

دکتر ناصر کاتوزیان \*

## ماهیت و اثر اماره حقوقی

### چکیده:

در قانون مدنی اماره در زمره دلایل اثبات آمده است، ولی تفاوت عمده آن با سایر دلایل در این است که به طور مستقیم به واقع نمی‌رسد. به همین جهت، دخالت عقل در استنباط از اوضاع و احوالی که همراه با واقع است چشمگیرتر می‌شود، چندان که می‌توان گفت، آنچه دلیل به حساب می‌آید و به واقع می‌رسد، استنباط عقل از اوضاع و احوال است نه خود اوضاع و احوال. ارتباط با واسطه اماره با واقع سبب می‌شود که درجه اعتبار آن پایین‌تر از سایر ادله قرار گیرد. به همین دلیل، گفته می‌شود که، هر جا مفاد اماره با دلیل تعارض پیدا کند، دلیل مقدم است. اختلاط و تمایز اصل عملی و اماره نیز ناشی از همین شباهت اصل و اماره است. اماره را، به اعتبار مقام استنباط‌کننده از اوضاع و احوال، به دو گروه قانونی و قضایی تقسیم کرده‌اند: در اماره قانونی، نتیجه‌گیری از نشانه‌های موجود را خود قانون عهده‌دار می‌شود، ولی در اماره قضایی این مهم به قاضی واگذار شده است.

### واژگان کلیدی:

اماره، ماهیت، اصل عملی، عقل، استقراء، تجربه، استنتاج، فرض حقوقی.

\* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:

«مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی»، شماره ۱۸، سال ۵۴؛ «نقش قراردادهای خصوصی در نکاح»، شماره ۲۰، سال ۵۶؛ «سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق»، شماره ۲۱، سال ۵۸؛ «استصحاب حکومت یقین بر شک»، شماره ۲۲، سال ۶۰؛ «مبنای حقوقی انفساخ عقد جایز در اثر مرگ و حجر یکی از دو طرف»، شماره ۲۵، سال ۶۹؛ «وضع حقوقی بنا و درخت احداث شده به وسیله خریدار»، شماره ۲۸، سال ۷۱؛

ادامه در صفحه بعد

## مفهوم اماره<sup>۱</sup>

ماده ۱۳۲۱ ق.م. در تعریف اماره و بیان ماهیت آن می‌گوید: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود». این تعریف، دخالت عقل و استنباط را در اماره می‌رساند و نشان می‌دهد که قانونگذار یا قاضی به آنچه برمی‌خورد و در اختیار دارد «اوضاع و احوال» است؛ امری که به خودی خود مطلوب و هدف نیست، ولی زمینه‌ساز رسیدن به واقع مطلوب است: یعنی درایت و تجربه باید دست در دست نهند تا عقل بتواند از این معلوم به مجهولی که هدف اثبات است برسد. به همین جهت، می‌گویند اماره دلیل غیرمستقیم است.

برای رسیدن به این هدف، ذهن به دو تلاش فکری دست می‌زند و در واقع از دو ابزار منطقی استفاده می‌کند: (۱) استقراء و تجربه، (۲) استنتاج.

۱. در مرحله نخست، ذهن باید استقراء کند یا از استقراء و تجربه دیگران سود برد: به عنوان مثال: می‌بیند که هر مال به طور معمول در تصرف صاحب آن است و این نتیجه را با مشاهده مکرر و اندوخته تجربه می‌گیرد و در می‌یابد که، هرچند تصرف همان ملکیت نیست، ولی به طور معمول همراه با ملکیت است. همچنین، به تجربه در می‌یابد که داشتن اصل سند طلب نشان از پرداخت بدهی دارد و این نشانه در هر دعوا ممکن است همراه با قرینه‌های موافق و مخالف دیگر هم بشود که در نتیجه مؤثر باشد.

ادامه از صفحه قبل

«جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، سال ۷۶، شماره ۳۶ - «معمای تجدیدنظر در احکام و تعارض نیروهای اجتماعی»، سال ۷۶ - شماره ۳۷ - «ارزش سنت و جذبه عدالت در توارث همسران»، سال ۷۷، شماره ۳۹ - «حاصل جبران خسارت در نظام حقوقی آمریکا»، سال ۷۷، شماره ۴۱ - «خطای ورزشی و مسئولیت ورزشی»، سال ۷۸، شماره ۴۳ - «نقدی تحلیلی بر قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۲۶ مرداد ۱۳۷۶»، سال ۷۸، شماره ۴۵ - «تحول نهاد وقف و دورنمای آینده آن»، سال ۷۹، شماره ۴۸ - «نقد قانونگرایی افراطی»، سال ۷۹، شماره ۴۹ - «ستایش قرارداد، یا اداره قرارداد»، سال ۸۰، شماره ۵۲ - «کارشناسی: علم و تجربه در خدمت عدالت»،

سال ۸۲، شماره ۶۲.

۲. در مرحله دوم، ذهن می‌کوشد که از آنچه به تجربه دریافته است قاعده بسازد و آن را به کار برد تا به نتیجه برسد. نتیجه استنتاج او از مشاهده تجربه این قاعده است که در تصرف داشتن اماره و نشان مالکیت است. همچنین، در مورد در دست داشتن سند طلب در وضعی خاص به این نتیجه می‌رسد که مدیون دین خود را پرداخته است، چرا که هیچ کس تنها سند طلب خود را در اختیار بدهکار نمی‌گذارد، مگر این که طلب خود را گرفته باشد.

بدین ترتیب، ذهن از تقارن و همراهی متعارف «اوضاع و احوالی» (در مثال‌های ما: تصرف) به نتیجه مطلوب و مجهولی که نیاز به اثبات دارد می‌رسد. بر این مبنا، اماره را چنین تعریف کرده‌اند: «نتیجه‌ای است که قانون یا قاضی از وقایع معلوم می‌گیرد و به امر مجهول پی می‌برد» (رک. ماده ۱۳۴۹ ق.م.فرانسه: دالوز، فرهنگ حقوق مدنی، ج ۶، ش ۱۰۲۱) یا به تعبیر دیگر «حکمی است که قانون یا قاضی درباره واقعتی از نتایج حاصل از امر دیگر می‌گیرد» (پوتیه: دالوز، فرهنگ حقوق مدنی، ج ۵، ش ۱)

### انتقاد از این تعریف‌ها

نه تعریف قانون مدنی، که اقتباس شده از ماده ۱۳۴۹ ق.م. فرانسه است، و نه تعریف‌های مشابه دیگری که در این زمینه شده است، هیچ کدام حاوی جوهر اصلی و وصف ممتاز کننده اماره از دلیل به معنی خاص آن نیست: بعضی از تعریف‌ها چنان است که می‌توان برای سند یا اقرار نیز به کار گرفت، زیرا در همه آنها ذهن باملاحظه اوضاع و احوالی به حکم قانون یا دلالت عقل به مجهولی پی می‌برد. این وصف ممتاز، وجود احتمال در اصابت به واقع یا تخلف از آن و اعتماد بر ظن معتبر و گسترش آن، یا به بیان دیگر، قانون «غلبه» است.

در اثبات سنتی و آرمانی، اندیشه‌های علمی می‌کوشند که یقین و علم را مبنای اصلی اثبات و سبب آسودگی وجدان و خاطر قاضی سازند. ظن اعتباری نداشت، مگر این که قانون آن را معتبر بداند. (رک. شیخ مرتضی انصاری، فوایدالاصول: شیخ محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۶ به بعد) ولی، در همان اصل حکومت یقین، این حاشیه امنیتی وجود داشت که ظن نزدیک به علم (ظن متأخم) نیز همانند یقین است، زیرا سختگیری در این باره، اگر از حد معقول بگذرد، نظام اثباتی را دچار اختلال می‌سازد. عصر تجربه و استقراء و حدس‌ها و ابطال‌ها و پیشرفت‌های علمی بیگمان در

نظم اثباتی مؤثر افتاده است: کارشناسی بر پایه همین نشانه‌ها و قرینه‌ها و اعتماد بر احتمال معقول نهاده شده است و شگفتی اماره‌های قضایی از واکنش‌های طبیعی اندیشه‌های علمی و تجربی است. امروز زمانی فرارسیده است که باید ظن معتبر را با پایه خرد سنجید و قابل انعطاف ساخت و اماره‌ها آزمایشگاه استنتاج از قرینه‌ها و نشانه‌ها است.

در این بخش اثبات، قاضی فارغ از نظام قانونی، آزادانه قدرت اثباتی نشانه‌ها و قرینه‌ها را در وجدان خود می‌سنجد و گاه قرینه‌ای کوچک انگیزه عدالت خواهی را در او بیدار و بستر حرکت فکر را می‌آراید و باعث تصمیم نهایی می‌شود. (رک. بودان و لربور بر ژوئیر، ج ۹ به وسیله کاستون لاگارد و روزه پرو (Perrot)، ش ۱، ۱۲۹۷، ص ۳۸۸) به ویژه، پس از گسترش قدرت اثباتی شهادت و در پی آن آزادسازی اعتبار اماره‌های قضایی از مرزهای قراردادی (ماده ۱۳۲۴ ق.م.) برای طرفداران اصالت رویه قضایی در منابع حقوق پایگاه مطمئنی است.

بر این مینا، تعریف دیگری ارائه شده است، بدین مضمون: «تنظیم و ملاحظه داده‌های تجربی، به منظور دست یافتن یا دست کم ظن بر آنچه دلیل مستقیم ناممکن یا دشوار است». (رک. دیر و بولانژه، ج ۱، ش ۳۳۶) این تعریف، همان‌گونه که ارائه‌کنندگان آن یادآور شده‌اند، اجمالی و کلی است؛ فعالیت ذهنی و مبنای تجربی و ظن ناشی از غلبه را نشان می‌دهد، ولی مفهومی روشن از اماره را در ذهن ترسیم نمی‌کند. وانگهی، اماره ممکن است وسیله تقویت دلایل مستقیم شود. همچنین، بر مبنای آنچه گفته شد، در تعریف اماره می‌توان گفت: «نتیجه‌ای است که ذهن بر مبنای غلبه و سیر طبیعی امور، از نشانه‌ها و اوضاع و احوال می‌گیرد تا ظن معقولی بر وجود مجهول خود بیابد، چندان که قناعت وجدان یابد که به احتمال قوی به واقع دست یافته است». (رک. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۳۵) در این تعریف، سعی شده است که از وضع احتمالی و استنباط ذهن بر پایه داده‌های تجربی و سر طبیعی امور به‌گونه‌ای سخن گفته شود که طبع اماره را روشن سازد. با وجود این، هر اندازه که در تعریف‌هایی از این دست دقت شود، باز هم بی‌توضیح و تشریح تفاوت‌های اماره و دلیل و قاعده ماهوی و فرض‌ها نمی‌توان به بیان روشن ماهیت اماره دست یافت.

## کاوش قرینه‌ها

دامنه کاوش در قرینه‌های مورد استناد محدود نیست و در چارچوب معین و نوعی قرار نگرفته است. در اماره قانونی، قرینه را همراه با سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی قانونگذار برمی‌گزینند و قاضی، نه تنها در رعایت آن ناگزیر است، به قلمرو و شمار قرینه‌های قانونی محدود می‌شود و حق ندارد از پیش خود، و بنا به مصالح عمومی جامعه، قرینه قانونی تمهید کند. ولی، در قرینه قضایی، آزاد است و هیچ قاعده‌ای پیش ساخته او را محدود به قرینه‌های معین نمی‌کند. در هر دعوا قرینه‌های علمی و اجتماعی و عاطفی و متعارفی وجود دارد که ویژه همان رابطه است و شمار و نوع آنها را نمی‌توان محدود کرد.

اصل آزادی دادرس را در این کاوش و تحقیق دیوان کشور فرانسه از سالیانی پیش اعلام کرده و مورد استقبال استادان و نویسندگان قرار گرفته است.<sup>۱</sup> رویه قضایی، به این اصل نپرداخته است، ولی از متن قانون و اصول حقوقی به روشنی برمی‌آید. بنابراین، قاضی می‌تواند از جستجو در پرونده‌های کیفری و مدنی و روابط عاطفی و اجتماعی به قرائنی دست یابد که در آن اوضاع و احوال ویژه مبنای استنباط و دست یافتن به ظن قوی برای شناخت واقع شود.

همان‌گونه که گفته شد، این آزادی بر نظم قضایی اثر می‌گذارد و اعتباری انکارناپذیر به اعتقاد و قناعت وجدان و انگیزه عدالتخواهی دادرس می‌دهد و رویه قضایی را در شمار منابع حقوق می‌آورد. با وجود این، آزادی تحقیق و استنباط به معنی بازرسی ناپذیری و خودمختاری نیست. قرائن مورد استناد باید رابطه مستقیم با قیاس و استنتاج مشروعی داشته باشد که ذهن و وجدان قاضی را قانع می‌کند.<sup>۲</sup> شهرت یافته است که قرینه باید قوی باشد. ولی کمتر به تحلیل این قوت

---

1- Champ des investigations du magistrat n'est pas borné. soc. 19 juin 1997, Gaz par 1974, 2. 48-civ fév 197. 1. 106: Beudant, Lere/bours-Pigeonnière T.IV par Gaston lagard et Roger perrot, no 1298-planiol et Ripert, traité pratique-T.VII, no. 1547.

۲- دیوان کشور فرانسه، شعبه مدنی ۱۹ ژوئن ۱۹۴۷ گات دوپاله، ۱۹۴۷، ۲، ۸۴، برعکس، فقیهانی که ظن تأیید نشده را حجت نمی‌دانند، آزادی دادرس را در زمینه قرائن محدود می‌کنند، زیرا نشانه‌ها یا باید بر علم متبهی شود یا ظاهر و ظنی که شایع آن را حجت می‌داند.

پرداخته می‌شود. پدیده معلوم بایستی رابطه نزدیک و مستقیم با دعوا و مطلوب مجهول داشته باشد و مناسب استنباطی باشد که قاضی از آن می‌کند.

دادرس باید درباره کیفیت این رابطه و اثری که بر وجدان او گذارده است استدلال کند تا مشروع بودن استنباط او در دادگاه بالاتر قابل بازرسی باشد. به عنوان مثال، زن و شوهری با کمال مسالمت سالیانی دراز با هم زندگی می‌کنند. شوهر کار می‌کند و اقتصاد خانواده را به دست دارد و زن عهده‌دار اداره خانه است. پس از چندی خاکستر کدورت بر این کانون هم‌دلی می‌پاشد و تعاون را به تخالف بدل می‌کند؛ زن به دادگاه شکایت می‌برد و نفقه این چند سال را مطالبه می‌کند و شوهر ادعا دارد و دفاع می‌کند که نفقه را پرداخته است و هیچ کدام دلیل دیگری ندارد. در این دعوا، چون در ارکان استحقاق نفقه اختلافی نیست، دین شوهر مسلم و پرداخت آن مشکوک و مخالف اصل است: ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. در این زمینه اعلام می‌دارد: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است، مگر این که خلاف آن ثابت شود». پس، در دعوای این زن و شوهر، شوهر خلاف اصل ادعا می‌کند و باید دلیل بدهد.

ولی، از سوی دیگر، دادرس درمی‌یابد که هیچ شوهری از همسر خود در برابر پرداخت نفقه رسید نمی‌گیرد و مردم را به شهادت نمی‌خواند. زن به خانه‌داری مشغول بوده و شوهر کار می‌کرده و درآمد داشته است. هزینه زندگی مشترک در این مدت تأمین شده و زن هیچ اعتراضی نداشته است. در عادات و رسوم، به ویژه خانواده‌های سنتی، شوهر به طور معمول عهده‌دار هزینه زندگی است و، قطع نظر از حکم قانون، خودداری از ادای این وظیفه نشان تن پروری و نوعی ننگ و عار است که نه زنان تحمل می‌کنند و نه شوهران از آن آسوده خاطرند و رنگی از بی‌وفایی دارد. اکنون، آیا مجموع این قرائن سبب نمی‌شود که قاضی از اوضاع و احوال چنین نتیجه‌گیری کند که شوهر نفقه را پرداخته است و دلیلی بر آن ندارد؟

در زبان حقوقی، مجموع این قرائن و استنباط ناشی از آن را «ظاهر» یا ظهور هم می‌نامند که در زمره دلایل است و اصل در برابر آن بی‌اعتبار می‌شود (الاصل دلیل حیث لا دلیل له). با وجود این، پاره‌ای از فقیهان در تعارض میان استصحاب و ظاهر اصل را مقدم داشته‌اند (سیدمحمد کاظم طباطبایی. ملحقات عروة الوثقی. ج ۳، ص ۱۹۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۵۶ و شرح لمعه، ج ۲، ص ۹۸) و حق با کسانی است که ظاهر را مقدم می‌شمرند. (محقق قمی، جامع‌الشتات، صص ۴۲۱-۴۲۰)

### آیا قرینه‌ها اماره است یا نتایجی که عقل از آنها می‌گیرد؟

از ماده ۱۳۲۱ ق.م. که می‌گوید: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود» چنین برمی‌آید که اصل قرینه‌ها که مبدأ و پایه استنتاج است «اماره» نامیده می‌شود. این ظهور سبب شده است که نویسندگان حقوقی نیز در تعریف اماره به همان نشانه‌ها و قرینه‌ها و اوضاع و احوال تکیه کنند. (سیدحسن امامی، ج ۶، ص ۲۰۷ به بعد؛ حسینی حسینی‌نژاد، ادله اثبات دعوا، ص ۱۱۳ به بعد؛ فرج‌الله ناصری، امارات در حقوق مدنی، ص ۳ به بعد.) معنی لغوی اماره نیز که به معنی علامت است بدین شیاع دامن می‌زند. با وجود این، با تحلیلی که از چگونگی تعقل درباره قرینه‌ها و اوضاع و شرایط ویژه در هر دعوا گفته شد، باید از این شیاع دست کشید. قرینه‌ها و اوضاع و احوال به خودی خود دلالتی بر واقع مجهول ندارد و گویای حقیقتی نیست؛ پدیده‌های طبیعی و اجتماعی ساده‌ای است که احتمال دارد برداشت‌های گوناگونی از آن بشود. تفسیر این پدیده‌ها و ارتباط آنها با واقع و نتایجی که ذهن قاضی یا قانونگذار از آنها می‌گیرد «اماره» بر واقع مطلوب می‌شود و وجدان را قانع می‌سازد. پس، باید تکیه بر نتایج باشد نه پدیده‌ها و به همین دلیل است که اماره را دلیل غیرمستقیم می‌نامند و در برابر دلیل مستقیم معتبر نمی‌شمارند.

در ماده ۱۳۲۱ ق.م. با همه ابهامی که در این زمینه دارد، باز هم حاوی این حقیقت است که دلالت اوضاع و احوال ناشی از ربط آن با نظر قاضی و حکم قانون است و مانند سایر دلایل نوعی و مستقیم نیست.

ماده ۱۳۴۹ ق.م. فرانسه نیز که به احتمال فراوان الهام بخش اصلی نویسندگان قانون مدنی در تعریف اماره بوده است، نتایجی که قانون یا قاضی از واقعه معلوم برای دستیابی بر مجهول مطلب می‌گیرد اماره نامیده می‌شود<sup>۱</sup> و اندیشمندان نیز از آن استقبال کرده‌اند. (پلنیول و ریبر، ج ۷؛ بودان ولربوری ژونیر، ج ۹)

1- "Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu."

## ماهیت اماره

### اماره قانونی و اماره قضایی

در تعریف ماده ۱۳۲۱ ق.م. اماره‌ها به دو گروه قانونی و قضایی تقسیم شده است:

۱. ماده ۱۳۲۲ ق.م. در بیان اوصاف اماره قانونی اعلام می‌کند: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکور در این قانون، از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و نیز امارات مصرحه در قوانین دیگر». ماده ۳۵ حاوی اماره تصرف است و ماده ۱۰۹ و ۱۱۰ به نشانه‌های دیوار مشترک و اختصاصی می‌پردازد. مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ به بیان اماره فراش اختصاص دارد که در کتاب‌های اموال و مالکیت و خانواده از آنها بحث شده است. (ناصر کاتوزیان، اموال و مالکیت)

در بخش قواعد عمومی نیز به مناسبت اثبات مالکیت و نسب، از شیوه اعمال دو اماره تصرف و فراش یاد شده است (ناصر کاتوزیان، اموال و مالکیت) و نیازی به تکرار ندارد.

۲. ماده ۱۳۲۴ ق.م. در تعریف اماره قضایی می‌گوید: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند».

بدین ترتیب، ماهیت اماره قانونی و قضایی یکسان است. با وجود این، تفاوت‌های اصلی اماره قانونی و قضایی در دو نکته خلاصه می‌شود: (۱) مقام تمیزدهنده اماره، که در اماره قانونی مقام قانونگذار است و در اماره قضایی با قاضی است؛ (۲) اماره قانونی چهره نوعی دارد و همانند خود قانون کلی است، در حالی که اماره قضایی به استنباط قاضی از شرایط و اوضاع و احوال ویژه هر دعوا بستگی دارد و چهره شخصی و موضوعی آن جالب است.

به بیان دیگر، ماهیت اماره قانونی همان اماره موضوعی است که به حکم قانون تعمیم داده شده است تا به گونه‌ای منظم همه مصداق‌های موضوع را فراگیرد و حکم غلبه بر آنها حکومت کند.<sup>۱</sup>

---

1- La présomption légale n'est, au fond, qu'une présomption de fait généralisé et systématisé.



## الف - اماره قانونی

### اماره قانونی و قاعده ماهوی

چهره نوعی اماره قانونی باعث شده است که درباره ماهیت بسیاری از احکام اختلاف شود که اماره است یا قاعده ماهوی. به ویژه، در موردی که حکم بر مبنای اعتماد بر غالب استوار شده و احتمال اصابت به واقع سبب گسترش آن گردیده است و با وجود این اثبات مخالفت آن با واقع امکان ندارد، این اشتباه و اختلاط بیشتر رخ می دهد، چرا که هر دو نشانه اماره و حکم ماهوی در مصداقی جمع می شود و شبهه ایجاد می کند:

به عنوان مثال، شهرت دارد که اعتبار امر قضاوت شده مبتنی بر اماره «مطابقت حکم با واقع» است، زیرا احتمال دارد حکم با واقع مخالف باشد. از سوی دیگر، مخالفان این نظر می گویند، طبع اماره و چهره احتمالی آن اقتضا دارد که اثبات مخالفت حکم با واقع ممکن باشد. پس، در فرض اعتبار امر قضاوت شده که طرح دوباره موضوع دعوا امکان ندارد، باید آن را در زمره احکام ماهوی آورد نه اماره. (ر.ک ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده، به بیان دیگر، فرض «صحت حکم» جنبه اثباتی ندارد و بنابر مصلحت خاصی انشاء شده است.

«این مصلحت ممکن است پیروی از ظاهر و حکم غالب باشد، ولی حکمت وضع قانون و انگیزه قانونگذار چنان در اصل حکم منحل است که دیگر نمی توان بین آن دو رابطه علیت قائل شد». (ر.ک ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده و همچنین بودان ولربوری ژونیز، ج ۹؛ ژنی، علم وفن در حقوق خصوصی، ج ۳، صص ۲۶۴-۳۶۰)

در حقوق ما، وصف شاخص اماره در برابر قواعد ماهوی، همین امکان اثبات خلاف نتیجه حکم و بی اعتباری آن در مقام برخورد با سایر دلایل (به معنی خاص) است. این وصف شاخص در ماده ۱۳۲۳ به صراحت بیان شده و از اطلاق آن چنین استفاده می شود که اماره تخلف ناپذیر، برخلاف نظر مشهور، وجود خارجی ندارد و آنچه به این عنوان شهرت یافته در واقع احکام ماهوی است که انگیزه انشاء آنها عمومی کردن پدیده غالب بوده است:

به عنوان مثال، چون به طور طبیعی مال در تصرف مالک آن است، گاه قانونگذار در مقام اثبات و برای عمومی ساختن این وضع غالب مقرر می دارد که تصرف اماره مالکیت است، مگر این که خلاف اثبات شود. ولی، اگر مصالح ویژه ای اقتضاء کند که این حکم اثباتی وارد قلمرو

ثبوت شود و حکم ماهوی از آن ساخته شود، تغییر ماهیت می‌دهد و دیگر اماره اثبات نیست، چنان‌که در «اعتبار امر قضاوت شده» چنین فرآیندی رخ داده است: حفظ اعتبار حکم و جلوگیری از صدور احکام متعارض انگیزه و سبب انشاء حکمی شده است که ریشه در اعتماد بر غالب دارد، ولی اماره صحت تبدیل به قاعده ماهوی شده است، قاعده‌ای که دیگر چهره اثباتی ندارد و حکمی مستقر و ماهوی است.

### اماره قانونی و اصل عملی

اکنون به روی دیگر این سکه می‌پردازیم تا از زاویه مخالف به ماهیت ویژه آن نزدیک شویم: اگر معیار شناخت اماره قانونی در برابر سایر دلایل امکان اثبات حکم مخالف و سر نهادن به اعتبار دلیل مستقیم باشد، ماهیت اماره قانونی به اصل عملی نزدیک و شبیه می‌شود، زیرا اصل عملی نیز فرضیه‌ای است قانونی که اعتبار آن محدود به جایی است که دلیلی وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل له). به عنوان مثال، اگر گفته می‌شود که «اصل برائت است» (ماده ۱۹۷ ق.آ.د.م) یا «اصل بقای دین بر عهده مدیون است» (ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م)، مقصود این است که اثبات و زوال دین نیاز به دلیل دارد و اقامه آن بر عهده کسی است که خلاف اصل را ادعا می‌کند؛ چنانکه: در ماده ۱۹۷، پس از اعلام اصل برائت، نتیجه‌گیری شده است که، «بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند». در ماده ۱۹۸ نیز، پس از اعلام اصل بقاء دین، می‌خوانیم: «مگر این که خلاف آن ثابت شود». پس، اصل عملی نیز، همانند اماره هم مربوط به مرحله اثبات است و هم در برابر هر دلیل دیگر خاضع است و یارای برابری و همبستگی با آن را ندارد و همین دو وصف اصلی سبب اختلاط و مشابهت دو مفهوم اصل عملی و اماره می‌شود و این پرسش را مطرح می‌سازد که در مقام اثبات، چگونه می‌توان اماره قانونی را بازشناخت؟

پیش از ورود در این بحث، باید به فایده عملی آن و دلیل طرح پرسش پرداخت: هرچند اماره بسان دلیل مستقیم ذهن را به یقین نزدیک نمی‌کند و اعتباری مبتنی بر غلبه و درجه دوم دارد، ولی در هر حال دلیل است و راهی به کشف واقع محسوب می‌شود؛ در حالی که در اصل عملی هدف کشف واقع نیست، فصل خصومت و رها ساختن دادرس از تردید و دودلی است. فرضی

است که قانون یا اندیشه‌های حقوقی ایجاد یا استخراج می‌کند تا در آخرین مرحله اثبات، اگر شکلی باقی بماند، دادرس را از سرگردانی رها سازد. (شیخ محمدرضا مظفر، اصول فقه، ج ۲، ص ۱۵) به همین جهت می‌گویند اماره بر اصل حکومت دارد و آن را از اعتبار می‌اندازد. پس، در فرض تعارض دو راه اثباتی، باید اماره را بر اصل حاکم شمرد و ترجیح داد. (آقا ضیاءالدین عراقی، حاشیه بر تقریرات میرزا نائینی: فوائدالاصول، ج ۳، ص ۲۶)

به عنوان مثال، در مقام رفع اختلاف بین مدعی پرداخت دین و طلبکار، از یک سو قانون اصل را بقای دین می‌داند و از سوی دیگر تصرف اصل سند نشانه عرفی پرداخت طلب است. این دو ابزار اثباتی در یک درجه اعتبار قرار ندارند؛ یکی اصل نوعی و فرض است و دیگر کاشف از واقع و طبیعی است که ابزار کشف واقع ترجیح دارد. به بیان دیگر، وجود سند طلب نزد بدهکار شک مربوط به پرداخت دین را از بین می‌برد و موضوعی برای اجرای اصل عملی باقی نمی‌ماند تا زمینه تعارض میان اماره و اصل عملی به وجود آید. (شیخ مرتضی انصاری، فوائدالاصول، تعادل و ترجیح)

پس از این مقدمه، درباب شناخت ماهیت اماره و اصل عملی و تمیز این دو مفهوم، چاره‌ای جز تحلیل مبانی وضع آنها نیست: در مقام بیان اماره قانونی، هدف راهیابی و کشف واقع از راه عملی است، هرچند که قانون ظن نوعی و حکم غالب را تعمیم دهد، چنان که قانونگذار غلبه انتساب فرزند متولد در زمان زوجیت را به شوهر با وضع اماره فراش به صورت حکمی عام کاشف از نسب قرار داده است و لحن و شیوه بیان ماده ۱۱۵۸ به بعد قانون مدنی گویای این واقعیت است.

ولی در بیان اصل عملی، هدف رفع سرگردانی و زدودن حالت تردید و تعیین مدعی و مدافع در فصل خصومت است: به عنوان مثال، اصل برائت در دعوی ایجاد دین یا اصل صحت در قراردادها در مسیر راهی برای کشف حقیقت و اصابت به واقع نیست و تنها نشان می‌دهد که بار اثبات و اقامه دلیل بر دوش کدام طرف دعوا نهاده می‌شود. بی‌گمان مصلحت و عقل در این انتخاب نیز اثر دارد و اصل عملی همچون قرعه کور و بی‌هدف نیست، ولی آنچه وضع می‌شود در راه ازدیاد علم و کشف واقع نیست، در صدد بازکردن راهی برای پایان بخشیدن به نزاع است. این تحلیل کار آسانی نیست، چون به شیوه تفسیر و نوع برداشت از قانون باز می‌گردد، اعمال

آن سبب ایجاد اختلاف و مصداقهای مشتبه فراوان می‌شود که از جمله آنها مفاد ماده ۲۶۵ ق.م.ا است. در این ماده آمده است: «هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است، بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون اینکه مقروض آن چیز باشد، می‌تواند استرداد کند» و در تعبیر آن اختلاف شده است که آیا اصل عدم تبرع را در پرداخت اعلام می‌کند یا قلمروی گسترده‌تر و عمیق‌تر دارد و قانونگذار با این زبان «پرداخت را اماره وجود دین و وفای به عهد» می‌بیند. (ارک ناصرکاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴: سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، صص ۳۱۵-۳۱۴)

### اختلاف درباره ماهیت اماره قانونی

گروهی از نویسندگان فرانسوی، برخلاف نظر مرسوم، اعتقاد دارند که اماره قانونی دلیل واقعی برکشف حقیقت نیست، اثر این گونه اماره‌ها آسان کردن اثبات برای کسانی است که اماره به سود آنان ایجاد شده است: (ابری ورو، ص ۱۰۱؛ پلنیول و ریبرج ۷؛ بودان ولربورپی ژونیر، ج ۹؛ مارتی و رینو، ج ۱: گسن و گوبو، ج ۱) به عنوان مثال، در وضع عادی، اگر نسب فرزندی به مردی نسبت داده شود، باید مدعی دلیل این نسب را اقامه کند و «اصل عدم» بار اثبات را بر دوش او می‌نهد. ولی، وجود اماره فراش مدعی نسب را از اثبات این بخش دشوار دعوا معاف می‌کند و کافی است ثابت کند که شرایط و زمینه اعمال اماره تحقق یافته است.

همچنین است وضع اماره تصرف بر مالکیت که متصرف مدعی را از اثبات حق معاف می‌کند. زیرا، چنین فرض شد است که هرکس مالی را به منظور اعمال حق مالکیت در تصرف دارد (امری محسوس و قابل اثبات)، به واقع مالک است (موضوعی که مجهول مانده و اثبات آن دشوار است).

بدین ترتیب، هر جا که اماره قانونی وضع می‌شود، در واقع جابه‌جایی اثبات نقش اصلی آن است: بدین معنی که به جای اثبات امر مجهول و دشواری که مطلوب مدعی است، دلیل تحقق موضوعی را می‌دهد که، بنا به فرض قانون، دلالت بر آن مجهول دارد و بدین گونه است که به‌طور غیرمستقیم و به واسطه، اثبات مورد نیاز مدعی تحقق می‌پذیرد. (مازو و ژوکلا، درس‌های حقوق مدنی،

ج ۱)

اگر این تحلیل به‌طور کامل پذیرفته شود و نقش اماره قانونی محدود به جابه‌جایی بار اثبات

یا آسان کردن آن گردد و اماره سهمی در کشف واقع نداشته باشد، ماهیت اماره قانونی نزدیک به اصل عملی می‌شود، چرا که اصل عملی نیز برای رفع شبهه و سرگردانی وضع می‌شود و راهی به کشف واقع ندارد و حکم ظاهری است. ولی، اگر اماره قانونی یکی از فنون تنظیم شده برای دستیابی نسبی به واقع از راه اعتماد و تعمیم غلبه باشد، باید آن را در زمره دلایل غیرمستقیم اثبات آورد. قانون مدنی نیز ظهور در پذیرش همین نظر دارد و شناخت ماهیت اماره را از اصل عملی مطرح می‌سازد. (ر.ک ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ص ۴۵)

بیگمان، اماره قانونی نیز تنها بر پایه واقعیت‌ها بنا نشده است و مبنای واقعی آن اعتماد بر احتمال‌ها و گاه امکان‌ها است، (مارتی و رینو، ج ۱) ولی در تکیه بر احتمال برتر و غلبه نیز توجه به واقعیت ملحوظ است و در واقع راهی است برای نزدیک‌تر شدن به واقعیت. به همین جهت، می‌گویند در اماره اصابت به واقع مورد ظن (یعنی احتمال بیشتر و غلبه) است. ولی، در اصل عملی، همین اندازه از کشف واقع نیز رعایت نمی‌شود و تنها راه اثبات و فصل دعوا و رفع شبهه را باز می‌کند.

به بیان دیگر، اماره قانونی همان ماهیت اماره قضایی را دارد، با این تفاوت که نشانه‌ها به وسیله قانونگذار تنظیم و قانونمند شده و تعمیم یافته است. (بلنیل و ریبر، ج ۷: ابری و روح، ج ۱۲) پس، همان جوهر نخستین را داراست و با اصل عملی تفاوت دارد.

### اماره و فرض (مجاز) حقوقی

در بیان مفهوم اماره واژه فرض نیز به کار می‌رود، از جمله این که می‌گویند، در اماره قانونی چنین فرض می‌شود که حکم غالب و احتمالی همیشه موافق و کاشف از واقعیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود. با وجود این، نباید اماره را با معنی خاص «فرض قانونی» اشتباه کرد. همان‌گونه که بارها گفته شد، اماره راهی غیرمستقیم برای کشف واقع است و به همین جهت هم دلیل خلاف آن پذیرفته می‌شود. در حالی که فرض قانونی نوعی مجاز حقوقی (Fiction) است، چرا که قانونگذار یا اندیشه‌های حقوقی، برای دست یافتن به نتیجه مطلوب، دست از واقعیت می‌کشد و به مجاز روی می‌آورد. به همین جهت، بهتر این است که برای پرهیز از هرگونه اختلاط و ابهام، قید مجازی نیز بر فرض حقوقی افزوده شود و «فرض مجازی حقوقی» اصطلاح ویژه

این‌گونه فرض‌ها، در برابر فرض‌های مبتنی بر واقعیت (اماره) باشد. (ر.ک ج ۱)  
 از نظر تاریخی، این‌گونه فرض‌های مجازی، برای ملایم ساختن نظام‌های بسته و نیازهای  
 اجتماعی و توسعه حقوقی، نقش بسیار مؤثری داشته است. به ویژه، استفاده از این فن در حقوق  
 رم وسیله ایجاد تحول در قواعد خشک قدیمی و حفظ نظم در آنها شده است.

ولی، در حقوق کنونی، تفسیر مناسب و استفاده از جاهای خالی قوانین، نیازی را که پیشینیان  
 با مجازهای حقوقی برمی‌آوردند، اندیشه‌های مبتکر حقوقی تأمین می‌کند. با وجود این، هنوز  
 هم نشانه‌هایی از فرض‌های مجازی در بیشتر حقوق‌ها دیده می‌شود: تمام قواعدی که قانونگذار  
 ماهیتی را در حکم ماهیت دیگر قرار می‌دهد، فرض مجازی است: مانند ماده ۹۰۰ ق.م. فرانسه  
 که در تبرعات تمام شروط مخالف اخلاق و نامشروع را در حکم عدم (نانوشته) می‌داند و مواد  
 ۳۰۸ و ۳۱۰ ق.م، که، پس از تعریف غصب (استیلاء برحق غیر به نحو عدوان) اثبات ید از  
 تاریخ انکار را در حکم غصب می‌شمرد و ماده ۳۱۰ در این زمینه مقرر می‌دارد: «اگر کسی که  
 مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست او است منکر گردد، در حکم غاصب است  
 (همچنین، مواد ۶۱۶ و ۶۳۱) و ماده ۵۸۴ ق.م. که شریکی مأذون را که مال مشاع را در آن  
 تصرف دارد در حکم امین می‌داند؛ یا ماده ۳ قانون تجارت، که معاملات میان بازرگانان را معامله  
 تجارته فرض کرده است و ما آنها را «اعمال تجارته تبعی» می‌نامیم... و مانند اینها.

در تمام این موارد، قانونگذار ماهیتی را در حکم ماهیت دیگر فرض می‌کند و به مجاز  
 حقوقی دست می‌زند تا آن را تابع حکم ماهیت دوم قرار دهد. بنابراین، در فرض‌های مجازی، نه  
 دستیابی به واقع موردنظر است و نه راهی برای آغاز این کشف باز می‌شود، قانونگذار به مجاز  
 حکم ماهوی وضع می‌کند.

در نتیجه، فرض حقوقی نه با اماره قانونی قرابت و شباهت دارد نه با اصل عملی؛ مفهومی  
 جدای از آن دو و ابزار فنی دیگری برای توسعه قواعد حقوقی است: مقایسه ساده فرض مجازی  
 با اماره آنچه را گفتیم روشن‌تر می‌سازد:

۱. مقایسه اماره و فرض: (۱) اماره وسیله کشف واقع است و فرض ابزار گریز از آن: (۲) خلاف

اماره را با دلیل می‌توان اثبات کرد، در حالی که خلاف فرض قابل اثبات نیست.

۲. مقایسه فرض و اصل عملی: (۱) اصل عملی گاه راهی به کشف واقع نیز دارد (اصول

محرضه) ولی فرض مجازی در این مقام نیست، ۲) اصل عملی در موردی اعتبار دارد که دلیل مخالف نباشد، در حالی که خلاف فرض را در هیچ صورتی نمی‌توان اثبات کرد.

### قلمرو محدود و استثنایی اماره قانونی

چنان‌که دیدیم، اماره قانونی وسیله معاف شدن از اثبات و قطعی شناختن امور احتمالی و تعمیم حکم غلبه است و چهره استثنایی دارد و، همانند سایر احکام خلاف قاعده، قلمرو محدود دارد که در اختیار قانونگذار است و رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی نمی‌تواند از پیش خود اماره قانونی تأسیس کند. از نظر اصولی نیز، چون اماره قانونی بر مبنای حساب احتمالات و به طور نوعی ایجاد می‌شود، پذیرش آن اقدامی خطرناک است که تنها قانون می‌تواند مرتکب آن شود، چرا که احتمال خطا و دور شدن از واقع در آن زیاد است. (پلنیول و ریپر، ج ۷: بودان و لربوری زونیز، ج ۹) با وجود این، رویه قضایی می‌تواند با استفاده از حربه تفسیر، به پاره‌ای از اماره‌های قانونی دست یابد که در متن قوانین و به صراحت نیامده است. وانگهی، در حقوق ما، برخلاف حکم ماده ۱۳۵۰ ق.م.فرانسه، اماره‌های قانونی در متنی احصاء نشده است، و دست رویه قضایی را برای کشف اماره‌های پنهان مانده باز می‌گذارد.

در حقوق ما، نسبت به اماره قانونی ناشی از امتناع تاجر از ابراز دفاتر تجاری، این بحث مطرح شده است: رویه قضایی در آغاز این امتناع را به حکم قانون نشانه صدق گفتار مدعی و از دلایل مثبت این ادعا می‌شمرد. ولی رفته رفته تردیدها کارگر افتاد و بعضی از دادگاه‌ها، بر مبنای مخالفت حکم با واقعیت، رعایت آن را اجباری نشمردند. (ناصر کاتوزیان، عدالت قضایی، ص ۳۳۱ به بعد) تا این که هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در مقام ایجاد وحدت رویه قضایی، تصمیم نهایی را گرفت و در رأی شماره ۶۲-۱۱/۱۱/۱۳۵۱ اعلام کرد: (مهدی محمد حسینیان و مریم عباسی، مجموعه کامل آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۲-۱۳۲۸)، صص ۱۵۴-۱۵۳)

«هرچند مطابق قانون تجارت، هر تاجر مکلف به دارا بودن دفاتر تجاری است که در قانون مذکور توصیف شده و آن دفاتر باید پلمپ شده باشد و تخلف از این امر مستلزم پرداخت جزای نقدی است و طبق مقررات آیین دادرسی مدنی، هرگاه یکی از طرفین به دفاتر بازرگانی طرف دیگر استناد

نماید، آن دفاتر جز در موارد استثنا شده باید در دادگاه ابراز شود و هر بازرگان که به دفاتر او استناد شده از ابراز دفاتر خود امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله دلایل مثبت تلقی نماید. اما از مفهوم ماده ۳۰۲ آیین دادرسی مدنی که به دادگاه این اختیار را تفویض نموده استفاده نمی‌شود که در هر مورد، ولو دعوا متکی به دلایل و مدارک معتبر و اوضاع و احوال دیگر باشد، به صرف این که دفاتر تجاری ارائه نشده دادگاه این امر را دلیل مثبت طرف قرار می‌دهد، بلکه در مواردی عدم ابراز دفاتر تجاری به دادگاه اختیار داده شده که در مقام تشخیص حق و بررسی دلایل و اوضاع و احوال موجود در پرونده، هرگاه عدم ابراز دفاتر را مؤثر در مقام دانست، آن وقت آن را از جمله دلایل مثبت اظهار طرف تلقی نماید.

### رعایت اجباری اماره قانونی

گفته شد که اماره قانونی در واقع نشانه احتمالی است که قانونمند شده و تعمیم یافته است: این دو وصف، یعنی منظم و قانونمند شدن و تعمیم پیدا کردن حکم غلبه و احتمال، سبب می‌شود تا قابلیت انعطاف و وابستگی اماره به ویژگی‌های هر دعوا از بین برود و حکم غلبه، همچون قانون تخلف‌ناپذیر دعوا، اجباری شود و حق انتخاب قاضی پایان پذیرد. به همین جهت، رعایت اماره قانونی اجباری است و دادگاه وظیفه دارد، که قطع نظر از ایراد و استناد دو طرف دعوا، مفاد حکم قانون را اجرا کند:

به عنوان مثال، دادگاه نمی‌تواند از متصرف مال دلیل مالکیت بخواهد و او را مدعی شمارد (ماده ۳۵ ق.م.). همچنین، حق ندارد طفل متولد در زمان زوجیت را از آن شوهر نداند، مگر این که از تاریخ تولد او تا زمان نزدیکی زن و شوهر بیش از ده ماه گذشته باشد یا فاصله این دو تاریخ کمتر از شش ماه باشد (ماده ۱۱۵۸ ق.م.). مدعی نسب کافی است که شرایط اجرای حکم را اثبات کند (وقوع و تاریخ نزدیکی و رابطه زوجیت). این عوامل به تنهایی نسب را ثابت نمی‌کند، زیرا احتمال دارد زن در دوران زناشویی نیز از دیگری آبستن شده باشد. اماره فراش این احتمال را ندیده می‌گیرد و حکم غلبه (انتساب کودک متولد در زمان زوجیت به شوهر) را تعمیم



می‌دهد و، در نتیجه، دادگاه ناچار است که طفل را ملحق به شوهر بداند. همچنین، در اماره تصرف، کافی است شخص ثابت کند که مال را به عنوان مالکیت در تصرف دارد. تصرف به حکم غلبه می‌تواند دلیل مالکیت باشد. ولی، این احتمال وجود دارد که متصرف مالک نباشد و مال دیگری به نیابت یا به قهر در اختیار او قرار گرفته باشد. اماره تصرف، با عمومیت دادن حکم غلبه (بودن مال در تصرف مالک) احتمال مخالف را از بین می‌برد و رعایت آن برای دادگاه اجباری است: بدین معنی که متصرف مال باید مالک آن محسوب شود، مگر این که دلیلی مستقیم خلاف آن را ثابت کند.

بدین ترتیب، تفاوت اماره قانونی با اوضاع و احوالی که دلالت آن بر واقع وابسته به نظر قاضی است، از جهت اجرایی معلوم می‌شود. حکمت تردید رویه قضایی نیز در این که آیا عدم ارائه دفاتر تجارتي اماره قانونی به درستی ادعای استنادکننده است یا ممکن است اماره قضایی بر این درستی باشد، به دست می‌آید. همچنین، دلیل تصمیم دیوان عالی در ایجاد وحدت رویه قضایی در این زمینه آشکار می‌گردد.

### اثبات خلاف اماره قانونی

چنان که گفته شد، طبیعت اماره به گونه‌ای است که اثبات خلاف آن امکان دارد و همین ویژگی است که اماره را از قواعد ماهوی و دلایل مستقیم و فرض مجازی متمایز می‌کند. اثبات خلاف اماره قانونی، به طور معمول با همه دلایل امکان دارد و حتی اماره‌های قضایی ویژه هر دعوا می‌تواند خلاف حکم عام اماره قانونی را ثابت کند: به عنوان مثال، هرچند که ده سال غیبت و بی‌خبری از کسی که بیش از هفتادوپنج سال دارد، اماره بر فوت غایب است. ولی، اگر قرائنی برخلاف آن حکایت از زنده بودن غایب کند، آن اماره اعتبار خود را از دست می‌دهد. به طریق اولی، اگر جمعی شهادت دهند که غایب رازنده دیده‌اند یا با او سخن گفته‌اند، اماره‌های مندرج در ماده ۱۰۳۰ ق.م. قابل استناد نیست.

با وجود این، گاه اثبات خلاف اماره قانونی تنها با دلایل ویژه امکان دارد و همه دلایل برخلاف آن پذیرفته نمی‌شود یا از سوی شخص معین قابل طرح و رسیدگی است: به عنوان مثال، در دعوای نفی ولد به معنی خاص خود (اثبات خلاف اماره فراش)، اختلاف شده است

که آیا ادعای سوی هر ذی نفعی امکان دارد یا تنها شوهر است که می‌تواند فرزند منتسب به خود را انکار کند؟ همچنین، این اختلاف نیز انکارناپذیر است که آیا اماره فراش تحقق یافته را تنها با ادعای لعان می‌توان ختنی کرد یا شوهر می‌تواند با دلایل دیگر نیز نشان دهد که طفل متولد در زمان زوجیت او با مادر به او تعلق ندارد، هرچند که فاصله تولد تا وقوع آخرین نزدیکی با مادر بیش از ده ماه و کمتر از شش ماه نیست. (رک ناصر کاتوزیان، خانواده، ج ۲: رک همین اثر، ج ۱)

آنان نیز که اصل آزادی دلیل را در دعوی شوهر پذیرفته‌اند، در این نکته با دیگران همداستانند که، در نتیجه ایجاد ظن به انتساب طفل به دیگری و به اتکای حساب احتمال‌ها، نمی‌توان نسبی را که، بر مبنای اماره فراش، مشروع شناخته شده است، انکار کرد: «برای مثال، نمی‌توان گفت، چون بر حسب قراین و دلایل احتمال این که فرزند متولد در زمان زوجیت متعلق به شوهر نباشد، به مراتب بیشتر است، باید دعوی انکار ولد پذیرفته شود».

«در این دعوا، ظن قوی اعتبار ندارد و برای دگرگون ساختن وضع مدنی کودک باید به قطع و یقین رسید، چنانکه ماده ۱۱۶۰ ق.م. در یکی از بی‌اهمیت‌ترین مورد اثبات خلاف اماره فراش (موردی که اختلاف درباره انتساب طفل به شوهر سابق و کنونی مادر است) مقرر می‌دارد: «... طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر آنکه امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند. پس، در موردی که شوهر با انکار فرزند یا منسوب ساختن او به بیگانه، وضع مادر و فرزند را به خطر می‌اندازد، به طریق اولی باید به ظن و احتمال اعتماد نکرد و جز در مورد یقین، نفی نسب را نپذیرفت».<sup>۱</sup> (برامنی، حقوق خانواده، ج ۵، ص ۲۸۶ به بعد)

بدین ترتیب، محدود شدن دعوا یا دلیل پذیرفته شده برخلاف اماره قانونی، ماهیت آن را نفی نمی‌کند. ولی، همین که نتیجه اماره به صورت قاعده تخلف‌ناپذیر درآید، دیگر نباید آن را اماره پنداشت و ناچار باید پذیرفت که قاعده ماهوی ویژه‌ای مطرح است، چراکه پای از مرحله اثبات بیرون نهاده است.

۱- در کامن‌لا نیز عقیده عموم بر این است که خلاف اماره فراش تنها در صورتی که هیچ شبهه معقولی وجود نداشته باشد، اثبات می‌شود. ولی، ماده ۲۶ قانون اصلاحی خانواده مصوب ۱۹۶۹ در انگلستان مقرر می‌دارد که: با هر دلیل که تعادل درجه احتمال را برخلاف اماره فراش بر هم زند، می‌توان مشروع بودن طفل را انکار کرد.

## ب. اماره قضایی

### مفهوم این اماره

این اماره را به اعتبار استنباطی که قاضی از وقایع و نشانه‌های دعوا می‌کند و از نتایج آن به موضوع مورد اختلاف پی می‌برد، اماره قضایی<sup>۱</sup> نامیده‌اند. ولی، به اعتبار استنباط از واقعیت هر دعوا و چهره انسانی و شخصی آن، اماره شخصی یا موضوعی<sup>۲</sup> (در برابر اماره قانونی) نیز می‌توان نامید. قانون مدنی اصطلاح نخست را برگزیده و در زبان حقوقی ما به «اماره قضایی» شهرت یافته است.

به هر حال، در اماره قضایی یا موضوعی، ویژگی‌های دعوا و نتایجی که قاضی در هر اختلاف از آنها می‌گیرد مؤثر است و هیچ چیز جنبه نوعی و کلی ندارد. به همین جهت، اماره قضایی را باید دلیل واقعی، همانند سند و شهادت و اقرار، شمرده نه دلیلی حکمی یا تعبدی. (بودن ولربوری ذنیز، ج ۹) بر پایه همین ویژگی است که دلالت اماره قضایی بر واقع را قوی‌تر از دلالت اماره قانونی دانسته‌اند و در مقام تعارض اماره قانونی و اماره قضایی، اماره قضایی را حاکم شمرده‌اند.

با این همه، اماره قضایی نیز دلیل غیرمستقیم است و چون قاضی باید از نشانه‌های موجود و بر پایه احتمال نتیجه‌گیری کند، هیچ‌گاه به یقین نمی‌رسد. به بیان دیگر، نشانه‌های مورد استناد به خودی خود دلالتی بر واقع ندارد، بلکه استنباط قاضی از آنها چنین نتیجه‌ای را می‌دهد و به همین دلیل شبهه و احتمال در آن نفوذ بیشتری دارد. پس، اماره قضایی نیز تاب برابری و برخورد با دلیل مستقیم را ندارد و تنها می‌تواند در ارزیابی دادرسی دخالت کند و اعتماد او را متزلزل سازد.

### قلمرو گسترده و غیرمحصور اماره و چهره شخصی آن

برخلاف آنچه در اماره قانونی گفته شد، قلمرو اماره قضایی محدود به احکام قانونی نیست و غیرمحصور است. در هر دعوا نشانه‌هایی وجود دارد، که در اوضاع و احوال خاص، نتیجه معینی را به ذهن دادرسی القاء می‌کند. پس دو عامل متغیر اوضاع و احوال و استنتاج قاضی،

1- présomptions judiciaire.

2- présomptions du fait de l'homme, ou présomption de fait.

باعث اصالت و استقلال اماره‌های قضایی و وابستگی آن به موضوع ویژه خود می‌شود و به همین دلیل شمار اماره‌های قضایی را نمی‌توان معین کرد. (بودان ولزبورگی ژنیز، ج ۹)

رویه قضایی می‌تواند به کشف اماره‌های تازه‌ای بپردازد که عرف و عادات تجارتنی مبنای آن قرار گرفته است: به عنوان مثال، اگر این رسم پذیرفته باشد که مصالح ساختمانی در محل کارگاه تحویل داده می‌شود، دادگاه می‌تواند این رسم را مبنای کشف حکم غالب سازد و در اختلاف نسبت به محل تسلیم از آن نتیجه بگیرد که مصالح خریداری شده در محل ساختمان تحویل داده شده است. بدین ترتیب، عامل نوعی غلبه عرفی در ایجاد و تکوین و اعتبار اماره قضایی مؤثر است، ولی عوامل متغیر باعث اصالت هر اماره و وابستگی آن به دعوا می‌شود و بنابراین، اماره قضایی در هیچ دعوایی در دعوای دیگر قابل استناد نیست و اعتبار آن شخصی است.

### اماره‌های نوعی - شخصی یا نیمه نوعی

گاه نیز قانونگذار با دستکاری در ماهیت شخصی «اماره قضایی» به آن چهره نیمه نوعی می‌دهد و همین تغییر وصف سبب می‌شود که بعضی آن را اماره قانونی به حساب آورند و رعایت اماره را اجباری پندارند. این استحاله در مورد امتناع تاجر از ارائه دفاتر تجارتنی خود رخ داده است: ماده ۳۰۲ ق.آ.د.م با این لحن، امتناع بازرگان را از ادله مثبت اظهار طرف قرارداد: «دادگاه می‌تواند آن را از ادله مثبت اظهار طرف قرار دهد».

در این عبارت دو نشان متعارض با هم جمع شده و ماهیت اماره را دچار ابهام ساخته است: نشان نخست، اختیاری بودن اجرای حکم اماره است که با فعل «می‌تواند» اعلام شده است و حکایت از قضایی بودن اماره می‌کند. نشان دوم، چهره نوعی اماره است که شامل هر امتناعی از ابراز دفاتر می‌شود و ماهیت اماره را به قانونی نزدیک می‌کند و جایی برای استنباط و نتیجه‌گیری دادرس باقی نمی‌گذارد.

به همین جهت، برای رفع تعارض و هماهنگ ساختن نشانه‌ها، رویه قضایی بر آن شد که «می‌تواند» را به گونه‌ای معنا کند که اجبار از آن فهمیده شود و ماده ۳۰۲ حاوی اماره قانونی باشد. ولی، رفته رفته از این ابتکار پشیمان شد و نتیجه آن را خلاف واقعیت یافت، چرا که بسیاری از خرده فروشان دفاتر رسمی و پلمپ شده نداشتند و برخلاف حکم غلبه ممتنع

محسوب و محکوم می‌شدند. این است که در تحول بعدی تکیه بر اختیاری بودن رعایت اماره شد، که با قضایی بودن اماره تناسب داشت و از چهره نوعی اماره می‌کاست. (بودان ولربوری زینج، ج ۱) سرانجام، اختلافها به وحدت گرایید و هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در رأی شماره ۱۳۵۱/۱۱/۱۱-۶۲ و به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی، اعلام کرد: «... در موارد عدم ابراز دفاتر تجارتنی، به دادگاه اختیار داده شده که در مقام تشخیص حق و بررسی دلایل و اوضاع موجود در پرونده، هرگاه عدم ابراز دفاتر را مؤثر در مقام دانست، آن وقت آن را از جمله دلایل مثبتة اظهار طرف تلقی نماید». (مهدی محمد حسینیان، مریم عباسی، مجموعه کامل آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۲-۱۳۲۸)، ص ۱۵۴)

ماده ۲۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۷۹/۱/۲۱ با تغییر «ادله مثبتة» به «قرائن مثبتة» این تحول را کامل ساخت تا تردیدی در اماره بودن و قضایی بودن حکم ماده ۲۱۰ تردیدی باقی نماند.

همچنین است، خودداری از نوشتن یا حاضر نشدن برای استکتاب، در موردی که قرار لازم برای اجرای آن صادر شده است: ماده ۲۲۴ ق.آ.د.م. در این باره مقرر کرده است: «می‌توان کسی را که خط یا مهر یا امضاء یا اثر انگشت منعکس در سند به او نسبت داده شده است، اگر در حال حیات باشد، برای استکتاب یا اخذ اثر انگشت یا تصدیق مهر می‌تواند قرینه صحت سند تلقی شود».

پس، به همین قیاس، می‌توان اماره اشاره شده در ماده ۲۲۴ را اماره قضایی شمرد و اعمال آن را موکول به نظر قاضی کرد و شائبه هیچ اجباری را نپذیرفت.<sup>۱</sup>

منتها، شیاع استفاده از این گونه اماره‌ها در رویه قضایی به گونه‌ای است که عرف حکم غلبه را صحت سند به طور نوعی معین می‌کند و همین امر دادرس را ناچار می‌سازد که برای انصراف

---

۱- تصمیم دیوان عالی کشور درباره وحدت رویه قضایی در موارد مشابه نیز قابل اجرا است (قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ ماده ۳ از مواد اضافه به آیین دادرسی کیفری) و یکی از مهم‌ترین مواردی است که قانون قیاس را مباح و واجب شمرده است: قیاسی که پایه آن مشابهت است، منتها شیوه و راه شناخت این مشابهت را باید رویه قضایی معین کند.

خود استدلال کند.

### اختیار دادرس در استناد به قرائن

برخلاف اماره قانونی، که رعایت مفاد آن اجباری است و دادگاه نمی‌تواند بی‌دلیل کافی و اقناع کننده از آن چشم‌پوشد، اماره قضایی در اختیار دادرس است و، چنان‌که گفته شد، در واقع استنباط و نتیجه‌گیری او از نشانه‌ها و اوضاع و احوال هر دعوا است. پس، از هیچ دادرسی نمی‌توان انتظار داشت که خود را ناگزیر از استنباطی کند که به نظر او خلاف واقع یا راهزن است. ممکن است در بعضی دعاوی قانون دادگاه را ناگزیر از استناد به قرائن قوی کند و از این حکم لزوم تعدد نشانه‌ها استنباط شود. ولی این امر قاعده کلی استناد به اماره نیست و دادرس می‌تواند قرینه‌ای را که در نظر او قانع‌کننده است مبنای صدور حکم خود سازد. (بودان ولروری ژونیز، ج ۹)

بر همین مبنا، در دیوان کشور نمی‌توان بر رأی خرده‌گرفت که دادگاه تفسیر نادرستی از اوضاع و احوال و نشانه‌ها داشته یا قرینه‌ای را بر سایر قرائن مخالف ترجیح داده است، چرا که معیار ارزیابی قناعت وجدان دادرس است؛ امری که در قلمرو بازرسی و نظارت دیوان کشور قرار نمی‌گیرد. (پلنیول و ریبر، ج ۷؛ ابری و رو، ج ۱۲) مگر این که پایه ایراد ناظر به شرایط استناد به اماره قضایی باشد و دیوان عالی رعایت شرایط قانونی اعتبار اماره را درست نداند. (بودان ولروری ژونیز، ج ۷)

با وجود این، گاه که تفسیر نادرست و استنتاج خطای دادرس از قرینه‌ای به عدالت صدمه می‌زند. دیوان کشور در سایه «شرط قانونی استناد به اماره» می‌کوشد که این بی‌عدالتی را جبران کند. (الوز، ۱۹۵۱) همچنین، در موردی که قرینه نادیده گرفته شده مبتنی بر عرف و عادت و رسمی‌پا گرفته یا متن قانونی (هرچند تکمیلی) باشد، دیوان کشور می‌تواند به عنوان تجاوز دادگاه به قاعده عرفی یا قانون رأی را نقض کند و از دادگاه ماهوی بخواهد که اماره را با رعایت آن عرف ارزیابی کند.

به عنوان مثال، اگر رسم چنین باشد که بدهکار پیش از گرفتن اصل سند بدهی آن را نپردازد و دادگاه به قرینه در دست داشتن سند برای اثبات پرداخت اعتنا نکند، دیوان کشور می‌تواند، به دلیل تجاوز به این قاعده عرفی، ایراد فرجامی را بپذیرد و حکم را نقض کند. به طریق اولی، اگر

تکلیف تسلیم سند طلب در برابر پرداخت در قانون آمده باشد (ماده ۲۵۰ ق.ت.)، دیوان کشور قرینه قوی تری برای نقض حکم در اختیار دارد. زیرا، ظاهر این است که اصل برات در برابر پرداخت وجه آن به محال علیه تسلیم شده است.

### اهمیت و شیاع حساب احتمالات در دلایل اثبات

دانش امروز بر مبنای حساب احتمالات و آمار ناشی از آن به پیشرفت‌های شگرف خود ادامه می‌دهد. خردمندان نیز بر ظن قوی خود اعتماد می‌کنند و حدس‌های نخستین پایه‌گذار علم کنونی است. در اثبات دعاوی نیز دادگاه‌ها بر پایه همین حدس‌ها و احتمال‌ها و ظن اصابت به واقع داوری می‌کنند و به فصل خصومت می‌پردازند.

بیگمان، در زمانی که قانون مدنی به تصویب رسید و همچنین در دورانی که فقیهان بر بی‌اعتباری ظن تأیید نشده تأکید داشتند (میرزا نائینی، فوائدالاصول، ج ۳، ص ۳۱)، هیچ کس حدس نمی‌زد که پیشرفت‌های علمی و صنعتی و اظهارنظرهای کارشناسی بر پایه نشانه‌ها چه اهمیتی در اثبات وقایع مادی و ارکان دعوا پیدا می‌کند، وگرنه، بحث‌ها و مقررات رنگ دیگری به خود می‌گرفت. امروز در دادگاه‌های کیفری قرائن و نشانه‌ها و آزمایش‌های علمی از دلایل شایع اثبات وقایع است. در بسیاری موارد دادرس از تمیز زمان ارتکاب جنایت و اثر انگشت متهم بر روی آلت قتل و مطالعه انگیزه ارتکاب و ده‌ها قرینه دیگر نسبت به انتساب جرم به متهم تصمیم می‌گیرد، در حالی که شبهه احتمال مخالف در تمام یا بیشتر نتیجه‌گیری‌ها وجود دارد.

در مورد مسؤلیت مدنی، کارشناس فنی که به هنگام تصادم حضور نداشته است، تنها از راه استنباط از مسیر حرکت و نقطه برخورد و سایر اوضاع و احوال می‌تواند مقصر و مسؤول را تشخیص دهد.

در امور اداری و زندگی اجتماعی، دانشگاه از راه آزمون‌های علمی و تجزیه ناشی از سیاق نمره‌ها استعداد‌های شایسته‌تر را تمیز می‌دهد و این در حالی است که واقع امر در آینده معلوم می‌شود و سرنوشت داوطلبان بر پایه ظن تعیین می‌گردد.

جراح به پیوند کلیه بر روی بیماری اقدام می‌کند، به این دلیل که در بیماران دیگر نتیجه مطلوبی داده است و او احتمال می‌دهد که در بیمار کنونی همان نتیجه را بگیرد. نمایندگان

مجلس به تصویب لوایحی می‌پردازند که احتمال می‌دهند مفید باشد...<sup>۱</sup> و مانند آنها. درباره سایر دلایل نیز کم و بیش احتمال و ظن و قانون غلبه حکومت می‌کند. در شهادت، قناعت وجدان دادرس معیار صداقت و صلاحیت شاهد است و دادرس جز از راه اعتماد به قرائن و حدس و احتمال به نتیجه نمی‌رسد. در اقرار و سند نیز قانون چنین فرض می‌کند که مفاد آنها با واقع منطبق است.

### الحاق دلایل الکترونیکی به اماره

دلیل دیگر اهمیت اماره قضایی این است که همه دلایل جدید، از جمله ضبط صوت و فکس و تصاویر تلویزیونی و نظر کارشناس، در درون ماهیت آن قابل پذیرش است و تعریف اماره در قانون مدنی به گونه‌ای است که شامل دلایل جدیدی که علم و به ویژه الکترونیک در اختیار انسان قرار داده است می‌شود: به عنوان مثال، تصویر فکس و ضبط صوت سند و اقرار و شهادت نیست، ولی می‌تواند اماره محسوب شود. بنابراین، در فرضی که قانونگذار در اعتبار بخشیدن به دلایل جدید نقشی ندارد، در پاره‌ای کشورها که سخن از حقوق تجارت الکترونیکی می‌شود، دلالت نشان الکترونیکی به صورت «اماره» قانونی اصالت انتساب «در مقررات آن آمده است تا استفاده کننده» از دلیل در دعوی اثبات وضع مطلوبی پیدا کند و اثبات نادرستی نشان الکترونیکی به عهده طرف دعوا قرار گیرد. ولی، در حقوق ما نیز که چنین اماره‌ای در قانون پیش‌بینی نشده است. دادگاه می‌تواند با استفاده از اوضاع و احوال و شرایط و به عنوان اماره قضایی، دلیل نوظهوری را که به علم به نظام اثباتی و عدالت هدیده کرده است بپذیرد. استناد به این دلایل در زیر مجموعه اماره امکان دارد. (دالوز، فرهنگ آیین دادرسی مدنی، ج ۲)

۱- در این زمینه، در حقوق آمریکا: مک کرومیک (Mc cornick)، دلیل (Evidenece)، ج ۱، به وسیله جان استرانگ (John W. Strong)، ش ۲۱، ص ۸۰۵ به بعد - و در حقوق فرانسه، روزه پررو (Perrot) در: دالوز، فرهنگ آیین دادرسی مدنی، ج ۲، واژه (Preuve)، ش ۱۲۰۴، ۱۲۰۵.



## اثر اماره

### اعتبار اماره قانونی

اماره قانونی در واقع استنباطی است که قانونگذار به طور نوعی از اوضاع و احوال و نشانه‌های مادی می‌کند. پشتوانه و اعتبار چنین اماره‌ای مصلحت مبنای انگیزه قانونگذار است و به دلیل احتمالی بودن نتیجه آن محدود به دعاوی خاص نمی‌شود. ماده ۱۳۲۳ ق.م. درباره این اعتبار عام و فراگیر اعلام می‌کند: «امارات قانونی، در کلیه دعاوی، اگر چه از دعاوی باشد که به شهادت قابل اثبات نیست، معتبر است، مگر آنکه دلیلی برخلاف آن موجود باشد».

قید پایان ماده، برای رفع این توهم است که اتکاء اماره بر حکم قانون سبب ترجیح آن بر دلیل مستقیم است. اعتبار عام و فراگیر اماره قانونی مانع ترجیح و حکومت دلیل مستقیم بر آن است. (بودان ولربوری ژونیز، ج ۹؛ پنتیول و ریبر، ج ۷؛ ریروبولانزه، ج ۳) زیرا، اماره برحسب طبیعت و ذات خود، حاوی حکمی ظاهری است که واقع فرض می‌شود و اعتبار آن با کشف واقع از بین می‌رود.

منتها، باید توجه داشت که به استناد اوضاع و احوال مخالف و احتمال خلاف نمی‌توان اماره قانونی را ندیده‌گرفت یا برخلاف آن رأی داد. اماره زمانی از اعتبار می‌افتد که خلاف آن به دلیلی اثبات شود.

### اعتبار اماره قضایی

چنانکه گفته شد، اماره کم و بیش نتیجه‌ای احتمالی و ظنی است و هیچ‌گاه اصابت آن به واقع به مرحله یقین نمی‌رسد. به همین جهت، پاره‌ای از نظام‌های حقوقی گسترش اعتبار اماره قضایی را امری خطرناک می‌بینند و استفاده از این وسیله اثبات را محدود می‌سازند<sup>۱</sup>: به عنوان مثال، ماده ۱۳۵۳ ق.م. فرانسه، اعتبار اماره قضایی را محدود به موردی می‌کند که شهادت برای اثبات

---

۱- در فرانسه نیز، با اینکه حکم ماده ۱۳۵۳ ق.م. همچنان باقی است، با افزوده شدن بر قلمرو شهادت، چه از نظر مبلغ و ارزش دعاوی قابل اثبات و چه از لحاظ آزادی اثبات و در امور تجارتي و آنچه به دلیل تدلیس و تقلب مورد اعتراض واقع شده، محدودیت حکم ماده ۱۳۵۳ تعدیل شده است.

آن مؤثر است. وانگهی، قانون قضات را به احتیاط نیز دعوت می‌کند و قرائنی را قابل استناد می‌داند که قوی و مشخص و همساز باشد.<sup>۱</sup>

نگرانی دیگری که کمتر به زبان‌ها آمده و بسیار محتمل است، افزوده شدن بر اختیار دادرسان در قضاوت است، زیرا بعضی چنین می‌پندارند که جدایی قوه مقننه از قضائیه و حکومت اراده ملی بر همه ارکان نظام ایجاب می‌کند که قانون فرمان دهد و قاضی اجرا کند و اعتقاد و ندای وجدان او نباید اثری در دادرسی داشته باشد. آزادی استناد به قرائن بر اختیار و ابتکار دادرسان در فصل دعاوی می‌افزاید و باید با احتیاط پذیرفته شود و تعادل مطلوب میان دو قوه را از بین نبرد. قانون مدنی نیز چنین سیاستی را دنبال می‌کرد؛ چنان‌که در ماده: ۱۳۲۴ می‌خوانیم: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند». از سوی دیگر، چون اعتبار شهادت در اعمال حقوقی بسیار محدود بود (مواد ۱۳۰۸-۱۳۰۶) امکان استناد به اماره قضایی در اعمال حقوقی نیز ناچیز بود و بخش مهمی از دعاوی مدنی و بازرگانی از قلمرو اثبات با اماره خارج می‌شد.

وی، حذف مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۸ و گسترش قلمرو شهادت، این سیاست را تغییر داد. در نظام کنونی، شهادت برای اثبات همه اعمال و وقایع حقوقی قابل استناد است، در نتیجه، اماره قضایی نیز در همه دعاوی اعتبار دارد و می‌تواند مستند رأی دادگاه قرار گیرد. (بودان، ص ۱۳۰۲)

رویه قضایی در فرانسه، از آزادی دادرس در ارزیابی اماره و شهادت چنین نتیجه گرفته است که میان اماره و شهادت هیچ ترتب و درجه‌ای وجود دارد، یعنی نباید چنین پنداشت که، چون شهادت دلیل است بر اماره رجحان دارد؛ چنانکه دادرس به استناد و قرائن مخالف می‌تواند از پذیرش شهادت مخالف امتناع کند.

### سیاست حقوقی

در نقد هریک از دو سیاست آزاد و محدود اماره قضایی گفتگو بسیار است: طرفداران اعتبار

1- preoptions graves, précises et concordantes.

نامحدود اماره قضایی تکیه بر واقعی بودن نشانه‌های مادی و علمی و پیشرفت‌های علم و صنعت در این زمینه می‌کنند. در فلسفه حقوق و رویه قضایی انگلیس این ضرب‌المثل شهرت دارد که «وقایع نمی‌توانند دروغ بگویند»<sup>۱</sup>؛ کنایه از اینکه نشانه‌های مادی و خارجی وقایع عینی است و بسان شاهد یا مقر یا امضاءکننده سند، دلالت آن بر واقع نمی‌تواند دروغ و منحرف کننده باشد. در نتیجه به این نشانه‌ها بیش از سایر دلایل می‌تواند اعتماد کرد.

در جهت مخالف نیز استدلال شده است که آنچه احتمالی است و امکان اشتباه در آن وجود دارد، استنباط و نتیجه‌گیری قاضی از نشانه‌های مادی و خارجی است. پس، واقعی بودن نشانه‌ها دلیل اعتبار اماره قضایی نیست. به بیان دیگر، عیب از نشانه‌ها نیست، از نتیجه‌گیری قاضی است که احتمال خطا در آن زیاد است و عقل را وادار به احتیاط می‌کند و اماره را در رتبه‌ای پایین‌تر از سایر دلایل قرار می‌دهد.

### حقوق تطبیقی

۱. در حقوق آمریکا، نسبت به اعتبار اماره‌ها به ویژه هنگام برخورد با سایر دلایل، دو نظر گوناگون ابراز شده است:

(۱) گروهی به پیروی از ویگمار تیر\* اعتقاد دارند که اعتبار اماره تا زمانی است که دلیل دیگری وجود نداشته باشد؛ همین که پای دلیل به میان آید، اماره کارآیی خود را از دست می‌دهد و دیگر نقشی در اثبات ندارد؛

(۲) گروه دیگر، به پیروی از استادان مورگان و مک کورمیک\*\* بر این راه رفته‌اند که اماره به محض برخورد با دلیل مستقیم اعتبار خود را از دست نمی‌دهد و باید دید کدام دلیل یا نشانه قاضی یا هیأت منصفه را قانع می‌سازد. به بیان دیگر، اماره معتبر است، مگر این که دلیل قانع کننده مخالفی وجود داشته باشد. (رک جان کابلان و والتز، ج ۵، ص ۷۱)

نظر نخست، اماره را همانند اصل عملی، ابزاری برای رفع خصومت به هنگام فقد دلیل

1- Les faits ne peuvent pas mentir, cité par planiol et Ripert, T. VII, no: 1454.

#- Thayer.

##- Mc Cormick.

می‌نگرد و این گفته شیخ انصاری را تداعی می‌کند «الاصل دلیل حیث لا دلیل له». بر پایه این نظر، اماره دلیل واقعی نیست و هنگامی که دلیل به میدان می‌آید جا خالی می‌کند و در واقع حکم ظاهری فقدان دلیل (انسداد باب العلم) است.

ولی، نظر دوم که مقبول‌تر است اماره را دلیل می‌داند، مگر اینکه سایر دلایل مخالف قاضی را قانع کند که نتیجه اجرای اماره خطا است. پس احتمال دارد اماره طرفی را که به عنوان مدعی بار اثبات را به دوش دارد، از این تکلف معاف سازد و بار اثبات را به دوش طرف مخالف نهد: به عنوان مثال، در کالیفرنیا فرزند متولد از زن شوهردار یا متولد به فاصله دو ماه از انحلال نکاح منسوب به شوهر فرض می‌شود و این اماره تنها در صورتی از بین می‌رود که دلیل روشن و قانع‌کننده‌ای برخلاف آن باشد. (ری جان کابلان و والتز، ج ۵، ص ۷۷۲)

۲. در حقوق فرانسه، اعتبار اماره شبیه قانون مدنی است: بدین معنی که اعتبار اماره قانونی عام و اعتبار اماره قضایی محدود به مواردی است که دعوا با شهادت اثبات می‌شود. منتها، تفاوت از این نکته آغاز می‌شود که، با حذف مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۸ قانون مدنی، محدودیت قدرت اثبات‌کننده شهادت در اعمال حقوقی از بین رفته است و، در نتیجه، اعتبار اماره قضایی نیز، به تبع شهادت، در اعمال و وقایع حقوقی یکسان است و قلمروی گسترده دارد. ولی، در حقوق فرانسه، استثنای فراوان، و از جمله امور تجارتي، هنوز هم میان اعمال و وقایع حقوقی تفاوت وجود دارد: در اعمال حقوقی، شهادت و اماره قضایی، اعتباری محدود دارد، در حالی که نسبت به وقایع حقوقی، اعتبار اماره قضایی نیز، همانند اماره قانونی، عام و فراگیر است. محدودیت دیگر حقوق فرانسه، قیودی است که ماده ۱۳۵۳ ق.م. برای پذیرش اماره قضایی و ارزیابی آزاد آن آورده است. در این ماده، شرط پذیرش سه قید: (۱) قوت (۲) صراحت (۳) همساز است و قاضی در صورت جمع آمدن این شرایط می‌تواند به آن استناد کند.

در حقوق فرانسه، نسبت به الزام آور بودن شرایط اتفاق نظر وجود ندارد. ولی، در هر حال، از جهت تطبیقی، تفاوت دو قانون مدنی انکارناپذیر است. (گوبویویر، فرهنگ حقوق مدنی دالوز، ج ۶) برعکس، در حقوق فرانسه، تقسیم اماره‌های قانونی به دو بخش اماره‌های ساده و نقض ناشدنی، تقسیمی پذیرفته شده است (بند ۲ ماده ۱۳۵۳ ق.م.) و در برابر گروه دوم هیچ دلیل مخالفی پذیرفته نمی‌شود. (گوبویویر، فرهنگ حقوق مدنی دالوز، ج ۶) ولی، در حقوق ایران، با اطلاق ماده ۱۳۲۳

ق.م. به دشواری می‌توان قاعده‌ای را که دلیل برخلاف آن پذیرفته نشود اماره نامید، هرچند که بعضی از نویسندگان به تقلید فرانسویان از آن یاد کرده‌اند.

### کتابنامه:

#### الف - به زبان فارسی

- ۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱ و ۶
- ۲- حسینیان، محمد و مریم عباسی، مجموعه کامل آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۲-۱۳۲۸)، نشر میزان.
- ۳- حسینی نژاد، حسینقلی، ادله اثبات دعوا
- ۴- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق.
- ۵- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴
- ۶- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت (دوره مقدماتی حقوق مدنی)
- ۷- کاتوزیان، ناصر، خانواده (دوره مقدماتی)
- ۸- کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده
- ۹- کاتوزیان، ناصر، عدالت قضایی
- ۱۰- ناصری، فرج‌الله، امارات در حقوق مدنی، رساله دکتری، ص ۳ به بعد.

#### ب - به زبان عربی

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی، فوائداصول، چاپ سنگی، حجیت قطع و ظن
- ۲- شهید ثانی (زین‌الدین بن نور الدین عاملی)، روضةالبهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه (شرح لمعه)، چاپ سنگی، ج ۲.
- ۳- شهید ثانی (زین‌الدین بن نور الدین عاملی)، مسالک الافهام، شرح بر شرایع محقق، چاپ سنگی، ج ۱.
- ۴- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم: ملحقات عروةالوثقی.
- ۵- عراقی، آقاضیاء، حاشیه بر تقریرات میرزا نائینی، فوائداصول، ج ۳.
- ۶- نائینی، میرزا حسن، فوائداصول.
- ۷- مظفر، شیخ محمدرضا، (۱۴۰۳ هجری قمری)، اصول الفقه، ج ۲، بیروت، چاپ چهارم.

#### ج - منابع فرانسسه

- 1- Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T. XII, 5<sup>e</sup> éd., par Bartin.
- 2- Beaudant (Charles), Cours de droit civil Français, 8<sup>e</sup> éd., par Lagarde.

- 3- Robert Beudant et paul Lerebours Pigeonnière, T. IX, par Perrot, Paris.
- 4- Dalloz, (1950), Encyclopedie juridique, Répertoire de droit civil, sous la direction de Emanuel Vérger et George Ripert, 2<sup>e</sup> éd., T. V et VI, paris.
- 5- Gény (François), (1921), Science et Technique en droit privé positif, vol. 3, paris.
- 6- Ghestin et Goubeaux, (1982) Traité de droit civil , T. 1, Introduction générale, 2<sup>e</sup> éd., paris.
- 7- Goubeaux et Bihr, Preuve, in Encyclopedie Dalloz, Répertoire de droit civil, 2<sup>e</sup> éd., T.V, paris.
- 8- Marty et Raynaud, (1961), Droit civil, T.1, paris, Dalloz.
- 9- Mazeaud (Henri, Léon et Jean), (1967), Leçons de droit civil, T.1, Deuxième volume, par Michel de Juglart, 4<sup>e</sup> éd.
- 10- Planiol et Ripert, (1952), Traité pratique de droit civil français, T.VII, par Paul Esmein, Jean Radouand et Gabriel Gabolde, paris.
- 11- Ripert et Boulanger, (1957), Traité de droit civil d'après le traité de planiol, T.1 et 3, paris.

ج - منابع انگلیسی

- 1- Bromlley (Peter Mann), (1976), Family Law, 5th ed., London, Butherworths.
- 2- Kaplan (John) & Waltz (John R.), (1984), Evidence, Cases and Materials, 5th ed., New York.
- 3- Mc Cormick, Evidence, (1999), 5th ed., By John W. Strong, West Group.