانونی و تحلیل قوی نمی‌باشد.

تنها قیدی که قانونگذار برای استناد به اماره‌ی قضایی بیان کرده آن است که این اماره «در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله‌ی دیگر را تکمیل کند» (ماده ۱۳۲۴ ق.م.). در حال حاضر، با حذف مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۰، ۱۳۰۸ و ۱۳۱۱ ق.م. توسط شورای نگهبان، علی‌القاعده، هیچ‌گونه محدودیتی برای استناد به شهادت وجود ندارد و در تمام دعاوی، به جز موارد مذکور در قانون، می‌توان به شهادت شهود استناد نمود. بنابراین قید مذکور در ماده ۱۳۲۴ ق.م. مبنی بر اینکه اماره‌ی قضایی در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد، هیچ‌گونه محدودیتی ایجاد نمی‌نماید و اماره‌ی قضایی می‌تواند به عنوان دلیل اثبات، در تمام دعاوی مورد استناد قرار گیرد. در عین حال، جواز استناد مزبور مشخص نمی‌نماید که در هنگام تعارض این دلیل با دیگر ادله‌ی اثبات دعوا کدامیک مقدم خواهند بود؟

برخی نویسندگان علت عدم تعیین این امر را بدیهی بودن آن می‌دانند و معتقدند که وقتی دلیل مخالف اماره‌ی قانونی، اماره‌ی مزبور را از اعتبار می‌اندازد، به طریق اولی در مورد اماره‌ی قضایی که اوضاع و احوال خاص مورد دعوا است، دلیل مخالف باعث بی‌اعتباری این اماره می‌گردد. ۲۷ نگارنده این استدلال را قابل مناقشه می‌داند. در واقع، هر چند اماره‌ی قانونی و قضایی هر دو اماره نامیده شده‌اند، اما هریک دارای آثار خاص خود می‌باشند. اماره‌ی قانونی به حکم قانون دلیل بر امری شناخته شده است و لو اینکه برای قاضی موجب اطمینان یا حتی ظن نیز نباشد، در حالی که اماره‌ی قضایی در نظر قاضی دلیل بر امری می‌باشد که مستلزم ایجاد علم و اطمینان برای قاضی است. بنابراین اماره‌ی قضایی الزاماً موجب حصول علم و اطمینان برای قاضی است، در حالی که اماره‌ی قانونی الزاماً چنین نیست. حجیت و اعتبار علم ذاتی است؛ بدین معنا که جزء ذات آن بوده و از آن قابل انفکاک نمی‌باشد و نیازمند جعل و اعتبار قانون نیز نیست. بنابراین چگونه می‌توان امری را که اعتبارش ذاتی است با امریکه اعتبارش ذاتی نبوده و ناشی از حکم قانونگذار است مقایسه نمود؟ بنابراین تقدم دیگر ادله‌ی اثبات دعوا بر اماره‌ی قانونی، به هیچ وجه دلیل تقدم این ادله بر اماره‌ی قضایی نمی‌باشد.

بر انحصار مزبور نمی‌کند. عجیب‌تر آنکه اداره‌ی حقوقی در پاسخ خود هیچ‌گونه اشاره‌ای به ماده‌ی ۱۳۳۵ ق.م.نکرده و توضیحی نداده که چگونه با وجود تصریح این ماده به اعتبار علم قاضی می‌توان آن را نادیده گرفت و علم قاضی را در امور حقوقی مؤثر ندانست. ممکن است در ردّ استناد به ماده‌ی ۱۳۳۵ ق.م. گفته شود که آنچه در این ماده معتبر دانسته شده، علم قاضی به طور مطلق نیست، بلکه «علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات» است و از آنجا که اسناد و امارات، مطابق ماده‌ی ۱۲۵۸ ق.م. خود جزء ادله‌ی اثبات دعوا هستند، پس آنچه اعتبار دارد اسناد و امارات است نه علمی که از آن‌ها برای قاضی حاصل می‌شود. به نظر نگارنده این اشکال وارد نیست؛ زیرا لازمه‌ی این سخن، لغو بودن اصطلاح علم قاضی در ماده‌ی ۱۳۳۵ ق.م. می‌باشد. افزون بر آن، اعتبار اماره‌ی قضایی، علی‌الاصول، به علم قاضی برمی‌گردد؛ زیرا مطابق ماده‌ی ۱۳۲۱ ق.م. اماره‌ی قضایی عبارت از اوضاع و احوالی است که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته شود و واضح است که در نظام حقوقی ایران که بر مبنای فقه امامیه استوار است، قاضی نمی‌تواند به ظن و گمان ناشی از اوضاع و احوال خاصی اعتماد کرده و براساس آن حکم کند، بلکه فقط در صورت حصول علم و اطمینان از امارات قضایی می‌تواند براساس آن حکم نماید. ۱۲۱ از سوی دیگر، تمام اسنادی که مورد استناد طرفین دعوا قرار می‌گیرند همواره معتبر نیستند، ولی ممکن است از مجموع چند سند که هریک به تنهایی معتبر شمرده نمی‌شوند، برای قاضی ایجاد علم شود.

بنابراین صحیح نیست که اسناد مذکور در ماده‌ی ۱۳۳۵ ق.م. را فقط ناظر به اسناد معتبر دانست، بلکه اسنادی که مجموع آن‌ها (نه هریک به تنهایی) برای قاضی ایجاد علم می‌نماید را نیز شامل می‌شود. در نتیجه، نمی‌توان گفت عبارت «علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات» که در ماده‌ی ۱۳۳۵ ق.م. به کار رفته، اشاره به آن دارد که آنچه معتبر محسوب می‌گردد «اسناد و امارات» است نه «علم قاضی». بدین ترتیب به کارگیری اصطلاح علم قاضی نه تنها لغو نخواهد بود، بلکه نشان‌دهنده‌ی اعتبار آن به عنوان یکی از ادله‌ی اثبات دعوا در کنار سایر ادله می‌باشد. در صورتی که استدلال فوق برای اعتبار علم قاضی به عنوان دلیل مستقل اثبات دعوا پذیرفته نشود، حداقل آن است که قانون در خصوص اعتبار علم قاضی در امور حقوقی سکوت کرده و در نتیجه موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی محقق می‌گردد که به موجب آن باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه نمود. مراجعه به منابع معتبر فقهی، ما را به این نتیجه می‌رساند که نه تنها مشهور فقهای امامیه اعتبار علم قاضی را به طور مطلق در امور حقوقی و کیفری پذیرفته‌اند، بلکه برخی از ایشان بر این مسأله ادعای اجماع کرده‌اند. ۲۳ فقهای عامه نیز اعتبار علم قاضی را به عنوان دلیل مستقل اثبات دعوا پذیرفته‌اند. (الحصری، ۱۹۸۶: ۲۳) در هر حال، عبارت «علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات»، مذکور در ماده‌ی ۱۳۳۵ ق.م.، هیچ‌گونه محدودیتی برای منشاء علم قاضی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا امارات مذکور در این ماده، به دلیل اطلاقی که دارد، شامل تمامی امارات قانونی و قضایی می‌شود. امارات قضایی دامنه‌ی وسیعی داشته و هرگونه اوضاع و احوالی که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته شود را دربرمی‌گیرد. بنابراین، علم قاضی از دیدگاه قانون مدنی از هر طریقی حاصل شود معتبر خواهد بود. حال که اعتبار علم قاضی به طور مطلق و به عنوان یکی از ادله‌ی مستقل اثبات دعوا از دیدگاه حقوق ایران ثابت شد و همچنین مشخص گردید که امارات قضایی، در واقع، به علم قاضی برمی‌گردند و اعتبار خود را از آن منبع کسب می‌کنند، باید به این سؤال اصلی بپردازیم که در صورت تعارض سند با اماره‌ی قضایی، از دیدگاه حقوق ایران، کدامیک مقدم است؟

از نوشته‌های برخی حقوقدانان چنین استفاده می‌شود که به هنگام تعارض سند و یا هریک از ادله‌ی اثبات دعوا با اماره‌ی قضایی، تقدّم با سند و دیگر ادله است. برخی نویسندگان نظر داده‌اند که اماره‌ی قضایی مادامی می‌تواند دادرس را به امر مجهولی که مورد دعوا می‌باشد راهنمایی نماید و آن را اثبات کند که دلیلی خلاف آن اقامه نشود؛ زیرا با ابراز دلیل خلاف، دادرسی نمی‌تواند به آنچه اماره‌ی قضایی او را راهنمایی نموده، قطع حاصل نماید.

مطابق این نظر، علی‌الاصول، با وجود هریک از ادله‌ی اثبات دعوا برخلاف مفاد اماره‌ی قضایی، این اماره شرط اعتبار خود را که ایجاد قطع و یقین برای قاضی است، از دست می‌دهد و در نتیجه اصلاً نمی‌تواند در مقام تعارض با دلیل دیگری قرار گیرد تا چه رسد به آنکه بر آن دلیل مقدم شود. برخی دیگر اظهار نظر نموده‌اند که در صورت نبودن ادله‌ی اثبات دعوا و اماره‌ی قانونی، به اماره‌ی قضایی استناد می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۸: ۶۹۹) برطبق این نظر نیز، اصولاً اماره‌ی قضایی در رتبه‌ی متأخر از سایر دلایل قرار دارد و بنابراین هیچ‌گاه در مقام تعارض با آن‌ها قرار نخواهد گرفت.

نظر اول از دیدگاه نگارنده، ناتمام به نظر می‌رسد؛ زیرا اماره‌ی قضایی ممکن است آن قدر قوی باشد که با وجود اقامه‌ی دلیل برخلاف آن موجب حصول علم و اطمینان برای قاضی شود. در واقع، نمی‌توان گفت که ایجاد چنین وضعیتی ممکن نیست؛ زیرا حصول علم به تشخیص قاضی بستگی دارد و روشن است که پیشاپیش نمی‌توان یک قاعده‌ی کلی درباره‌ی تمام قرائن و امارات قضایی و تأثیری که در وجدان قاضی برجای می‌گذارند صادر کرد. نظر دوم نیز که رتبه‌ی اماره‌ی قضایی را متأخر از دیگر ادله‌ی اثبات دعوا دانسته است، مستند به هیچ دلیل قانونی و تحلیل حقوقی نمی‌باشد.

تنها قیدی که قانونگذار برای استناد به اماره‌ی قضایی بیان کرده آن است که این اماره «در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شاهد قابل اثبات باشد یا ادله‌ی دیگر را تکمیل کند» (ماده‌ی ۱۳۲۴ ق.م.ن). در حال حاضر، با حذف مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۰، ۱۳۰۸ و ۱۳۱۱ ق.م. توسط شورای نگهبان، علی‌القاعده، هیچ‌گونه محدودیتی برای استناد به شهادت وجود ندارد و در تمام دعاوی، به جز موارد مذکور

در قانون، می‌توان به شهادت شهود استناد نمود. بنابراین قید مذکور در ماده ۱۳۲۴ ق.م. مبنی بر اینکه اماره‌ی قضایی در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد، هیچ‌گونه محدودیتی ایجاد نمی‌نماید و اماره‌ی قضایی می‌تواند به عنوان دلیل اثبات، در تمام دعاوی مورد استناد قرار گیرد. در عین حال، جواز استناد مزبور مشخص نمی‌نماید که در هنگام تعارض این دلیل با دیگر ادله‌ی اثبات دعوا کدامیک مقدم خواهند بود؟

برخی نویسندگان علت عدم تعیین این امر را بدیهی بودن آن می‌دانند و معتقدند که وقتی دلیل مخالف اماره‌ی قانونی، اماره‌ی مزبور را از اعتبار می‌اندازد، به طریق اولی در مورد اماره‌ی قضایی که اوضاع و احوال خاص مورد دعوا است، دلیل مخالف باعث بی‌اعتباری این اماره می‌گردد. (شیخ نیا، ۱۳۷۳: ۱۴۷) نگارنده این استدلال را قابل مناقشه می‌داند. در واقع، هر چند اماره‌ی قانونی و قضایی هر دو اماره نامیده شده‌اند، اما هریک دارای آثار خاص خود می‌باشند. اماره‌ی قانونی به حکم قانون دلیل بر امری شناخته شده است و لو اینکه برای قاضی موجب اطمینان یا حتی ظن نیز نباشد، در حالیکه اماره‌ی قضایی در نظر قاضی دلیل بر امری می‌باشد که مستلزم ایجاد علم و اطمینان برای قاضی است. بنابراین اماره‌ی قضایی الزاماً موجب حصول علم و اطمینان برای قاضی است، در حالیکه اماره‌ی قانونی الزاماً چنین نیست. حجیت و اعتبار علم ذاتی است؛ بدین معنا که جزء ذات آن بوده و از آن قابل انفکاک نمی‌باشد و نیازمند جعل و اعتبار قانون نیز نیست. بنابراین چگونه می‌توان امری را که اعتبارش ذاتی است با امریکه اعتبارش ذاتی نبوده و ناشی از حکم قانونگذار است مقایسه نمود؟ بنابراین تقدّم دیگر ادله‌ی اثبات دعوا بر اماره‌ی قانونی، به هیچ‌وجه دلیل تقدّم این ادله بر اماره‌ی قضایی نمی‌باشد.

از آنجا که در قانون مدنی ایران و دیگر قوانین مشخص نشده است که در صورت تعارض اماره‌ی قضایی با دیگر ادله‌ی اثبات دعوا، از جمله سند معتبر، کدامیک بر دیگری مقدم می‌شود، این مورد از موارد سکوت قانونگذار محسوب می‌گردد. بنابراین، برای تعیین حکم مسأله، به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به سراغ منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رفت.

فقه اسلامی

اماره‌ی قضایی موجب پیدایش علم شخصی برای قاضی است، اما سند معتبر بیشترین اثری که دارد، ایجاد علم عادی نوعی می‌باشد. در تعارض علم نوعی با علم شخصی، قطعاً علم شخصی مقدم است. در واقع، با وجود علم شخصی که مفاد آن مخالف با مفاد علم نوعی باشد، علم نوعی کاشفیت خود از واقع را از دست می‌دهد. به تعبیر دیگر، در نظر کسی که علم شخصی برخلاف مفاد علم نوعی دارد، علم نوعی مزبور در واقع جهل و دروغ بوده و به هیچ‌وجه نشانگر واقعیت نیست. روشن است که هیچ‌گاه نمی‌توان قاضی را مکلف دانست بر اساس دلیلی عمل کرده و حکم صادر کند که یقین به بطلان آن دارد؛ زیرا اصولاً ارزش ادله برای نشان دادن واقع است. بدین معنی که ادله‌ی اثبات دعوا ارزش طریقی داشته و راه‌هایی برای رسیدن به واقعیت می‌باشند؛ لذا بدیهی است که در صورت فقدان این خصوصیت، ویژگی دلیل بودن خود را از دست می‌دهند و در نتیجه، دیگر قابل استناد نخواهند بود. قوت علم شخصی حاصل از اماره‌ی قضایی نسبت به علم نوعی در برخی از نوشته‌های حقوقی نیز آمده است. برخی نویسندگان نظر داده‌اند که اگر برای قاضی علم شخصی به دست آمد، حجیت بینه و سوگند ساقط می‌شود؛ زیرا در این صورت بینه و سوگند در نظر قاضی دروغ تلقی می‌شوند و نمی‌توانند حجت باشند. (التجفی، ۱۳۸۱: ۹۰) برخی فقها نیز به صراحت، علم قاضی را قوی‌تر از بینه دانسته‌اند و معتقدند که اگر علم قاضی با بینه و سوگند مخالف باشد، باعث ثبوت کذب آن‌ها نزد قاضی می‌گردد. بنابراین در صورت تعارض سند معتبر (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۵۵) با اماره‌ی قضایی که به علم قاضی برمی‌گردد، از دیدگاه فقه امامیه تقدّم با اماره‌ی قضایی است؛ زیرا سند معتبر موجب حصول علم نوعی می‌گردد. از آنجا که در قانون ایران نسبت به این مطلب هیچ‌گونه حکمی تدوین نشده است و مصداق سکوت قانون تلقی می‌گردد، به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، برای رفع آن باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه نمود و در صورت تعارض، اماره‌ی قضایی را بر سند معتبر مقدم دانست.

با توجه به مطالبی که در فوق بیان شد نگارنده معتقد است که علم قاضی، به عنوان یکی از ادله‌ی اثبات دعوا، بایستی در قانون مدنی آورده شود. افزون بر آن، باید تصریح گردد که اعتبار اماره‌ی قضایی ناشی از علم قاضی است و اماره‌ی قضایی را نباید دلیل جداگانه‌ای به شمار آورد. همچنین برای رفع خلاء قانونی موجود در خصوص تعارض علم قاضی با سند رسمی یا معتبر باید حکم مشخصی، بر اساس آنچه گفته شد، در قانون تنصیف گردد.

حقوق عراق

در خصوص امارات قضایی، ماده ۱۰۰ قانون ادله‌ی اثبات عراق مقرر می‌دارد: «اماره‌ی قضایی اوضاعی است که در نظر قاضی دلیل بر امری محسوب می‌گردد. این اماره تنها در اموری قابل استناد می‌باشد که اثبات آن‌ها با شهادت شهود ممکن است». بنابراین استناد به اماره‌ی قضایی در حقوق عراق، برخلاف حقوق ایران، دارای محدودیت می‌باشد؛ زیرا توان اثباتی شهادت در حقوق این کشور با محدودیت روبروست. به موجب ماده ۶۰ قانون ادله‌ی اثبات عراق، «در امور غیر تجاری، اگر ارزش موضوع دعوا بیش از ۵۰۰ جنیه باشد، شهادت شهود پذیرفته نمی‌شود...» بند ۱ ماده ۱۶۱ قانون مزبور نیز مقرر می‌دارد: «خلاف مندرجات سند را با شهادت شهود نمی‌توان ثابت نمود؛ هر چند که ارزش آن بیش از ۵۰۰ جنیه نباشد...». بنابراین در دعاوی غیر تجاری که ارزش موضوع آن بیش از ۵۰۰ جنیه باشد و دعاوی خلاف مندرجات سند، نمی‌توان برای اثبات ادعا به اماره‌ی قضایی استناد نمود.

حقوقدانان عراق اظهار نظر نموده‌اند که یکی از خصوصیات امارات قضایی، غیر قاطع بودن آن‌هاست و بنابراین اثبات خلاف آن امکان‌پذیر می‌باشد و در این راه می‌توان از تمام ادله یا ثببات دعوا استفاده نمود.^{۳۰} بنابراین، با توجه به محدودیت اعتبار شهادت و همچنین اماره‌ی قضایی در مقابل سند باید پذیرفت که در هنگام تعارض سند با امارات قضایی در حقوق عراق، بادر نظر گرفتن سایر شرایط لازم، سند مقدم شده و اماره‌ی قضایی اعتبار خود را از دست می‌دهد. حتی می‌توان از این هم فراتر رفت و اظهار داشت که در حقوق این کشور اصولاً موضوع تعارض قضایی با دیگر ادله‌ی اثبات دعوا، از جمله سند معتبر، کدامیک بر دیگری مقدم می‌شود، این مورد از موارد سکوت قانونگذار محسوب می‌گردد. بنابراین، برای تعیین حکم مسأله، به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به سراغ منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رفت.

نتیجه گیری

در فقه و حقوق قواعد گوناگون و متنوعی وجود دارد که اختصاص به مورد معین ندارد؛ برخی از آنها فقط قاعده ای فقهی می باشند و بعضی، هم در فقه و هم در حقوق استناد و استعمال می شود. یکی از قواعد معتبر و معروف فقه و حقوق، قاعده ید می باشد که از آن، به اماره تصرف، اماره ید، قاعده تصرف، ید وغیره، اسم برده شده است. اهمیت این قاعده و کاربرد وسیع آن موجب گردیده است که معمولاً فقیهان و حقوقدانان در اظهارات و نوشته های خود به این قاعده اشاره می کنند و در مقام تنازع و اختلاف، به عنوان دلیل مالکیت (حتی مردم عادی هم) به آن استناد می نمایند. درباره زمان پیدایش قاعده ید، در مفهوم کلی، ممکن است مأخذ مسلمی وجود نداشته باشد و از مبتکر خاصی برای این قاعده نام نبرند. اما، با حدس و گمان بلکه ظن قوی می توان، هنگام ایجاد و استناد به این قاعده را به زمان آفرینش انسان در این جهان خاکی (و یا حتی پارهای از موجودات دیگر) گره زد؛ به روزگاری که آن انسان اولیه (یا مخلوق دیگر)، خود را مالک شیئی می دانست که در دستهایش قرار داشت. اما آرام آرام زندگی آدمی دگرگون شد و نیازهای او افزون تر و پیچیده تر گردید، در این مرحله، مفهوم ید از دست و چنگ فراتر رفت و اشیاء بزرگ و امور اعتباری را نیز دربرگرفت تا سرانجام به تمدن امروزی رسید که انسان گوشه چشمی به مالکیت در کرات دیگر دارد. انگیزه انتخاب این موضوع، کاربرد عملی، وسیع و تا اندازه ای همیشگی آن است که تحقیق پیرامون آن را بر هر طالب علم حقوق لازم می کند و فراگیری بهتر و یاد آوری احکام آن موجب می شود، به رابطه ملموس فرد بر شیء و تعلق آن به شخص، بیشتر آگاه شویم و هرگاه تردیدی در حدود و شمول این قاعده پیش آمد، به کمک مستندات و احکام این اماره، آنها را رفع نماییم. «تصرف» به عنوان مالکیت، پژوهش تخصصی حقوق مدنی از حقوق اموال و مالکیت است. تخصصی شدن حقوق مدنی از ضروریات زندگی در هزاره سوم میلادی است. با توجه به دگردیسی حقوق مدنی به حقوق اقتصادی و دگرسانیهای سریع پدیده های اجتماعی- اقتصادی و ارتباط این پدیده ها با دیگر پدیده های مرتبط به نظم حقوقی حاکم بر «حقوق اموال و مالکیت» است، کارآمدی حقوق را دو چندان می کند. علاوه بر آن؛ تحولات پیاپی در قوانینی در دهه اخیر ضرورت بازنگری پژوهشی نوین در امر تصرف به عنوان مالکیت را دو چندان می کند رفع ابهام و ابهام با پرسشگری قضایی و پاسخ پرسشی نسبت به پژوهش ضرورت تخصصی کردن حقوق مدنی را با محوریت حقوق اقتصادی و جایگاه آن در علم حقوق شدت و حدت می بخشد. سلطه بر اموال و تأثیر آن در نظم اقتصادی- حقوقی موجود امور و علوم اقتصادی- حقوقی از بحث تجربیدی و انتزاعی به عینی و کاربردی و کارکردی حقوق اقتصادی تبدیل می گردد.

از مجموع موارد گفته شده می توان موارد زیر را در باب اماره تصرف و سند مالکیت در حقوق ایران و عراق استنباط کرد:

محدوده اعتبار اماره قانونی تا جایی است که دلیلی مخالف آن وجود نداشته باشد. درواقع، اعتبار اماره قانونی مبتنی بر غلبه و ظاهراست و همیشه می توان خلاف آن را اثبات کرد و به بیان دیگر، دلیل بر اماره قانونی مقدم است و بر آن حکومت دارد. بنابراین امارات قانونی، باوجود دلیل مخالف، از جمله سند، بی اثر می شوند؛ زیرا دلیل مخالف موجب می شود که پرده ی تاریک گشوده شود و واقع را آن گونه که هست بنمایاند. در فقه امامیه و حقوق عراق نیز در صورت عارض سند با اماره قانونی، سند مقدم گردیده و اماره قانونی را بی اثر می نماید.

بی اثر شدن اماره قانونی در برابر هر دلیل مخالف، این نتیجه را بدست می دهد که اماره قانونی را نباید از ادله ی اثبات دعوا به معنی دقیق واژه به شمار آورد؛ زیرا تعارض دو دلیلی که توان اثباتی واحد دارند موجب ساقط شدن آنها می شود، درحالی که اماره قانونی با هر دلیل دیگری از اثر می افتد.

اماره قضایی اوضاع و احوالی است که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود و از آنجا که قاضی نمی تواند در استدلال برای یک مسأله به صرف ظن و گمان اکتفا کند، معلوم می شود که اماره قضایی تنها در صورتی معتبر و قابل استناد می باشد که برای قاضی ایجاد اطمینان یا علم عادی کند و بنابراین اعتبار اماره قضایی در واقع به علم قاضی برمی گردد. در صورتی که استناد به ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی، برای اعتبار علم قاضی به عنوان دلیل مستقل اثبات دعوا پذیرفته نشود، حداکثر آن است که قانون در خصوص اعتبار علم قاضی در امور حقوقی سکوت کرده و در نتیجه موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی محقق می گردد که به موجب آن باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه نمود. مراجعه به منابع معتبر فقهی، ما را به این نتیجه می رساند که نه تنها مشهور فقهای امامیه اعتبار علم قاضی را به طور مطلق در امور حقوقی و کیفری پذیرفته اند، بلکه برخی از ایشان بر این مسأله ادعای اجماع کرده اند. فقهای عامه نیز اعتبار علم قاضی را به عنوان دلیل مستقل اثبات دعوا پذیرفته اند.

یکی از خصوصیات امارات قضایی در حقوق عراق، غیر قاطع بودن آنهاست و بنابراین اثبات خلاف آن امکان پذیر می باشد و در این راه می توان از تمام ادله ی اثبات دعوا استفاده نمود.

با توجه به محدودیت اعتبار شهادت و همچنین اماره قضایی در مقابل سند در حقوق این کشور باید پذیرفت که در هنگام تعارض سند با امارات قضایی در حقوق عراق، با در نظر گرفتن سایر شرایط لازم، سند مقدم شده و اماره قضایی اعتبار خود را از دست می دهد. حتی می توان از این هم فراتر رفت و اظهار داشت که در حقوق این کشور اصولاً موضوع تعارض سند با اماره قضایی محقق نخواهد شد؛ زیرا توان اثباتی اماره قضایی کمتر از سند است و به همین علت تعارض ادله، به مفهوم اخص آن، منتفی خواهد بود.

در صورت تعارض سند معتبر با اماره‌ی قضایی که به علم قاضی برمی‌گردد، از دیدگاه فقه امامیه تقدّم با اماره‌ی قضایی است؛ زیرا سند معتبر موجب حصول علم نوعی می‌گردد. در واقع، اماره‌ی قضایی موجب پیدایش علم شخصی برای قاضی است، اما سند معتبر بیشترین اثری که دارد، ایجاد علم عادی نوعی می‌باشد. در تعارض علم نوعی با علم شخصی، قطعاً علم شخصی مقدّم است. در حقیقت، با وجود علم شخصی که مفاد آن مخالف با مفاد علم نوعی باشد، علم نوعی کاشفیت خود از واقع را از دست می‌دهد. به تعبیر دیگر، در نظر کسی که علم شخصی برخلاف مفاد علم نوعی دارد، علم نوعی مزبور در واقع جهل و دروغ بوده و به هیچ وجه نشانگر واقعیت نیست. روشن است که هیچ‌گاه نمی‌توان قاضی را مکلف دانست براساس دلیلی عمل کرده و حکم صادر کند که یقین به بطلان آن دارد؛ زیرا اصولاً ارزش ادله برای نشان دادن واقع است. بدین معنی که ادله‌ی اثبات دعوا ارزش طریقی داشته و راه‌هایی برای رسیدن به واقعیت می‌باشند؛ لذا بدیهی است که در صورت فقدان این خصوصیت، ویژگی دلیل بودن خود را از دست می‌دهند و در نتیجه، دیگر قابل استناد نخواهند بود. از آنجا که در قانون ایران نسبت به این مطلب هیچ‌گونه حکمی تدوین نشده است و مصداق سکوت قانون تلقی می‌گردد، به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، برای رفع آن باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه نمود و در صورت تعارض، اماره‌ی قضایی را بر سند معتبر مقدّم دانست.

مراجع

۱. الانصاری، الشیخ مرتضی (۱۴۱۹) فرائد الاصول، اعداد لجنة تحقیق التراث الشیخ الاعظم، قم، المجلد الاول و الثالث.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۸) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، کتابخانهی گنج دانش، تهران.
۳. الحصری، الدكتور احمد (۱۹۸۶) علم القضاء، ادلها لاثبات فی الفقه الاسلامی، الطبعة الاولى، دارالكتاب العربی، بیروت-لبنان.
۴. شمس، عبد الله (۱۳۸۴) آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، نشر دراک، تهران.
۵. شیخ‌نیا، امیر حسین (۱۳۷۳) ادلهی اثبات دعوا، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۶. الصدر، السيد محمد باقر (۱۹۷۹) دروس فی علم الاصول، دار التعارف للمطبوعات، بیروت-لبنان، المجلد الثالث.
۷. کاتوزیان، ناصر؛ (۱۳۷۳) قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر دادگستر، چاپ دوم، ص ۵۰.
۸. المسووی البجنوردی، السيد میرزا حسن (۱۹۶۹) القواعد الفقهیة، دار الاداب، النجف الاشرف، الجزء الاول.
۹. النجفی، الشیخ محمد حسین (۱۹۸۱) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، الطبعة السابعة، دار احیاء التراث العربی، بیروت-لبنان، المجلد الرابعون.
۱۰. هاشمی شاهرودی (۱۳۷۸) آیه الله سید محمود، بایسته‌های فقه جزا، چاپ اول، نشر میزان، تهران.