



**المباني النظرية للقاعدة عند
تعارض الأمارات في الإثبات القضائيّ
(دراسة مقارنة بين الفقه القضائيّ الإماميّ
وفقه القانونيين الإيرانيّ والعراقيّ)**

أ. م. د: علي جعفريّ (استاذ جامعة طهران)

م. د. إسماعيل البهادلي (أستاذ جامعة الامام جعفر الصادق (ع))

أ. د: محمد ادبيّ مهر (استاذ جامعة طهران)

المُلخَص

يستهدف المقال، دراسة الحلول عند تعارض الأمارات القانونيّة أو القضائيّة فيما بينها، نظرياً وتطبيقياً من وجهات نظر ثلاثيّة؛ نظراً لأهميّة الموضوع وكونه غير مسبوق بدراسة مختصّة.

من هنا تناول المقال، دراسة مفردات البحث ومن منظار ثلاثيّ؛ ثمّ حدّد الموضوع وهو تعارض الأمارات، بمفهومه الدقيق من خلال مصطلحاته المطروحة بين الفقه الإماميّ والقانونين المدنيّين الإيرانيّ والعراقيّ ومن خلال توضيح فوارقه مع مصطلح «الأدلة» وفوارق دوره في الصعيدين التشريعيّ والإثبات القضائيّ.

ثمّ تناول المباني النظرية في اعتبار الأمارات عند الإثبات القضائيّ وتفسير القاعدة عند تعارضها من منظار ثلاثيّ؛ لكي يقارن القاعدة عند تعارض نوعي الأمارات والتعارض الداخليّ بين أمارات كلّ نوع.

واستنتج المقال، تقارب التشريعات الثلاث في مبنى ترجيح أمانة على أخرى وهو الانطلاق من تحرّي الواقع قدر الإمكان أو الفصل القضائيّ، بما يتوفّر لديه من تحقيق العدالة؛ على أنّ القانون المدنيّ الإيرانيّ يبتني في الأساس، على الفقه الإماميّ.

الكلمات المفتاحيّة: المباني النظرية، القاعدة، التعارض، الأمانة، الإثبات القضائيّ، الفقه القضائيّ الإماميّ، القانون الإيرانيّ، القانون العراقيّ.

Summary

This article studies the prompt solutions when there is a conflict in the judicial and legal Amarat. It addresses the theoretical and practical application of such solutions from three perspectives, specially when there is no previous study that addresses such an important topic.

The article starts by presenting the main points of our research, and then highlights in details the conflict in the judicial and legal Amarat through 1) laying out the terms used in the Imami jurisprudence and the Iranian and Iraqi civil laws, and presenting their differences, and 2) specifying the differences of its role in the judicial and legal evidences in the judicial proof.

The article discusses the theoretical foundations in considering Amarat for judicial proof and interprets the underlying base when it prompts a conflict from three points of view. This will compare the underlying bases when there is an inter-conflict between two kinds of Amarat and an intra-conflict between the Amarat of each kind.

The article concludes that there is a similarity between the three legislations in promoting one Amarah over another, that is, by investigating reality to the best extent or judicial separation, seeking justice. One should mention that Iranian law is based on the Imami jurisprudence.

Keywords: theoretical foundations, underlying base, conflict, Amarah, Judicial Proof, Imami jurisprudence, Iranian law, and Iraqi law.

المقدمة

التعريف بالمسألة:

تنبع أهمية هذه الدراسة من كون القرائن القانونية والقضائية تحتل مساحة كبيرة في مجال الإثبات القضائي؛ وهي مساحة حرة متنامية؛ لا سيما في القرائن القضائية التي لا حدود لإمكانية استخلاصها من الوقائع؛ وهي قرائن قد تحوّل بعضها - نتيجة لتكرّرها وعناية المشرّع بالنصّ عليها - إلى قرائن قانونية؛ مضافاً إلى أنّ تعارض القرائن في الإثبات القضائي لم تُفرد له - حسب اطلاع الباحث - دراسة مستقلة بهذا النحو من المقارنة.

وهذه الدراسة، تعنى بالبحث في ماهية وخصائص الأمارات (القرائن) القانونية والقضائية وتعارضها؛ بحثاً مقارناً بين الفقه الإسلاميّ الإماميّ وبين الفقه القانونيّ في كلّ من التشريع القانونيّ العراقيّ أو الإيرانيّ.

التعريف بمفردات البحث:

جاءت مفردة القاعدة في اللغة العربيّة، مشتقّة من قَعَدَ يَفْعُدُ قَعُوداً ومَقْعُداً؛ وهي من البيت: إِسْهَ وأَسَاسُه وأَسَاطِينُ البناء التي تعتمد؛ وتعني قواعد السحاب: أصوله المعترضة في آفاق السماء^(١)؛ وتعني لفظة «القاعدة» في الاصطلاح: الأصل أو القانون أو الضابط أو الأمر الكلّي الذي ينطبق على جزئيات^(٢).

واستعمل العرب مفردة التعارض في معنى معارضة الرجلين المتقابلة في الكلام؛ فجاءت بمعنى تقابل كلام الرجلين وتناقضهما أو المباراة بينهما؛ وأصلها

من عَرَضٍ يَعْرِضُ عَرَضاً عَرَضٌ أَوْ عُرْضٌ فَلان^(٣).

وفي اصطلاح الفقهاء الأصوليين، يعني «التعارض»، تنافي مدلولي الدليلين؛ أي: جعليهما؛ ومن هنا تخرج الأصول العمليّة عندهم عن دائرة التعارض؛ لأنّها ليست ذات مبادئ مستقلّة وجعل مستقلّ عن جعل الأدلّة المحرزة؛ إلّا أنّ التعارض في نتائجها، ينجرّ إلى أدلّتها التي هي لا محالة من الأدلّة المحرزة للواقع الشرعيّ^(٤).

وأما الأمانة - بالفتح - هي: العلامة؛ وأمر أمرّة وأمانة: أي صير علماً^(٥)؛ تقول: هي أمانة ما بيني وبينك، أي علامة^(٦)؛ والأمانة والأمار: حجارة ينصبها الناس على الطريق المرتفع ليُستدلّ به^(٧).

والأمانة في الاصطلاح الأصولي في الفقه الإمامي، هي خصوص الدليل الظنيّ المعتبر؛ بمعنى الذي قام العلم على اعتباره عند الشارع.

وعرّفها السيد محمد باقر الصدر بأنها: الدليل الظنيّ الذي يكون كشفه عن الواقع هو الملاك التام لجعله معتبراً، سواء كان مفيداً للظنّ الفعلي دائماً، أو غالباً، أو في حالات كثيرة^(٨).

والأمانة بالمعنى الأصولي، تختلف عن الوظيفة العمليّة عند فقدان الدليل المحرز، التي قد يلحظ الشارع في جعلها حجّة، كاشفيّتها؛ لكن لا بما هي الملاك التام لجعلها؛ بل منضمّة إلى قوّة المحتمل أيضاً؛ وهي الأصل العمليّ الذي يُسمّى بالأصل المحرز أو التنزيليّ كقاعدة الفراغ؛ وكذلك بعض القواعد الفقهيّة التي استخدمت كلمة الأمانة بمعنى القرينة ومنحت لها الحجّيّة؛ كقول الفقهاء: اليد أمانة الملكيّة.

وأما الإثبات لغة: هو جعل الشيء مستقرّاً؛ ويقال أثبت الأمر: حققه وصحّحه؛ ويقال: أثبت الحقّ: أقام حجّته^(٩).

وأما الإثبات في اصطلاح الفقه القضاء الإمامي، هو حلّ الخصومة؛ ووسائله ما يعتمد عليها الحاكم للإثبات؛ وهي: البيّنة واليمين والإقرار والقرعة وعلم الحاكم نفسه^(١٠). وذكروا أيضاً قواعد منصوصة أخرى، في مختلف أبواب الفقه؛ ومنها قاعدة العدل والانصاف كأصل عمليّ لو تمّت حجّيتها، يُرجع إليها عند فقدان الدليل^(١١).

ويعني الإثبات في الاصطلاح القانوني: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حدّدها القانون على وجود واقعة قانونيّة ترتّب آثارها^(١٢).

ويلاحظ أنّ هذا التعريف، لم يحصر الإثبات القضائيّ بما يُقدّمه المدّعي من أدلّة كما ذهب إليه بعض فقهاء القانون^(١٣)؛ بل هو مطلق إقامة الدليل الذي قد يصدر من المدّعي عليه بإقراره، أو من الخبر أو المعاین، أو غيرهم.

كما يلاحظ أنّ التعريف مبنيّ على نظريّة الإثبات القضائيّ المقيّد؛ حيث حصر ما يُقدّم من أدلّة، بالـ (طرق التي حدّدها القانون)؛ ولم يُطلق الأدلّة لتشمل مطلق ما يصلح لإثبات الحقّ، كما تذهب إليه نظريّة الإثبات القضائيّ الحرّ.

ولكنّ ما يؤخذ على هذا التعريف، أنّه أطلق المثبت القضائيّ لوجود أيّ واقعة قانونيّة ترتّب آثارها؛ في حين يختصّ الإثبات القضائيّ الذي هو موضوع هذا البحث، بخصوص الأمر المدّعي به، نظراً لما يترتّب عليه من آثار قانونيّة؛ وهذا ما أخذه بنظر الاعتبار، «سليمان مرقس» حين عرّف الإثبات القضائيّ بأنّه: إقامة الدليل على حقيقة أمر مدّعي به، نظراً لما يترتّب عليه من آثار قانونيّة^(١٤).

والفرق بين الإثبات القضائي والإثبات العلمي هو أن كل منهما يهدف إلى التحقق من واقعة محتملة الثبوت أو متنازع في ثبوتها؛ ولكن من فوارق الإثباتين، أن الإثبات العلمي يهدف الوصول إلى الحقيقة العلمية المجردة التي قد يبقى ثبوتها أو خصائصها محل دراسة وتنقيب؛ في حين يهدف الإثبات القضائي إلى الفصل في النزاع، لكي يستقر التعامل بالحكم الذي يكتسب حجّة الأمر المحكوم؛ ومن ثمّ فلا يجوز نقضه كما تنصّ المادة ١٠٦ من قانون الإثبات العراقي^(١٥).

١ - النسبة بين «الأدلة» و«الأمارات»

اصطلح علماء أصول الفقه الإماميين، على أن الأمانة - وهي تعبير مختصر عن تركيب «حجّة الأمانة» - ، من أنواع الأدلة المحرزة للواقع التشريعي؛ التي تقابل الأصول العملية (أي: حجّيات الوظيفة العملية)؛ فإنّ الدليل على التشريع الإسلامي: إن كان قطعياً لا يشوبه شكّ، فهو يكشف عن الواقع التشريعي؛ وإن كان ظنياً - كما في إخبار الرواي الثقة كطريق للوصول إلى بيان الشارع - فإنّ منحه الشارع، اعتبار الدليل القطعيّ، فهو يُحرز ما يقصده الشارع أيضاً ويُصبح دليلاً أيضاً؛ بينما عند افتقاد هذين النوعين من الدليل، فقد نجد أدلة قطعياً أو أمارات، ترسم لنا ما يُقرّره الشارع من وظيفة عملية؛ وهي لا تُعبّر عن الواقع التشريعي؛ بل تُنقذ المكلف من حيرة التصرف فحسب.

ونجد أنّ القانون المدني الإيراني أيضاً، تأثّر بالاصطلاح الأصولي وجعل مصطلح الأمانة، من أقسام الأدلة في الإثبات القضائي؛ كما أنّ القانون المدني العراقي عدّه أيضاً من الأدلة وأسماه بـ«القرائن».

إلا أنّ مصطلح «الأمانة» في أصول الفقه الإمامي قد يكون من الأدلة في

الإثبات القضائي من هذه وجهة النظر؛ وقد تُقدّم عند التعارض مع غيرها من القرائن؛ كما نجد ذلك في القانون المدني الإيراني؛ ولو أنّ الإمارات عند تعارضها مع غيرها، في القانون الإيراني - خصوصاً الإمارات القضائية، لا تتقدّم سائر أدلّة الإثبات؛ ونجد التفصيل بالنسبة إلى هذا الموضوع في القانون المدني العراقي؛ حيث يختلف الموضع بين القرينة القطعية والقرينة غير القطعية كما سنرى ذلك عند تفصيل البحث.

٢ - مفهوم الإمارات بين مصطلحها عند استخراج الأحكام الفقهية والأحكام التشريعية (الإيرانية أو العراقية) وبين مصطلحها في الإثبات القضائي:

أشرنا فيما سبق أنّ الأمانة في علم أصول الفقه الإمامي هي حجّة الطريق الظنيّ عند استخراج الأحكام الفقهية؛ فهي تضمّ مثلاً، خبر الثقة عن بيان المشرّع الإسلاميّ؛ ولكنها تكون بمعنى أعمّ أو أخصّ في الإثبات القضائيّ (بناء على التشريعات الثلاث)؛ فقد تشترك في مصداقها مع الأمانة الأصولية، كأمانة حجّة الظهور العرفي؛ أو تشترك في أنواعها؛ كما في الشهادة التي قامت مقام خبر الثقة؛ وقد تختلف؛ كما في بعض القواعد؛ كقاعدة الفراش التي تُعدّ من الوظائف العملية وليست من قبيل الإمارات الأصولية التي تُحرز واقع التشريع.

ومن هنا يلزم الانتباه إلى هذه الفارقة وعزل الإمارات الأصولية في الفقه الإمامي التي لا تُعدّ من أدلّة الإثبات القضائيّ؛ كما أنّ بعض الأصول العملية في علم الأصول، تُعدّ من الإمارات في الإثبات القضائيّ حسب تعبير القانونين

المدنيّين الإيراني والعراقيّ.

وهكذا تدخل البيّنة القضائيّة كالشهادة والمستندات الكتابيّة والإقرار في مصطلح الأمانة المطوّر عند علماء الأصول من الإمامية؛ خلافاً للمصطلح الفقهيّ الذي يجعل الأمانة في مرتبة متأخرة عن أدلة الإثبات القضائيّ؛ بل إنّ أساس مشروعيّة الأخذ بالأمارات على المصطلح الفقهيّ، هو عدم وجود أدلة الإثبات.

وأما في المصطلح القانوني:

فقد أخذ المشرّع الإيراني بالمعنى الفقهيّ علماً بكون القانون المدنيّ الإيراني قد وضعه مجموعة من المجتهدين والحقوقيين الشيعة^(١٦)، وقد خصّص هذا القانون، الكتاب الرابع من المجلّد الثالث للأمارات واستوحى تعريف الأمانة من مدلولها اللغويّ واستعمالات هذه اللفظة في ألسنة الفقهاء من قبيل قولهم: (أنّ اليد أمانة الملكيّة) وأنّ (اللوث أمانة يُظنّ بها صدق المدّعي؛ كوجود ذي سلاح ملطّخ بالدم عند قتيل في دمه)^(١٧)، فعرّفت المادة ١٣٢١ الأمانة بما ترجمته: (عبارة عن الأوضاع والأحوال التي هي بحكم القانون أو في نظر القاضي، دليل على أمر يصير معروفاً)^(١٨).

وهذا المعنى هو المقصود بالقرينة القانونية والقضائية في مصطلح قانون الإثبات العراقيّ؛ نعم يوجد فرق صياغيّ؛ حيث اعتبر القانون المدنيّ الإيراني، الأمانة بأنها نفس الأوضاع الدالّة على الأمر المجهول المستنبط؛ في حين اعتبر القانون المدنيّ العراقيّ، القرينة بأنها استنباط هذا الأمر المجهول من تلك الأوضاع المعروفة؛ حيث جاء في المادّة ٩٨ منه: (القرينة القانونية، هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت) وفي المادة ١٠٢ منه: (القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت

من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة).

ويبدو أن المبرر لهذا الاختلاف، أنّ المشرع الإيراني نظر الى مفردة الامارة التي تعني العلامة؛ ولا شك أنّ الأوضاع هي العلامة الدالة على الامر المجهول؛ بينما لاحظ المشرع العراقي خصوصية الإضافة في الأمانة (القرينة) كونها قانونية او قضائية، فهي إذًا، ليست كل أمانة؛ بل خصوص ما استنبطه القانون أو القاضي؛ فما جعلها امانة قانونية أو قضائية هو استنباط القانون او القاضي لها.

والمهم أن الأمانة كطريق للإثبات القضائي بالمصطلح القانوني، لا تشمل الشهادة ولا المستندات الكتابية ولا الاقرار، بل هي خصوص القرائن القانونية والقضائية، بل نص القانون المدني الإيراني في المادة ١٣٢٣ بما ترجمته: ان الأمارات في كل الدعاوى -حتى وان كانت من الدعاوى التي لا تقبل الاثبات بشهادة الشهود- معتبرة قانونا ما لم يوجد دليل على خلافها^(١٩).

فهي مرتبة متأخرة في نظر القانون الإيراني عن الأدلة المعتبرة لا يصار إليها إلا مع فقد الأدلة وفي الفقرة ٢ من شرح المادة ١٣٢١: (اعتبار الأمانة مبني على الغلبة والظاهر ومثالها دلالة التصرف على الملكية..... الدليل مقدم على الامارة وله الحكومة عليها)^(٢٠).

وفي الفقرة (١) من شرح المادة ١٣٢٣: (سبب تقديم سائر الادلة على الامارة هو الدلالة المباشرة للدليل على الواقع الذي يكون احتمال وقوع الخطأ فيه اقل واما الامارة المبنية على الظن والظاهر فدائمًا فيها احتمال مخالفة الواقع، والبعض لا يعد الامارة من جملة طرق الاثبات)^(٢١).

أقسام الأمارات في الإثبات القضائي:

كما سبقت الإشارة إلى أنّ الأمانة في مصطلح القانونين المدنيّين الإيراني والعراقيّ، تنقسم إلى نوعين: قانونيّة - وهي ما نصّ عليها القانون - وقضائيّة - أوكلت إلى نظر القاضي أو استنباطه؛ كذلك يُمكن تصنيف الأمارات بمعنى القرائن أو القواعد الفقهيّة المعنيّة بالقضاء، إلى أمارات منصوصة - وهي تعادل الأمارات القانونيّة اصطلاحاً - والأمارات المستنبطة التي يستخرجها القاضي من الأحوال والظروف الخاصّة بالملفّ المعنيّ بممارسته القضائيّة - وهي تعادل الأمارات القضائيّة اصطلاحاً.

وأما القانون المدنيّ الإيرانيّ، فقد عرّف الأمانة القانونيّة في مادّة ١٣٢٢، بأنّها: ما جعلها القانون دليلاً على أمر ما؛ كالأمارات المذكورة في هذا القانون؛ من قبيل موادّ ٣٥ و ١٠٩ و ١١٠٠ و ١١٥٨ و ١١٥٩ وغيرها والأمارات المصرّح بها في القوانين الأخرى. وعرّف الأمانة القضائيّة في المادّة: ١٣٢٤ بأنّها عبارة عن أوضاع وأحوال في خصوص مورد القضاء والاستناد إليها مشروط بأن تكون الدعوى قابلة للإثبات بالبيّنة؛ أو أن تكون الأمانة مكملّة للأدلّة الأخرى^(٢٢).

ولكن عرّف القانون المدنيّ العراقيّ نوعي الأمانة بصياغة مختلفة، حيث جاء في المادة ٩٨ منه: (القرينة القانونية هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت) وفي المادة ١٠٢ منه: (القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة)^(٢٣)؛ فيما عرفها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقيّ رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م في مذكرته الايضاحية بأنّها: النتيجة التي تستخلصها المحكمة من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة^(٢٤).

ويُتفق علماء الحقوق في إيران والعراق على ماهية القرينة القضائية وتكونها من عنصرين أساسيين هما العنصر المادي والعنصر المعنوي^(٢٥).

ويقصد بالعنصر المادي: الوقائع التي يتحقق القاضي من وقوعها عن طريق المعاينة أو تقرير أهل الخبرة أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات المعروفة كالكتابة والشهادة والاعتراف وتعد هذه الوقائع أساساً يبنى عليه القاضي استنباطه فلا بد من اثباتها بشكل قاطع والام لم تصلح أساساً للاستنباط^(٢٦).

وأما العنصر المعنوي: فهو الاستنباط الذي على أساسه يفسر القاضي تلك الوقائع الثابتة مستخدماً قواعد الاستدلال المنطقي التي ينتقل بواسطتها من المعلوم إلى المجهول^(٢٧) ويكاد أن يكون هذا العنصر هو روح العمل القضائي الذي يتميز به القاضي المحنك عن غيره وقد اعتبر علماء الحقوق أن هذا الركن هو المائز بين القرائن وبين الأدلة المباشرة كالأسانيد المكتوبة والشهادة والاعتراف التي لا يكاد يكون الانتقال فيها محسوساً من المعلوم إلى المجهول لسرعته، خلافاً للقرائن التي تقوم على الاستنتاج المتأني^(٢٨).

ولأجل استكمال التصور لمفهوم القرينة القضائية لابد من مراجعة المائز الدقيق بينها وبين القرينة القانونية فمع أن كلا من القرينة القانونية والقضائية تقوم على فكرة واحدة وهي التمسك بما هو راجح الوقوع في حال غياب الدليل، وذلك بواسطة استدلال غير مباشر حيث ينتقل محل الإثبات من الواقعة التي لا دليل يثبتها إلى واقعة أخرى متصلة بها يسهل إثباتها فيكون ثبوتها مرجحاً لثبوت الأخرى^(٢٩).

ومع أن القرائن القانونية هي في الأساس قرائن قضائية، فإذا تكرّر استخلاص القضاة لقرينة قضائية ما، من واقعة من نوع ما، في قضايا متعددة واضطرد الأخذ بها

قضائيا عند تحقق تلك الواقعة التي استمدت منها، فان هذه القرينة تصبح ملزمة للقاضي لتواتر العمل عليها امام المحاكم، بل قد يعتمد عليها وكلاء الخصوم ويحتجون بها للدفاع عن وجهة نظرهم، وهو ما يدفع المشرع الى أخذها بنظر الاعتبار في تطور التشريع وتكامله في وضع نصوص القوانين وتعديلها^(٣٠).

مع كل ذلك فان التفاوت كبير جدا بين أثر القرينة القانونية وأثر القرينة القضائية في الاثبات القضائي وهو ما يمكن استجلائه من خلال من خلال المباحث التالية.

وطبقا للمادة ١٠٢/٢ من قانون الاثبات العراقي فان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية غير محدودة في استنباط القرينة القضائية حيث جاء فيها "وللقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون"^(٣١) كما أن اختياره لواقعة ما من الوقائع المعروضة امامه ليني عليها استنباطه دون غيرها سواء كانت تخص الخصمين او أحدهما بل وحتى وقائع خارجة عن محل النزاع ما دامت الاوراق الخاصة بها قد ضمت الى إضبارة الدعوى حتى لو كانت من تحقيقات باطلة لعب في الشكل، بل لا تلتزم المحكمة ببيان الاسباب التي حملتها على ترجيح احدى القريتين واطراح عدة قرائن أخرى او ترجيحها على شهادة الشهود المناقضة لها فكل ذلك موكول الى تقدير القاضي دون أن يكون للمراجع العليا رقابة عليه من هذه النواحي^(٣٢)، ما دام استنباطه لها سليما ومسببا تسببا منطقيا عن مقدماته المحسوسة ومؤديا الى النتيجة التي اخذت بها المحكمة^(٣٣).

ويبدو أن طبيعة القرينة القضائية لكونها إقناعية وليست تحميلية تفرض هذه السلطة التقديرية للقاضي^(٣٤).

ومع ذلك نجد أن السلطة التقديرية للقاضي في القانون الإيراني الجزائي مقيدة من ناحية الاعتماد على مجرد القرينة المستنبطة التي لا تفيد العلم نوعاً، فقد جاء في التبصرة الملحققة بالمادة ٢١١ من قانون المجازاة الإسلامي: "الموارد التي من قبيل رأي أهل الخبرة ومعاينة المحل والتحقيقات المحلية والدلائل البينة وتقارير الضباط وسائر القرائن والأمارات التي توجب العلم نوعاً يمكن للقاضي أن يستند إليها في الحكم، وعلى كل حال فإن مجرد العلم الاستنباطي الذي لا يمكن أن يكون موجهاً ليقين القاضي لا يمكن أن يكون مستنداً لصدور الحكم^(٣٥)."

هذا مضافاً إلى ما تقدم في الفصل الثاني من أن الفقه الإمامي الذي يقوم عليه تشريع القانوني الإيراني لا يرى إمكان استناد الحكم إلى القرائن المستنبطة غير المفيدة للعلم لا سيما في القضايا الجزائية وإن كانت توجب المزيد من التحقق والمراجعة كما تنص المادة ١٧١ و١٨٧ من قانون المجازاة الإسلامي.

المباني النظرية للقاعدة عند تعارض الأمارات:

إن المشرع يتنازع هدفان في وضعه للتشريعات التي تنظم سير الإثبات القضائي؛ أولهما: تحقيق العدالة بواسطة تحري الحقيقة الواقعية. وثانيهما: استقرار النظام القضائي وسد الثغرات بواسطة تقنين الاكتفاء بالحقائق القضائية عوضاً عن الواقعية. حتى لو انطوى هذا الهدف الثاني على احتمال هدر الحقوق التي لا تتوفر على الأدلة.

ويشكل الإثبات القضائي بالأمارات أو القرائن بيضة القبان في هذه المعادلة فبينما تمثل القرائن القانونية ضماناً لاستقرار النظام القضائي عند عدم توفر الحق على مثبتاته، تمثل القرائن القضائية -من جهة أخرى- أهم ركائز القناعة القضائية التي

تمكّنها من تطويع صلاية القانون بواسطة استخلاص القاضي القرائن من الوقائع، وهكذا يتنزل ويتجسد الهدفان اللذان كانا يحدوان المشرع في تشريع الاثبات القضائي، في عنصرين اساسيين يتجاذبان القاضي في عمله وهما "معقولية القناعة بالوقائع" في استهداف الحق الواقعي و"سلامة تسبيب الحكم قانونا" لحماية استقرار النظام القضائي.

لا بد ان يلاحظ في التأسيس النظري لمعالجة التعارض بين القرائن القضائية اختلاف الفضاء الذي يجري فيه التعارض عما كان عليه في القرائن القانونية، فبينما كان فضاء التعارض في القرائن القانونية محددًا بالأطراف الثلاثة: النص القانوني للقرينة والقرينة المعارضة والقاضي المحكوم بالنص وموضوع الدعوى، نجد ان الأمر في تعارض القرائن القضائية منحصر بين القاضي وابداعه في النظر لموضوع الدعوى، فليس ثمة نص قانوني لقرائن متعارضة.

نبه بعض علماء الحقوق على ان الترتيب الوارد في نص القانوني لوسائل الاثبات ليس اعتباطيا وانما هو مبني على علو القيمة الاثباتية للمتقدم واوها الاقرار على المتأخر وأخرها اليمين، فيمكن أن يكون هذا أساسا أوليا للترجيح في حالة التعارض بين وسائل الاثبات^(٣٦)

بالرغم من وفرة القرائن القضائية وبقاء الباب مفتوحا لاستخلاص المزيد من القرائن القضائية مادام العمل القضائي مستمرا، ومع أهمية وسعة مجالها الوظيفي فإن القاضي يستهدي بها حتى في الموارد التي تتوفر على أدلة الاثبات الأخرى حيث يستطيع القاضي من خلال استنباط بعض القرائن كشف الغش المستتر تحت مظهر التصرف القانوني، كما في العقود الصورية التي يتواطأ عليها الخصمان لغرض مخالفة

قاعدة قانونية (٣٧).

بالرغم من هذه الأهمية وهذا النطاق الواسع للعمل بالقرائن القضائية وسلطة القاضي التقديرية الواسعة الا ان المشرع العراقي قيدها موضوعا وضيق الى حد كبير - في المادة ١٠٢ / ٢ من قانون الاثبات - ، امكان الأخذ بالقرائن القضائية حين حصر نطاق القرائن القضائية بما يجوز اثباته بالشهادة^(٣٨) ، وقد مر ان الاثبات بشهادة الشهود في القوانين الوضعية التي لا تقوم على قواعد التشريع الاسلامي غير معتبر الا في نطاق ضيق جدا، فالإثبات في القانون الوضعي يقوم على الاثبات بالمستندات الكتابية بشكل اساسي، بل ان البراءة في مثل هذه المنظومة القانونية تقوم على عدم وجود مستند يدين الجاني، ولذلك يستطيع اي فاسد أن يرتكب السرقات والتلاعب المالي والغش ولا خوف عليه اذا استطاع ان يبقي جنايته خارج الاوراق والمستندات الرسمية فلا قيمة لشهادة الشهود بدون ان يكون بأيديهم مستند كتابي، وقد قيد القانون العراقي نطاق الاثبات بالشهادة بالتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على خمسة الاف دينار.

وهو الغاء للقيمة العملية للشهادة وللقرائن القضائية في اثبات او نفي مما هو متمول من الحقوق.

ويبدو ان السبب في هذا التقييد للأخذ بالقرائن القضائية هو عين السبب الذي دعا المشرع الوضعي الى تقييد الأخذ بشهادة الشهود، فكما ان شهادة الشهود مع فقد القاعدة الايمانية وعدم اخذها بنظر الاعتبار في التشريع الوضعي يجعلها مظنة الكذب والتزوير، كذلك يجعل استنباط القاضي الذي لا يشترط فيه الايمان والورع والاجتهاد مظنة للاشتباه والميل لطرف دون آخر فضلا عن امكان تعمد حرف مسار

القضايا والحكم بالجور، فاذا كان لهذا التقييد اثار سلبية على العمل القضائي في المجتمع المسلم الذي يختار قضاته من العلماء الورعين، فانه اي هذا التقييد جيد بل ضروري في مجتمع تحكمه المصالح المادية ولا يتمتع قضاته -بالضرورة- بالتمسك بالقيم الاخلاقية، بل ان طواير الشهود في ابواب المحاكم مستعدين لتقديم خدماتهم في شهادة الزور مقابل عوض مادي.

ولكن يبقى الاشكال في الموارد غير المالية كيف يضمن القضاء تحقيق العدالة في الأخذ بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية؟

الأمر يعتمد بالدرجة الأولى على نزاهة القاضي ولذلك لم يلزمه القضاء بالأخذ بشهادة الشهود^(٣٩) ولا بالقرائن القضائية حتى في الموارد غير المالية، فلم ينص قانون الاثبات العراقي على أن القرينة القضائية تغني من تقررت لمصلحته عن اقامة دليل للإثبات، كما نص على ذلك في القرائن القانونية، ولا قسمها الى قرائن بسيطة تقبل النقض وقطعية لا تقبل النقض، اذ لا حاجة الى ذلك بعد ان كانت القرائن القضائية في مفهومها القانوني هي "ما يستنبطه القاضي" حسب المادة ١٠٢ من قانون الاثبات فهي بالتالي راجعة الى سلطة القاضي التقديرية.

ومع أن المادة ١٣٢٤ من القانون المدني الايراني أيضا ربطت نطاق الاثبات بالقرينة القضائية بما يجوز اثباته بشهادة الشهود إلا أنه ليس في ذلك تقييد مؤثر في نطاق تأثير القرائن القضائية، وذلك ان شهادة الشهود باقية على اعتبارها الاصيل في القضائي الاسلامي بعد حذف المواد ١٣٠٦ و ١٣٠٧ و ١٣٠٨ و ١٣١٠ و ١٣١١ في مصوب ١٣٧٠ هـ.ش بعد قيام الجمهورية الاسلامية، وهذا يجعل التفاوت كبيرا جدا بين العمل القضائي الايراني والعمل القضائي العراقي بدرجة لا يعرف مداها

الا من مارس القضاء تحت ظل المنظومة الوضعية ثم مارسه ثانيا في ظل المنظومة الاسلامية.

نعم يستثنى من هذا الاطلاق في نطاق الاثبات بالقرائن القضائية في القضاء الايراني موردان:

الأول: قيدت المادة ١٣٠٩ من القانون المدني الايراني نطاق الاثبات بشهادة الشهود بوجوب عدم مخالفة الشهادة لمفاد ومندرجات المستندات الرسمية او العادية التي اقرتها المحكمة^(٤٠). ويتقيد تبعا لذلك نطاق الاثبات بالقرائن القضائية لاتحادها مع الشهادة موردا حسب المادة ١٣٢٤ من القانون المدني الايراني. وتعد هذه المادة من قواعد الترجيح المنصوصة في موارد التعارض كما سيأتي.

الثاني: اوجبت المادة ٤٥ والمادة ٤٧^(٤١)، من قانون (ثبت اسناد وأملاك) الايراني استخراج الاسانيد الرسمية للأعيان والمنافع والحقوق المسجلة من قبل في سجلات الملكية وكذلك الموال والمنافع غير المنقولة التي لم تسجل في سجلات الملكية من قبل، وكذلك الهبة والصلح والشركة...الخ.

وهذا يعني انها لا يمكن اثبات الملكية في هذه الموارد بالشهادة —وبالقرائن القضائية تبعا—.

ويمكن تقسيم نطاق الحالات من حيث إطلاق وتقييد الاخذ بالقرائن القضائية فيها، حسب قانون الاثبات العراقي الى ثلاث فئات^(٤٢) وهي:

الفئة الأولى: الحالات التي يمنع فيها الاثبات بالقرائن القضائية:

١. إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على خمسة الاف دينار أو كان غير

محدد القيمة. فلا يجوز في هذه الحالات اثبات وجود هذا التصرف او انقضائه بالقرينة القضائية الا في خمس موارد سيأتي بيانها في الفئة الثانية.

ففي مثل هذه الحالات التي تقوم القرائن القضائية باقناع القاضي بثبوت الحق لا يستطيع القاضي العراقي الحكم بثبوت الحق ذو القيمة المالية الكبيرة لصاحبه الا من خلال توجيه اليمين الحاسمة (٤٣) الى المنكر الذي -بحسب التجربة الاجتماعية للقضاة- قد يستسيغ الكذب في انكار الحق ولا يستسيغ القسم بالله خوفا من عقابه المعجل.

٢. يمنع قبول القرائن القضائية لإثبات ما يخالف الكتابة او ما يجاوزها، حتى لو كان التصرف القانوني لا تزيد قيمته على خمسة الاف دينار.

وهذا التقييد مستنبط من الجمع بين المادة ٧٩ من قانون الاثبات التي قيدت قبول شهادة الشهود بهذا القيد وبين المادة ١٠٢ التي وحدت نطاق ما تثبته القرينة القضائية بما يجوز اثباته بالشهادة.

وهذا التقييد نظير ما تقدم في المادة ١٣٠٩ من القانون المدني الايراني التي قيدت الاثبات بالشهادة بنفس هذا القيد.

٣. يمنع قبول القرائن القضائية إذا كان التصرف المطلوب جزءاً من حق لا يمكن إثباته بالشهادة. وقد نصت المادة ٧٩ على انه "لا يجوز الاثبات بالشهادة حتى لو كان التصرف المطلوب لا تزيد قيمته على خمسة الاف دينار" في ثلاث حالات ثانيها: "فيما إذا كان التصرف المطلوب جزءاً من حق لا يجوز اثباته بالشهادة حتى لو كان هذا الجزء هو الباقي من الحق" (٤٤).

فاذا كانت قيمة الدين مثلاً ستة الاف ديناراً مقسماً على ثلاثة أقساط متساوية

وطالب الدائن المدين بواحد من تلك الأقسام وجب عليه ان يثبت عقد القرض كتابة، ولو انه لا يطالب الا بألفي دينار وهو مقدار القسط المستحق لأنه يؤسس طلبه على عقد فرض وقت صدوره يزيد على خمسة آلاف دينار فكان عليه ان يعد دليلا كتابيا لإثباته.

١. يمنع قبول القرائن القضائية فيما إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى ما تزيد قيمته على خمسة الاف دينار ثم عدل عن طلبه الى ما يقل عن هذه القيمة وذلك وفقا للمادة ٧٩ من قانون الاثبات التي قيدت قبول الشهادة بذلك فيتقيد قبول القرائن القضائية تبعا وفق المادة ١٠٢ من قانون الاثبات.

ويلاحظ أن المادة الرابعة من قانون الشهادات والامارات الايراني المنسوخ كان يمنع قبول الشهادة في نظير هذه الحالة حيث نص على أنه: "إذا كان موضوع الالتزام في العقد او الايقاع أكثر من خمسين تومان فلا يمكن اثباته بالشهادة فقط حتى إذا ما قلل المدعي دعواه الى خمسين تومان أو أقل وصرف نظره عما زاد" (٤٥).

الفئة الثانية: الحالات التي يجوز فيها الاثبات بالقرائن القضائية استثناءً من التقيد في الفئة الأولى:

١. وجود نص قانوني مخالف حسب المادة ٧٧ من قانون الاثبات
٢. وجود اتفاق بين المتعاقدين على الاخذ بشهادة الشهود في اثبات التصرفات القانونية المترتبة على العقد بحسب المادة ٧٧ من قانون الاثبات ايضا.
٣. وجود مبدأ الثبوت بالكتابة حسب المادة ٧٨ من نفس القانون.
٤. وجود موانع مادية او ادبية حالت دون الحصول على المستند الكتابي

حسب المادة ١٨ من نفس القانون.

٥. فقد المستند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه حسب نفس المادة.

الفئة الثالثة: الحالات التي يجوز فيها الاثبات بالقرائن القضائية:

١. اثبات الوقائع المادية: وهي على اصناف:

أ. الوقائع الخارجية كالفيضان والحرائق والزلازل.

ب. التصرفات القانونية من قبل الاشخاص.

ج. الظروف الخارجية التي تحيط بأحد المتعاقدين وقت ابرام العقد من قبيل عيوب الارادة كالإكراه والتغريم مع الغبن والاستغلال فكل تلك العيوب يمكن للقاضي ان يكتشفها بواسطة القرينة القضائية.

د. اثبات المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

٢. التصرف القانوني الذي لا تزيد قيمته عن خمسة الاف دينار حسب مجموع المادتين ٧٧/١ و ١٠٢/٢ من قانون الاثبات.

٣. إثبات الغش وهو أن يأتي الشخص ذو النية السيئة بأمور يخدع بها الآخرين لغرض غير مشروع، والاحتيال في التصرف القانوني وهو غش مشترك قائم على تواطئ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية واخفاء ذلك تحت ستار تصرف مشروع حيث لا يجرؤان على ذكر السبب الحقيقي للعقد^(٤٦)، وذلك حسب المادة ١٠٣ من قانون الاثبات حيث اجازت للقاضي "الاثبات بالقرائن القضائية للطعن في تصرف قانوني إذا قام الطعن على وجود غش او احتيال في ذلك التصرف"^(٤٧).

ويلاحظ ان هذا هو أعلى ما اعطاه القانون من الاعتبار للأمانة القضائية حيث جوز الأخذ بها مقابل المستند الكتابي الذي لا يجوز اثبات خلافها بحسب الأصل^(٤٨).

ولذلك اشترطت محكمة التمييز العراقية -قبل صدور قانون الاثبات العراقي- أن تكون القرائن قوية في خصوص الطعن بالمستند الكتابي بالغش والاحتيال حيث قضت بالآتي: "إن الادعاء بوجود احتيال على القانون يريد المتعاقد نفسه اثباته متذرعا بالاحتيال على القانون وأن سبب الدين عمل غير مشروع قانونا، وهذا الدفع تجاه السندات المكتوبة يلزم أن يدقق بكل حذر ولا يقبل على علاته، بل على المحكمة أن لا تقبل الأخذ بهذا الدفع ما لم يتظاهر لها ما يعزز الادعاء بوجود التحايل على القانون بقيام قرائن قوية تؤدي الى القناعة بوجود الربا الفاحش في سند الادعاء، فإن وجدت هذه القرائن فلا ضير على المحكمة إن هي قبلت استماع البيئة الشخصية لاثبات كون المدعى به ناشئا عن ربا فاحش.... وإلا فإن ظهر لها عدم وجود قرائن مقنعة أن ترد هذا الدفع"^(٤٩).

وعلى كل حال فإنه يمكن انتزاع قاعدة ترجيح أخرى من المادة ١٠٣ في تعارض القرائن القضائية مع ادلة الاثبات الأخرى. حيث جوزت ترجيح القرينة القضائية الطاعنة بالغش والاحتيال في التصرف القانوني فتبطله حتى لو قامت الادلة الأخرى على اثباته.

ومع وجود الفرق الواضح بين التشريع العراقي والایراني بملاحظة المادة ١٣٠٩ من القانون المدني الايراني انفة الذكر حيث قيدت تلك المادة الأخذ بالشهادة -وبالقرينة القضائية تبعاً- بعدم كونها مخالفة لمفاد ومدرجات المستند الكتابي المعتبر -

الأمر الذي دعا بعض علماء الحقوق الإيرانيين الى اعتبار المادة ١٣٠٩ من القانون المدني منسوخة او متروك العمل بها بذريعة ان الاخذ بها لا يبغي مجالا قانونيا للطعن في المستندات المعتبرة وهو ما لا يمكن الالتزام به^(٥٠).

ومع قطع النظر عن كون هذه الدعوى قابلة للنقاش لوجود طرق اخرى للطعن غير الشهادة والقرائن القضائية من قبيل مطابقة السجلات الاصلية والعرض على خبراء التزوير.

مع قطع النظر عن ذلك فانه يمكن ان يستفاد من المادة ١٣٠٩ اذا جمعت مع المادة ١٣١٢/٢ من القانون المدني الايراني امكانية الطعن بالمستندات الرسمية في بعض الحالات، فكما ان المادة ١٣١٢/٢ استثنت من المادة ١٣٠٩ حالات تعذر الحصول على المستند ماديا كما في حالات حوادث الحريق والزلازل والفيضانات، يمكن ان يقال بتعذر الاسناد المعنوي لصاحب العلاقة في الاسانيد الرسمية خاصة - دون العادية- لعدم قراءتها من قبل ذي العلاقة غالبا متكلا في توقيعه على سلامة الصياغة الرسمية مما يخالف ارادته، وهذا باب للطعن لا يندرج في المادة ١٣٠٩ التي قيدت نطاق اثبات الشهادة -والقرينة القضائية تبعا- بمخالفة مفاد ومندرجات المستند الرسمي او العادي المعتبر من قبل المحكمة، فليس في الشهادة على عدم قراءة المستند مخالفة لمفاده. وليس بدعا في القانون اعتبار الموانع المعنوية كالمادية وقد تقدم ان المادة ١٨ من قانون الاثبات العراقي قد اجازت الاخذ بالشهادة في حالة وجود المانع الادبي من ابراز السند الكتابي.

ومن النصوص القانونية التي تتعلق بقدرة القرينة القضائية على التأثير حتى في فرض وجود ادلة الاثبات الأقوى أن المشرع الايراني اعتبر ان قيام القرينة القضائية

المخالفة للإقرار أو للشهادة موجبا لمزيد من التحقيق والمراجعة لتبين صدق الاقرار حسب ما نصت عليه المادة ١٧١ من قانون المجازاة الاسلامي، وكذلك في قيام القرينة خلافا لمؤدى الشهادة، بل ان كانت مثل هذه القرينة القضائية موجبة للعلم فحينئذ ينتفي اعتبار الشهادة وفقا لما نصت عليه المادة ١٧٨ من قانون المجازاة الاسلامي.

٤ - تكميل ادلة الاثبات الناقصة وهو ما نصت عليه المادة ٢١٣/ ب من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي: " لا تكفي الشهادة الواحدة سبباً للحكم ما لم تؤيد بقرينة او ادلة اخرى مقنعة او بإقرار من المتهم الا إذا رسم القانون طريقاً معيناً للاثبات فيجب التقيد به".

وقد اثبت المشرع الايراني هذا المورد في المادة ١٣٢٤ حيث اعتبر القرينة القضائية قابلة للاستناد في المورد والصورة التي تكون الدعوى فيها قابلة للاثبات بشهادة الشهود او تكون مكملة للأدلة الأخرى^(٥١)

كما نجد نظير هذا المورد التي تعتبر فيه القرينة القضائية مكملة للاثبات بالأدلة الأخرى في ذيل المادة ٧ من قانون الشهادات والامارات الايراني المنسوخ^(٥٢).

والذي يظهر للباحث بالمراجعة لمواد القانون انه يجب التفصيل بين القضايا الجزائية وغيرها ففي القضايا الجزائية نصت المادة ٢١١ من قانون المجازاة الاسلامي: "... أن مجرد العلم الاستنباطي الذي لا يمكن ان يكون موجبا ليقين القاضي لا يمكن ان يكون مستندا لصدور الحكم"^(٥٣)، ولا شك ان مفاد القرينة القضائية الواحدة وان كان مقنعا لكنه لا يعدو كونه مجرد علم استنباطي لا يوجب اليقين نوعا، وهذا مبني على ما تقدم في الفصل السابق من خصوصية القضايا الجزائية ووجوب

الاحتياط فيها.

تقدم ان التعارض المبحوث عنه بين القرائن القانونية لا يمكن أن يقع على مستوى التشريع؛ ليس فقط لأنه يلزم من افتراض وقوعه تناقض المشرع مع نفسه^(٥٤) بل لأن التعارض المبحوث عنه انما هو في مجال الاثبات القضائي ولا علاقة له بمجال التشريع القانوني، ولهذا فالتعارض لا يمكن الا ان يكون على مستوى التطبيق، وقد تقدم ايضا انه لا يمكن الاخذ بقواعد الترجيح بين الادلة القضائية من قبيل ترجيح بيينة الداخل على الخارج لأن القرائن القانونية ليست من الادلة على الواقعة، وانما هي من طرق الاثبات التي يلجأ القاضي اليها في حالة عدم وجود الأدلة، وحيث انه لا توجد قواعد عامة للترجيح بين الأصول العملية التنزيلية في مرحلة التطبيق عند الأصوليين الا بتقديم الأهم على المهم في باب التزاحم وهذا امر يختلف بحسب كل قضية، فلا يوجد عند علماء الحقوق قواعد عامة كثيرة للترجيح بين القرائن القانونية في حال تعارضها لا سيما وان وقوع التعارض بينها نادر لقلّة عددها وعدم وحدة موضوعها^(٥٥).

ومع ذلك يمكن انتزاع بعض قواعد الترجيح العامة في التعارض بين القريتين القانونيتين، من نص القانون العراقي والایراني وهي كالآتي:

١. لا شك ان القرائن القطعية (حسب التصنيف القانوني لا حسب قوة الكشف) مقدمة على القرائن البسيطة وفقا للمادة ١٠٠ و ١٠١ من قانون الاثبات العراقي، حيث قررت المادة ١٠٠ انه "يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك"^(٥٦)، بينما نصت المادة ١٠١ على أنه: "'يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس في

الامور التي لا تتعلق بالنظام العام" (٥٧)

ومثال ذلك ما لو تعارضت قرينة عدم استحقاق الدائن لدينه -على فئة خاصة من العمال والموظفين- لتركه المطالبة به ما يزيد على السنة حسب المادة ٤٣١ من القانون المدني العراقي مع قرينة حسن النية المقررة لصالح الدائن في ترك المطالبة بالدين حسب المادة ١٤٤٨ / ١ من نفس القانون.

فلا يتردد القضاء العراقي في تقديم قرينة التقادم القصير لأنها قرينة قطعية لا ينقضها الا الاقرار او اليمين، خلافا لقرينة حسن النية التي هي من القرائن البسيطة المبنية على ظاهر الحال والتي تنتقض باي دليل على خلافها.

٢. نص القانون المدني الايراني في المادة ١١٦٠ على ترجيح قرينة فراش الزوج الثاني على قرينة فراش الزوج الأول في حالة تعارض القرينتين عند عدم وجود القرينة القطعية المانعة من انتساب الولد لأي من الزوجين (٥٨).

على الرغم مما تقدم من عدم قبول عذر الجهل بالقانون في كل من القانون الايراني والعراقي لأن نشر القانون يعد قرينة قانونية على اطلاع افراد الشعب وهي قرينة لا تقبل الرد، لكن القانون الجزائي الايراني وضع عدة استثناءات في المادة ١٥٥ والمادة ٢١٧ و٢١٨ من قانون المجازاة الاسلامي (٥٩) وهذا يعطي الفرصة لترجيح القرائن القضائية على هذه القرينة القانونية في هذه الحالات وهو ما سيأتي البحث عنه لاحقا.

أن الفراش -مثلا- ليس دليلا واقعيا على البنوة ولكن المشرع فرضه هكذا عند فقد الدليل

في خصوص الفقه الجنائي -على تقديم قرينة علم الجاني بالقانون على قرينة

البراءة مع أن كل منها مجرد فرض^(٦٠). في خصوص الفقه الجزائري تكون البراءة هي الحاكمة^(٦١)

نعم الخصوصية المسلمة في الفقه الجزائري -اسلامياً- هي في خصوص قضايا الحدود "درء الحدود بالشبهات" كما مر في الفصل الأول وهذا ما نص عليه قانون المجازاة الاسلامي في المادتين ٢١٧ و ٢١٨.

وهكذا يمكننا القول ان علماء الحقوق في إيران والعراق ليس لديهم نظرية في ماهية القرائن مستقلة عما قرره علماء اصول الفقه الاسلامي وبالتالي ليس لديهم ايضا قاعدة نظرية مستقلة في تعارض القرائن، لسبب واضح وهو ان علماء الأصول بحثوا اصول الاستنباط بصورة مجردة وعامة مع قطع النظر عن مادتها التطبيقية شرعية كانت ام وضعية، ولذلك دخلت دراسة اصول الفقه الاسلامي في مناهج كليات الحقوق حتى في الجامعات الغربية من قبيل جامعة هارفرد^(٦٢).

تحديد القاعدة عند تعارض قسمي الإمارات في القانون المدني والتعارض الداخلي بينها في كل قسم:

نجد وفق المبنى العلمي لعدّ الأدلّة واعتبار الإمارات في الإثبات والفصل القضائي، أنّ البصمة الوراثية (تحليل DNA) النافية للنسب - وهي قرينة قضائية، عندما تتعارض مع قرينة الفراش المثبتة للنسب - وهي قرينة قانونية - يُرجّح كلّ من القانونين المدينيين الإيراني والعراقي، القرينة القضائية؛ ليس كتطبيق لقاعدة عامّة؛ بل لأنّ المورد، عندما يورث كشفاً استنباطياً للقاضي، فهو يغلب القاعدة التي تستهدف حسم المنازعة؛ بينما إذا كان الإقرار يعارض الفحص الجيني، فهو مقدّم.

كما أنّ شهادة الشهود تقع موقع الأدلة المتقدّمة على الأمارات (القرائن)؛ فرضاً عمّا إذا كان عدد الشهود المطّلعين والمتعايشين مع طرفي النسبة المعنيّة بالملفّ، ممّا يبلغ حدّ التواتر بحيث يُسبّب علم القاضي بصحّة النسبة؛ فهو دليل يفوق الأمانة بالمعنى الأصوليّ أو الدليل أو الأمانة في الإثبات القضائيّ فرضاً عن الاستنباط النظريّ كالفحص الجينيّ؛ فإنّه وإن يوجب علماً نظريّاً للقاضي، عند فقد الأدلة الأقوى كاشفيّة، إلّا أنّه، لا يعارض العلم اليقينيّ الحاصل من التواتر.

نعم، يُخيّر القانون المدنيّ العراقيّ، القاضي في ترجيح إحدى القرائن، حسب استنباطه، فإنّ المعيار النظريّ للقرائن كان عنده، هو الجانب المعنويّ وهو الاستنباط.

ففي القضاء العراقيّ قضت محكمة الأحوال الشخصية في الاعظمية في القضية المقدمة اليها بتاريخ ٤-٣-٢٠٠٩م في دعوى نفي نسب الطفل المتولد من قبل زوجة شخص متوفى، من قبل زوجته الآخرين بعد ظهور نتيجة فحص الطبي العدي للصبمة الوراثية بعدم المطابقة وجاء في قرار المحكمة: (تجد المحكمة ان الطفلة (ن) قد ولدت للمدعى عليها من فراش الزوجية لزوجها المتوفى (هـ) بموجب عقد زواج صحيح ومصدق بقرار حكم مكتسب الدرجة القطعية، ولم ينكر والد الطفلة (ن) نسبها حال حياته .. حيث ان الثابت ان وفاته قد وقعت بعد ولادة الطفلة (ن) بعدة اشهر كما ترى المحكمة ان المادة ٥١ من قانون الاحوال الشخصية اشترطت لاثبات نسب ولد كل زوجة الى زوجها شرطين .. اولهما .. ان يمضي على عقد الزواج اقل من مدة الحمل .. وثانيهما .. ان تكون هناك خلوة صحيحة سماها الشرع بالتلاقي .. وقد ثبت للمحكمة توافر كلا الشرطين .. وبالتالي تجد المحكمة ان التوسع في اثبات نسب الطفلة (ن) من خلال فحوصات تطابق الانسجة وفحوصات الدنا لا مبرر لها .. ولن تغير من نتيجة الدعوى .. عليه قرر الحكم برد دعوى المدعيتين) .. وقد ورد

القرار المذكور مصادقا عليه من قبل محكمة التمييز الاتحادية / الاحوال الشخصية الاولى .. القرار بالعدد ٥٨٠٣ التسلسل ١٦٨٩ في ٢٩ / ٣ / ٢٠١١ وقد ورد فيه: (ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون .. ذلك لان المقر بنسب الصغيرة (ن) والدها (هـ) ظل مقرا بنسبها حتى وفاته .. لذا فلا يجوز نفي نسبها منه وفق ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم ٢٤٥ / موسعة مدنية / ٢٠٠٩ في ٢٨ / ١٠ / ٢٠٠٩ لذا قرر تصديق الحكم المميز).

وقد طلبت المدعيتان تصحيح القرار التمييزي وجاء قرار محكمة التمييز لصالحهما بالعدد ١١٦ والتسلسل ٣٦٣٣ في ٣٠ / ٦ / ٢٠١١ ونفي نسب الولد بذريعة تغير وجهة القضاء العراقي واخذه بالوسائل العلمية الحديثة كقرينة قضائية نصت عليها المادة ١٠٤ من قانون الاثبات، لكن عادت محكمة التمييز في الحكم بالعدد ٦٩٠ / ش في ٢٨ / ٤ / ٢٠١٣ لتنقض هذا التصحيح وترد دعوى المدعيتان (٦٣).

ب- في القضاء الايراني :

ورد في مشورة للقوة القضائية نشرته الجريدة الرسمية في سنتها الحادية والسبعين العدد ٧٩٤ يوم الاربعاء ٧ مرداد ١٣٩٤: "السؤال: طفل تولد مع شرائط الحقوق بالاب من زوجته الدائمة، ولأجل اصدار وثيقة تعريفية للابن كان سلوك الاب القولي والعملي يفيد الاقرار ببنة الولد ولكن بعد عدة سنوات صار يشك بكون الولد من صلبه وأقدم على تحليل الذي ان اي وكانت النتيجة ان هذا الطفل لا يمكن ان يكون من صلبه، وقد اقام الرجل دعوى نفي النسب، فهل ان دعواه مسموعة؟

وجاء في الجواب: نظرية المشورة رقم ٧،٩٤،١ المؤرخة في ٨ / ١ / ١٣٩٤ ادارة كل حقوقي قوة قضائية:

في الفرض المذكور وبالتوجه الى المواد ١١٥٨ و ١١٦١ و ١١٦٢ من القانون المدني فان النظر للطفل مورد البحث المتولد في زمان الزوجية وقد اقر الاب قبلا بأبوته وبنوة هذا الطفل له واستحصل على هوية رسمية للطفل وهو كان قد اطلع على تاريخ تولده، فلا تكون دعوى نفي الولد مسموعة منه، وفي عهده جميع التكاليف الشرعية والقانونية المتعلقة بالطفل^(٦٤).

وهذان النموذجان يكشفان عن القصور التشريعي في القانونين العراقي والايرائي وعدم تحديث القوانين لمعالجة الحالات المستجدة مما افضى لتناقض حكم المحكمة التمييزية العراقية في هذه القضية.

فعلى مستوى التشريع القانوني:

أ- موقف القانون العراقي: نص قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ و في الاسباب الموجبة تحديدا اشار الى ضرورة الاستفادة من التطور والتقدم العلمي في استنباط القرائن وقد نصت المادة ١٠٤ منه على أن للقاضي الاستفادة من الوسائل الحديثة في العلم لاستنباط القرينة القضائية^(٦٥). لكنه لم يشر بصورة صريحة الى اللجوء الى البصمة الوراثية بوصفها وسيلة علمية جديدة يمكن الاستناد اليها لإثبات النسب لأنه مشرع قبل شيوع العمل بالبصمة الوراثية الذي بدا العمل به سنة ١٩٨٤ م. اما قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فقد جعلت المادة ٣٠٠ منه دعاوى النسب من اختصاص محاكم الاحوال الشخصية^(٦٦) في الوقت الذي نص فيه قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ في المادة

٥١ على ان النسب يثبت بأحد الوسائل الثلاثة: الفراش ومضي أقل مدة الحمل، والاقرار^(٦٧). وهكذا يمكن القول إن سلطة القاضي في الاخذ بالبصمة الوراثية - حسب القانون العراقي-جوازية، فله ان يأخذ بها او يتركها حسب قناعته وهذا ضعف من جانب المشرع في هذه المسألة الهامة ذات الخصوصية الاجتماعية والدينية.

ب- موقف القانون الايراني:

من خلال استشهد القوة القضائية في المشورة المتقدمة بالمواد الثلاث ١١٥٨ و١١٦١ و١١٦٢ من القانون المدني الايراني وهي متعلقة بإثبات قاعدة الفراش وتقرير مدة أقصى الحمل وأقله، كما تقدم ذكرها في الفصل الثاني، وعدم التطرق لضوابط الأخذ بقرينة البصمة الوراثية، يمكن للباحث ان يكتشف نفس القصور التشريعي الذي يعاني منه القانون العراقي، فخلافا لقوانين بعض الدول الاسلامية المحدثة التي عاجلت هذه القضية ووضعت ضوابط للأخذ بالبصمة الوراثية بقي القانون الايراني والعراقي متجاهلا لهذا التطور العلمي الذي تبني نتائجه بصورة مطلقة بعض مراجع التقليد في الفقه الاسلامي^(٦٨).

وقد نبه علماء الحقوق على وجوب منع استعمال هذه القرينة القضائية للتأكد او لإسقاط نسب مستقر بأحد الطرق الشرعية لان ذلك يؤدي الى مفاصد كثيرة كما يلحق انواعاً من الاضرار النفسية والاجتماعية بالأفراد والاسر، مما يؤدي الى تشتت العلاقات وتدهور نظام الاسرة، فالأصل ان تحمل انساب الناس محمل الطهارة والعفة وهو الحكم الظاهر^(٦٩).

وقد استخلص بعض علماء الحقوق ضوابط مهمة لتقييد الأخذ بهذه القرينة القضائية وتحديد نطاقها:

اهم المحددات:

أ. يجب ان لا يسمح بإجراء اختبارات الكشف عن هوية الشخص وتعيين بنيته الوراثية الا لأغراض طبية علاجية بإشراف من الطبيب المختص^(٧٠).

ب. ينبغي ان لا تستعمل للتأكد او لاسقاط نسب مستقر باحد الطرق الشرعية لان ذلك يؤدي الى مفسد كثيرة كما يلحق انواعاً من الاضرار النفسية والاجتماعية بالأفراد والاسر، مما يؤدي الى تشتت العلاقات وتدهور نظام الاسرة، فالأصل ان تحمل انساب الناس محمل الطهارة والعفة وهو الحكم الظاهر^(٧١).

ت. لا يجوز اخذ الجينات لإجراء التحاليل وتجارب البصمة الوراثية الا بالقدر الكافي للعملية المقصودة لتفادي احكام المسؤولية المدنية وكذا قواعد المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية والجينات البشرية سواء في مجال الطب الشرعي والنسب وغيرها^(٧٢).

والقاعدة العامة في تعارض الأمارات - سواء كانت الأمارات من نوعي القانونيّة والقضائيّة، أو كانت من نوع واحد كالقرينتين القانونيّتين أو القضائيّتين - أنّ المرجّح ابتداءً، هي الأمانة التي يكون أقرب للواقع ثمّ عند فقدانها، يُرجّع إلى القواعد العمليّة كقاعدة الفراش واليد وغيرها؛ ولكن عند تعادل قيمتها الكشفية، فتساقط ويُرجّع إلى القرائن الأخرى.

نتائج البحث

١. تختلف الأمانة بمصطلحها القانوني، عن الأمانة بمصطلحها الأصولي؛ فإنّها ولو تُعدّ من الأدلّة كما في الأصول؛ إلّا أنّها ليست كما في أصول الفقه، من الأدلّة المحرزة؛ بل هي من الأدلّة المستخدمة لفصل المنازعة بعد فقدان الأدلّة الأخرى كالبيّنة والإقرار والسند المكتوب وعلم القاضي؛ نعم، تشترك مع الأمانات بمصطلحها الفقهي؛ كما في أمانة اليد التي تكون مناطاً لفصل الحكم عند فقدان الدليل على الملكيّة.

٢. تبثني القاعدة عند تعارض الأمانات فيما بينها على ترجيح الأمانات الأقرب إلى إحراز الواقع ومع تساوي القيمة الإحرازيّة، يُلجأ إلى تقديم الأهمّ من باب التزاحم وإلّا فينتهي الأمر إلى التساقط أو التخيير؛ مع أنّ القانون العراقي يمنح القاضي الخيار التامّ فيما يرتأي؛ والقانون الإيراني، يخضع لقواعد الفقه الإمامي؛ وهو يحتاج دراسة شاملة في استخراج المذهب التشريعيّ ومناطق تشريع الأمانات لكشف معايير ترجيح بعضها على بعض وقواعد حلّ تعارضها.

* هوامش البحث *

- (١) . ابن منظور (لسان العرب)، بيروت: يار إحياء التراث العربي، الأولى: ١٤٠٨ هـ.ق، ج ١١، ص ٢٣٩؛ مجمع اللغة العربيّة (المعجم الوسيط)، بيروت: المكتبة الإسلامية، ج ٢، ص ٧٤٨؛ لويس معلوف (المنجد في اللغة)، بيروت: دار المشرق، الطبعة ٢٦، ص ٦٤٨.
- (٢) . نفس المصدرين الأخيرين.
- (٣) . فلان يعارضني: أي يباريني؛ ابن منظور (لسان العرب)، مصدر متقدّم، ج ٩، ص ١٣٨؛ مجمع اللغة العربيّة (المعجم الوسيط)، مصدر متقدّم، ج ٢، ص ٥٩٣؛ لويس معلوف (المنجد في اللغة)، مصدر متقدّم، ص ٤٩٨؛ عارض فلاناً: ناقضه و قاومه؛ المعجم الوسيط، مصدر متقدّم، ج ٢، ص ٥٩؛ عارض الرجل: ناقض كلامه، قاومه، باراه؛ تعارض الرجلان: عارض أحدهما الآخر؛ المنجد في اللغة، مصدر متقدّم، ص ٤٩٨.
- (٤) . الصدر، محمدباقر (دروس في علم الأصول بثوبها الجديد)، إيضاح: محمداظم الحسيني الحكيم، قم: دار الكتاب الحكيم، الأولى: ١٤٢٢ هـ.ق، الحلقة الثالثة، الجزء الثاني، ص ٣٤٣.
- (٥) . صاحب بن عباد (ت ٣٨٥ هـ)، المحيط في اللغة، بيروت: عالم الكتاب، الطبعة الأولى: ١٤٠٤ هـ.ق، ١٠/ ٢٨٤.
- (٦) . الأزهرى، أبو منصور أحمد بن محمد (٣٧٠ هـ)، تهذيب اللغة، بيروت: دار إحياء التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ.ق، ١٥/ ٢٩٤.
- (٧) . الحربى، ابو اسحاق ابراهيم ابن اسحاق (١٩٨ هـ.ق - ٢٨٥ هـ.ق)، غريب الحديث، جدة: دار المدينة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى: ١٤٠٥ هـ.ق، ١/ ٩٤.
- (٨) . الصدر، محمد باقر (دروس في علم الأصول بثوبها الجديد)، مصدر متقدّم، الحلقة الثانية، ص ٣٨.
- (٩) . مجمع اللغة العربيّة (المعجم الوسيط)، مصدر متقدّم، ج ١، ص ٩٣.
- (١٠) . الإيرواني، باقر؛ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي؛ قم: دار الفقه؛ الثانية: ١٤٣٢ هـ.ق، ج ٣، ص ٣١.
- (١١) . نفس المصدر، ص ٣٧.

(۱۲). السنهوري، عبد الرزاق؛ الوسيط في شرح القانون المدني؛ القاهرة: دار النهضة العربية، ۱۹۵۶م، ۱۳/۲-۱۴.

(۱۳). ينظر: عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، بغداد: منشورات المكتبة القانونية، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب في القاهرة، لا سنة طبع، ص ۸.

(۱۴). سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، القاهرة: عالم الكتب، ۱۹۸۱م، ۱/۱۱.

(۱۵). عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات (مصدر متقدم)، ص ۹.

(۱۶). ينظر: زاهديان، قطب الدين، (الاقدار في اثبات الدعوى في القضايا المدنية- دراسة مقارنة بين القانون المدني الإيراني والمذاهب الخمسة)، قسم الفقه واصوله اكااديمية الدراسات الإسلامية، جامعة مالايا كوالالمبور، م ۲۰۱۰، ص ۱۰ وما بعدها؛ حيث ذكر اسماء الهيئة التي وضعت القانون المدني الايراني سنة ۱۹۲۸م وذكر في ترجمة خمسة منهم انهم بلغوا مرتبة الاجتهاد وذكر أن السادس من علماء الدين الذين قضوا عقودا من عمرهم في طلب العلوم الشرعية، ولم يحصل على ترجمة السابع واما الثامن فهو صاحب درجات علمية اكااديمية من أوربا؛ ويُنظر أيضاً: دادمري، سيد مهدي؛ تعارض در قانون مدني؛ قم: بزوهشگاه حوزة و دانشگاه؛ الأولى: ۱۳۹۷هـ.ش، ص ۱۸۱- ۱۸۸.

(۱۷). الشهيد الأول، محمد بن مكي العاملي (ت ۷۸۶هـ)، اللمعة الدمشقية، قم: دار الفكر، الطبعة الأولى: ۱۴۱۱هـ، ص ۲۵۲.

(۱۸). ينظر: كاتوزيان، ناصر؛ قانون مدني در نظم حقوقي كنوني، طهران: منشورات ميزان، ۱۳۸۷ هـ.ش، ص ۷۹۰... والأصل باللغة الفارسية (أمانة عبارة أز أوضاع وأحوالي است که بحکم قانون يا در نظر قاضي، دليل بر آمري شناخته مي شود).

(۱۹). نفس المصدر، ص ۷۹۱؛ ونص المادة باللغة الفارسية (أمارات قانوني در کليه دعاوي - اگر چه آز دعاوی باشد که بشهادات شهود قابل اثبات نيست - معتبر است، مگر آن که دليل بر خلاف آن موجود باشد).

(۲۰). نفس المصدر ۷۹۰ نص الفقرة باللغة الفارسية: (اعتبار اماره مبتني بر غلبة ظاهر است (مانند دلالت تصرف بر مالکيت) دليل بر اماره مقدم است و بر آن حکومت دارد).

(۲۱). نفس المصدر، ص ۷۹۱؛ نص الفقرة بالفارسية: (دلیل تقدم ساير دلايل بر أماره دلالت مستقيم دليل بر واقع است که احتمال خطأ کم تر در آن راه مي يابد، ولي أماره بر مبناي ظن و ظاهر استوار است و هميشه احتمال دارد که واقع بر خلاف آن باشد. بعضي أماره قانوني را در زمرة دلايل اثبات حق نمي آورند).

(۲۲). مجلس شوراي اسلامي، قانون مدني، طهران: نشر داوران، الطبعة الخامسة: ۱۳۷۵ هـ. ش، ص ۲۴۳.

(۲۳). ينظر: قانون الإثبات، رقم (۱۰۷) لسنة ۱۹۷۹ م، سلسلة مجموعة القوانين العراقية، اعداد القاضي نبيل عبد الرحمن حيوي، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب ۲۰۰۱ م، ص ۳۲

(۲۴) - قانون اصول المحاكمات الجزائية (مصدر متقدم) ص ۳۸

(۲۵). ينظر عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، (مصدر متقدم) ص ۲۲۸؛ و: عمرواتي، تعارض أدله إثبات دعوى در امور حقوقي (مصدر متقدم) ۱۹۶.

(۲۶). ينظر سليمان مرقس، من طرق الإثبات، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ۱۹۷۴ م، فقرة ۲۳۷، ج ۳ ص ۷۶.

(۲۷). ينظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصدر متقدم) ص ۳۳۰.

(۲۸) - ينظر مدني: سيد جلال الدين: ادلة اثبات دعوا، الطبعة التاسعة، طهران: انتشارات: ب ايدار ۱۳۸۵ هـ. ش ۲۲۹

(۲۹) - ينظر السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (مصدر متقدم) فقرة ۱۷۹، ۳۳۶-۳۳۷

(۳۰) - ينظر قيس عبد الستار عثمان: القرائن القضائية ودورها في الاثبات بغداد: مطبعة شفيق ۱۹۷۵ م، ۱۰۴

(۳۱) - قانون الاثبات (مصدر متقدم) ۳۳

(۳۲) - ينظر مرقس: أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية (مصدر متقدم) فقرة ۲۷۴ ص ۹۲ وسيأتي في مبحث نطاق القرائن القضائية المحددات التي نص عليه القانون في الأخذ بالقرائن القضائية.

(۳۳) - ينظر نفس المصدر ص ۸۸ وما بعدها.

(۳۴) - عمرواتي (مصدر متقدم): ۱۹۹

(۳۵). نص التبصرة بالفارسية: مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند می تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی شود، نمی تواند ملاک صدور حکم باشد. "ینظر قانون المجازاة الاسلامی المصوب ۱۳۹۲ (مصدر متقدم).

(۳۶) - ینظر بندرچی، دکتر محمد رضا: ارزش سند رسمی، مجله دادرسی العدد ۴۱ آذر و دی ۱۳۸۲ هـ. ش ص ۳۰

(۳۷) - الصوري، محمد علي: التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، بغداد: مطبعة شفيق ۱۹۸۳ م، ج ۳/ ۹۳۵-۹۳۷

(۳۸) - قانون الاثبات (مصدر متقدم) ۳۳

(۳۹) - كما تنص المادة ۸۲ من قانون الاثبات العراقي رقم ۱۰۷ لسنة ۱۹۷۹ م: "لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين ذلك في محضر الجلسة" كما نصت المادة ۸۴ على أن للمحكمة: "أن ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة" قانون الاثبات (مصدر متقدم) ص ۲۷-۲۸.

(۴۰) - نص المادة بالفارسية: "در مقابل سند رسمي یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوا که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت إثبات نمی گردد". کاتوزیان قانون مدنی در نظم حقوقی (مصدر متقدم) ص ۷۸۳

(۴۱) - نص المادتين بالفارسية: " ماده ۴۶ - ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱. کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲. کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است. ماده ۴۷ - در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است:

۱. کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت نشده".

2. صلحنامه و هبهنامه و شرکتنامه" قانون ثبت اسناد واملاک مصوب ۱۳۱۰ هـ.ش مرکز پژوهش ها مجلس شورای اسلامی <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/92284>.
- (۴۲) - ينظر عصمت عبد المجيد: شرح قانون الاثبات (مصدر متقدم) ص ۲۳۲-۲۳۳
- (۴۳) - "اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى" بحسب نص المادة ۲/۱۱۴ من قانون الاثبات العراقي.
- (۴۴) - قانون الاثبات (مصدر متقدم) ۲۷
- (۴۵) - نص المادة بالفارسية: "اگر موضوع تعهد عقد يا ايقاعی بیش از پنجاه تومان باشد نمی توان آن را فقط به وسیله شهادت شهود اثبات نمود اگر چه مدعی دعوی خود را به پنجاه تومان یا کمتر تقلیل داده و یا از مازاد آن صرف نظر نماید". قانون شهادات و امارات مصوب ۲۳ تیر ماه ۱۳۰۸ هـ.ش، مرکز پژوهش ها مجلس شورای اسلامی :
<https://majlis.ir/>
- (۴۶) - الصوري: التعليق المقارن على قانون الاثبات (مصدر متقدم) ج ۳ ص ۹۳۵-۹۳۷
- (۴۷) - قانون الاثبات (مصدر متقدم) ص ۳۳
- (۴۸) - ينظر مرقس: أصول الاثبات (مصدر متقدم) فقرة ۳۸۷، ص ۴۷۹
- (۴۹) - قرار محكمة التمييز المرقم ۱۴۰/ح/ ۱۹۷۱ في ۳۱/ ۱/ ۱۹۷۱م، مجلة القضاء العدد الثاني ۱۹۷۱م ص ۲۳۴
- (۵۰) - دکتر عبد الله شمس: آيين دادرسي مدني، الطبعة السادسة: انتشارات دراك ۱۳۸۵ هـ.ش ج ۳ ص ۲۴۷
- (۵۱) - نص المادة بالفارسية: "اماراتي كه به نظر قاضي واگذر شده عبارت است از أوضاع وأحوالي در خصوص مورد ودر صورتی قابل استناد است كه دعوا به شهادات شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند" کاتوزیان: قانون مدني در نظم حقوقی (مصدر متقدم) ۷۹۱
- (۵۲) - نص المادة بالفارسية: " ماده ۷ - اماره عبارت از اوضاع و احوالی است كه نوعاً صحت اظهارات یکی از طرفین دعوی را برساند - هیچ وقت نمی توان به استناد امارات حکم داد مگر اینکه امارات موجوده قوی و موجه باشد - در این صورت نیز محکمه مکلف است

اوضاع و احوالی را که مدرک حکم قرار می دهد به طور روشن و کافی یک به یک تشریح کند - به علاوه وقتی می توان به استناد امارات حکم داد که یا دعوی از نوع دعای باشد که موافق این قانون اثبات آن به وسیله شهود ممکن است یا وجود امارات دلائل موجوده دیگر را تکمیل کند". قانون شهادت و امارات مصوب ۲۳ تیر ماه ۱۳۰۸ ه.ش، (مصدر متقدم)

<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/>

(۵۳) - نص التبصرة بالفارسية: " مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند می تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی شود، نمی تواند ملاک صدور حکم باشد." ينظر قانون المجازاة الاسلامي (مصدر متقدم).

(۵۴) - عمرواتي (مصدر متقدم) ۱۱۶

(۵۵) - نفس المصدر والصفحة.

(۵۶) - قانون الاثبات (مصدر متقدم) ص ۳۲

(۵۷) - نفس المصدر ص ۳۲

(۵۸) - ونص المادة بالفارسية: " در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی که از او متولد گردد طفل به شوهری ملحق میشود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است مگر آنکه امارات قطعی بر خلاف آن دلالت کند" کاتوزیان: قانون مدنی (مصدر متقدم) ۷۰۷.

(۵۹) - قانون المجازاة الاسلامي (مصدر متقدم).

(۶۰) - ينظر آشوري: آیین دادرسی کیفری؛ (مصدر متقدم) ج ۲ ص ۲۲۰-۲۲۹: "عموماً مراجع بین المللی سعی میکنند فرض قانونی را تا آنجا بپذیرند که ناقض اصل برائت نباشد و از محدوده های معقول تجاوز نکنند"

وشمس؛ عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی؛ الطبعة الأولى، طهران: انتشارات اراك، ۱۳۸۴ ج ۳ ص ۲۷۴-۲۷۵: "فرض قانونی، صرفاً حکم قانونگذار است که مبنای امری قرار میگیرد. فروض قانونی از جهت م اهمیت همانند اصول عملیه می باشند".

(۶۱) - نفس المصدر ۶۹: "با توجه به قدرت و حاکمیت خاص اصل برائت در حقوق کیفری زمانی که فرض علم و آگاهی علیه متهم به کار گرفته میشود به محض اینکه متهم ادعایی خلاف این فرض داشته باشد، قاضی مکلف به استماع اظهارات وی و رسیدگی به دلایل وی میباشد. به عقیده بسیاری از حقوقدانان در این زمینه، متهم مکلف نیست خلاف فروض قانونی را ثابت کند، بلکه کافی است با استناد به امارات و قرائنی در ذهن دادستان یا قاضی ایجاد شک نماید. آنگاه این مقام قضایی است که می بایست با تحقیقات بیشتر واقعیت را کشف کند."

(۶۲) - ينظر الزمي، الدكتور مصطفى: أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ۱۰، بغداد: شركة الخنساء للطباعة، ج ۱ ص ۱۴

(۶۳) - ينظر اضبارة الدعوى بكل تفصيلاتها ونصوص القرارات في الملحق (۱).

(۶۴) - در صورت تولد طفل در زمان زوحیت و اقرار زوج به ابوت خود نسب وی، نفی ولد بعدی از سوی زوج مسموع نیست

شماره ۷/۹۴/۸۴۱

۱۳۹۴/۴/۳

۳۴۱ شماره پرونده ۲۲۳۲-۵۹-۹۳

سؤال/ فرزندی با شرایط امکان لحوق به پدر از همسر دائمی متولد شده و پدر برای وی شناسنامه اخذ نموده است. حدود هفت سال رفتار پدر نسبت به فرزند قولاً و عملاً به نحوی بوده است که اقرار و اعتراف به فرزند بودن محسوب می شود، حالیه بعد از چندین سال پدر مشکوک می شود که آیا فرزند از صُلب [استخوان های پشت، تیره پشت] وی می باشد یا خیر و اقدام به انجام آزمایش DNA می نماید، نتیجه آزمایش حاکی از این می باشد که این فرزند نمی تواند از صلب این پدر باشد. اکنون پدر با استناد نتیجه آزمایش، دعوی نفی ولد را مطرح می کند، آیا دعوای نفی او مسموع است؟

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱ مورخ ۱۳۹۴/۱/۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه

در فرض مطروحه، با توجه به مواد ۱۱۵۸، ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲ قانون مدنی، نظریه اینکه طفل مورد بحث در زمان زوجیت متولد شده و قبلاً هم زوج به ابوت خود و فرزندی طفل

اقرار کرده و برای او شناسنامه گرفته و از تاریخ تولد او مطلع بوده است، دعوای نفی ولد از او مسموع نخواهد بود و کلیه تکالیف شرعی و قانونی را در مورد طفل به عهده دارد..
منبع : قضاوت آنلاین به نقل از روزنامه رسمی، سال هفتاد و یک، شماره ۲۰۵۰۳، ویژه نامه شماره ۷۹۴، چهارشنبه ۷ مرداد ۱۳۹۴

(۶۵) - قانون الاثبات (مصدر متقدم) ص ۴۴

(۶۶) - قانون المرافعات المدنية رقم (۸۳) لسنة ۱۹۶۹م، الوقائع العراقية |رقم العدد: ۱۷۶۶|
تاريخ العدد: ۱۰-۱۱-۱۹۶۹ |ج ۲ ص ۳۱

(۶۷) - قانون الأحوال الشخصية رقم (۱۸۸) لسنة ۱۹۵۹ الوقائع العراقية |رقم العدد: ۲۸۰|
تاريخ العدد: ۳۰-۱۲-۱۹۵۹ ج ۱ ص ۶

(۶۸) - ينظر الموقع الرسمي لاية الله العظمي السيد علي السيستاني حيث جاء فيه (السؤال ۱-هل يعتبر فحص دي أن أي (DNA) دليلاً شرعياً لثبوت الأبوة للطفل إذا كان ملائماً ۱۰۰٪؟ وهل تعتبر عدم الملاءمة دليلاً على نفى النسب والأبوة؟

۲-إذا كانت الأبوة النسبية بطريقة غير شرعية، فهل يجب إلحاق الولد بأبيه النسبي حتى لو كان في ذلك مفسدة للولد (وبالأخص إذا كان فتاة)؟ وهل يجوز تسجيل مثل هكذا ولد (وبالأخص إذا كان فتاة) لدفع المفسدة من الناحية القانونية باسم رجل غير الأب الواقعي؟
الجواب ۱: -نعم يعتبر الفحص المذكور دليلاً مع كونه طريقة علمية بينة لا تتخللها الاجتهادات الشخصية.

۲ -نعم يجب ذلك. وتحقق المفسدة يكون مخرجاً عن حرمة التسجيل باسم غير الأب - مع ما فيه من المفسدة أيضاً - غير ظاهر)

<https://www.sistani.org/arabic/qa/0630/>

(۶۹) - حسام الاحمد ، البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات الجنائي والنسب ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ۲۰۱۰ ، ص ۱۱۸.

(۷۰) - حسام الاحمد ، البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات الجنائي والنسب (مصدر متقدم) ، ص ۱۱۸.

(۷۱) - نفس المصدر والصفحة.

(٧٢) - نزيه الصادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الامارات، ٢٠٠٢، ج٣ ص ٩٩٠.

* المصادر والمراجع *

القرآن الكريم

ابن منظور، لسان العرب، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الأولى: ١٤٠٨ هـ.ق.
الأزهري، أبو منصور أحمد بن محمد (٣٧٠هـ)، تهذيب اللغة، بيروت: دار إحياء التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ.ق.

الإيرواني، باقر؛ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي؛ قم: دار الفقه؛ الثانية: ١٤٣٢ هـ.ق.
الحربي، ابو اسحاق ابراهيم ابن اسحاق (١٩٨ هـ.ق - ٢٨٥ هـ.ق)، غريب الحديث، جدة: دار المدينة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى: ١٤٠٥ هـ.ق.
دادمري، سيد مهدي؛ تعارض در قانون مدني؛ قم: بزوهشكاه حوزه ودانشگاه؛ الأولى: ١٣٩٧ هـ.ش.

زاهديان، قطب الدين، (الإقرار في إثبات الدعوى في القضايا المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدني الإيراني و المذاهب الخمسة)، قسم الفقه وأصوله أكاديمية الدراسات الإسلامية، جامعة مالايا كوالالمبور، م ٢٠١٠.

سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، القاهرة: عالم الكتب، ١٩٨١ م.
_____، من طرق الإثبات، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤ م.
السنهوري، عبد الرزاق؛ الوسيط في شرح القانون المدني؛ القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٥٦ م.
الشهيد الأول، محمد بن مكي العاملي (ت ٧٨٦هـ)، اللعة الدمشقية، قم: دار الفكر، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ.ق.

الصاحب بن عباد (ت ٣٨٥هـ)، المحيط في اللغة، بيروت: عالم الكتاب، الطبعة الأولى: ١٤٠٤ هـ.ق.

الصدر، محمد باقر، دروس في علم الأصول بثوبها الجديد، إيضاح: محمد كاظم الحسيني الحكيم، قم: دار الكتاب الحكيم، الأولى: ١٤٤٢ هـ.ق.

عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، بغداد: منشورات المكتبة القانونية، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب في القاهرة، لا سنة طبع.

عمرواتي، دكتور رحمان؛ تعارض أدله إثبات دعوى در امور حقوقي، تهران: چتر دانش، ١٣٩٦ هـ.ش.

كاتوزيان، ناصر؛ قانون مدني در نظم حقوقي كنوني، طهران: منشورات ميزان، ١٣٨٧ هـ.ش.

لويس معلوف (المطبعة الكاثوليكية)، المنجد في اللغة، بيروت: دار المشرق، الطبعة ٢٦.

مجلس شوراي اسلامي، قانون مدني، طهران: نشر داوران، الطبعة الخامسة: ١٣٧٥ هـ.ش.

مجمع اللغة العربيّة، المعجم الوسيط، بيروت: المكتبة الإسلاميّة.

