

# چگونگی شکل‌گیری اماره اثبات دعوی

سیداحمد میرخلیلی\*  
اکرم غدیری\*\*

تاریخ تأیید: ۹۵/۵/۱۴

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۰/۸

## چکیده

اماره در قانون مدنی در زمره دلائل اثبات دعوی آمده است که به دو دسته «اماره قانونی» و «اماره قضایی» تقسیم شده است و به رغم ظاهر ساده، عوامل متعددی در شکل‌گیری آن نقش ایفا می‌کنند که تأثیر این عوامل در اماره قانونی و قضایی، تا اندازه زیادی متفاوت از یکدیگر می‌باشد. مباحث پراکنده‌ای ذیل عنوان ماهیت، اساس و منشأ امارات، در کتب حقوقی یافت می‌شود که مقاله پیش رو درصدد سامان‌دهی به این مباحث - البته ذیل عنوان «چگونگی شکل‌گیری اماره اثبات دعوی» - است تا بدین ترتیب نشان دهد که چگونه یک اماره اثبات دعوی اعم از اماره قانونی و اماره قضایی، به منصفه ظهور می‌رسد. «غلبه»، «عرف و عادت» و «اذن قانون‌گذار» مجموعه عواملی‌اند که در منشأ اماره اثبات دعوی نقش دارند. عناصر تشکیل‌دهنده اماره قانونی عبارت‌اند از: غلبه و اذن قانون‌گذار، در حالی که عناصر اماره قضایی را قرینه یا اوضاع و احوال خاص همان دعوی و عمل استنباط دادرس تشکیل می‌دهد و در مقام اعمال هر اماره، دو روش استقرایی و قیاسی با یکدیگر تلفیق می‌شوند.

**واژگان کلیدی:** اماره قانونی، اماره قضایی، غلبه، استقرا، قیاس.

\* استادیار دانشگاه آیت‌الله حائری میبد (mirkalily@gmail.com).

\*\* کارشناس ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه آیت‌الله حائری میبد (a.ghadiry@yahoo.com).

## مقدمه

تحقیق در چگونگی شکل‌گیری اماره اثبات دعوی در کارآمدتر شدن آن در مواردی که دیگر ادله اثبات دعوی همچون اقرار، اسناد و شهادت، توانایی اثبات حق ندارند، کمک شایانی می‌کند؛ زیرا با توجه به نقش تعقل، تجربه و علم در شکل‌گیری امارات، آنها می‌توانند پا به پای تحولات جامعه گام بردارند و جوابگوی توسعه و تنوع روزافزون روابط حقوقی باشند.

هرچند تاکنون حقوقدانان زیادی درباره اماره اثبات دعوی، کتاب تألیف کرده‌اند (ر.ک: هژیرکلالی، ۱۳۴۲/ امامی، ۱۳۷۹، ج ۶/ بهرامی، ۱۳۸۹/ حسینی نژاد، ۱۳۸۱/ دیانی، ۱۳۸۹/ شایگان، ۱۳۳۱/ شیخ‌نیا، ۱۳۷۵/ عظیمی، ۱۳۶۹/ کریمی، ۱۳۸۸/ مدنی، ۱۳۷۷/ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲/ صدرزاده افشار، ۱۳۶۱/ متین‌دفتری، ۱۳۸۱، ج ۲/ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۱/ شمس، ۱۳۸۵، ج ۳/ عمروانی، ۱۳۹۰/ عدل، ۱۳۳۹) و حتی پایان‌نامه‌ها و مقالاتی نیز در این باره نگاشته‌اند (ر.ک: ارژنگ، ۱۳۸۲/ شجاعی، ۱۳۸۶/ عباسپور، ۱۳۸۵/ کاتوزیان، ۱۳۸۳/ کوشا و حکیمی تهرانی، ۱۳۸۹/ مختاری، ۱۳۷۹)\* ولی فقط معدودی از این نویسندگان در آثار خود به ماهیت، اساس یا منشأ اماره پرداخته‌اند (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۱/

۸۲

\* بعضی از کتب و مقالات، جزء منابع مقاله نیست و فقط در جهت نگارش تحقیق در این موضوع به کار می‌آید که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌شود: سیدیدالله هژیرکلالی، امارات در دادرسی / سیدحسن امامی، حقوق مدنی / بهرام بهرامی، بایسته‌های ادله اثبات / حسینقلی حسینی نژاد، ادله اثبات دعوی / عبدالرسول دیانی، ادله اثبات دعوی در امور مدنی و کیفری / امیرحسین شیخ‌نیا، ادله اثبات دعوی / محمد عظیمی، ادله اثبات دعوی / عباس کریمی، ادله اثبات دعوی / سیدجلال‌الدین مدنی، ادله اثبات دعوی / مصطفی عدل (منصورالسلطنه)، حقوق مدنی / اردوان ارژنگ، ادله اثبات و بررسی تطبیقی آنها (پایان‌نامه دکترای تخصصی، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۲) / عبدالرضا شجاعی، اماره قضایی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهیدبهشتی تهران، ۱۳۸۶) / عبدالخالق عباسپور، تعارض امارات قانونی در حقوق مدنی ایران (فصلنامه حقوقی گواه، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ش ۶ و ۷) / محمداکظم مختاری، امارات در حقوق تجارت ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق \* تهران، ۱۳۷۹) / جعفر کوشا و محمدمهدی حکیمی تهرانی، تحلیلی از امارات قانونی و امارات قضایی در دادرسی (فصلنامه پژوهشی، تحلیلی و آموزشی مجد، زمستان ۱۳۸۹، ش ۱۵).

کاتوزیان، ۱۳۸۳/ همو، ۱۳۸۵، ج ۲/ ناصری، ۱۳۴۴) و تعداد انگشت‌شمار دیگری از آنها در این باره فقط به بیان یک یا دو جمله اکتفا کرده‌اند (ر.ک: شایگان، ۱۳۳۱/ متین‌دفتری، ۱۳۸۱، ج ۲) که این مقدار کم به هیچ عنوان روشن‌کننده چگونگی شکل‌گیری یک اماره و عناصر سازنده آن نیست و تقریباً تاکنون هیچ یک از حقوق‌دانان به صورت کامل و مستقل، چگونگی شکل‌گیری اماره اثبات دعوی را بررسی قرار نکرده‌اند. به رغم اینکه در کامل‌ترین اثری که در مورد امارات وجود دارد، به تفصیل درباره اساس، منشأ و دلالت امارات بحث شده است (ر.ک: ناصری، ۱۳۴۴، ص ۹۴-۴۱)، ولی در دوران معاصر نیز در این باره آثاری تألیف شده است (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶/ کاتوزیان، ۱۳۸۵) که به گونه‌ای می‌توان گفت در بعضی موارد به طور غیرمستقیم، نقدی بر برخی نظرات اثر مذکور است؛ بنابراین گردآوری این نظرات برای دستیابی به یک جمع‌بندی صحیح و کامل از چگونگی شکل‌گیری اماره اثبات دعوی ضروری به نظر می‌رسد. در نهایت تحقیق پیش رو توانسته است با جمع‌بندی نظرات گوناگون و در بعضی موارد نقد آنها چگونگی شکل‌گیری یک اماره اثبات دعوی اعم از اماره قانونی و قضایی را به طور کامل و شفاف به تصویر بکشد. در جهت دستیابی به این هدف، نخست اماره تعریف شده، اقسام آن بیان گردیده است و پس از بیان نظرات گوناگون در باب شکل‌گیری اماره قانونی و قضایی، دقیقاً روشن شده است که چگونه یک اماره به منصفه ظهور می‌رسد.

## ۱. تعریف اماره اثبات دعوی

اماره که در لغت به معنای علامت است (صفی‌پور، ۱۳۹۸، ج ۱ و ۲، ص ۳۷)، گاهی در پی‌ریزی قاعده حقوقی مؤثر است و گاهی در آن، هدف قضایی یعنی اثبات دعوی منظور می‌باشد. در حالت نخست، در واقع اماره با عامل مهم تصمیم‌گذار آمیخته شده است و هر یک از دو عامل «تصمیم» و «احتمال» قاعده حقوقی را به وجود می‌آورد، ولی نقش عامل احتمال، ضعیف‌تر است و در این صورت، اماره با قاعده حقوقی وحدت کامل می‌یابد و شخصیت آن به عنوان اماره به کلی مستور می‌ماند (به نقل از: ناصری، ۱۳۴۴، ص ۴۶-۴۷)؛ مانند حکم به قطعی بودن بیع و حال‌بودن ثمن در

صورت عدم اشتراط و عدم تعیین موعد در عقد بیع (ماده ۳۴۴ قانون مدنی)، یا متعلق دانستن بنا و مانند آن در یک ملک به مالک آن (ماده ۳۹ قانون مدنی). این گونه امارات که در وضع قواعد حقوقی ایفای نقش می‌کنند، مصون از اثبات خلاف‌اند، مگر اینکه حالت مخالف قاعده را خود قانون‌گذار در قانون پیش‌بینی کرده باشد.

اما در ماده ۱۳۲۱ ق.م. در تعریف اماره اثبات دعوی - که چگونگی شکل‌گیری آن موضوع این مقاله می‌باشد - این گونه آمده است: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته می‌شود». دو اشکال به این تعریف وارد شده است: اول، اینکه تعریف مذکور بیانگر این است که اماره، امر معلومی در خارج است که دادرس به واسطه آن به امور مجهولی پی می‌برد و در مورد اخیر، این تعریف شامل همه ادله اثبات دعوی نیز می‌شود؛ چون مقتضای هر دلیلی این است که دادرس از امری معلوم، به امری مجهول پی ببرد (صدرزاده افشار، ۱۳۶۱، ص ۱۸۰)؛ دوم، اینکه «حاوی جوهر اصلی و وصف ممتازکننده اماره از دلیل به معنای خاص نیست ... این وصف ممتاز، وجود احتمالی اصابت به واقع یا تخلف از آن و اعتماد بر ظن معتبر و گسترش آن یا به بیان دیگر، قانون غلبه است» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۷). در مورد اشکال اول باید گفت، با توجه به اینکه استدلال و استنتاج، مهم‌ترین رکن اماره است (مدنی، ۱۳۷۷، ص ۲۲۹) و تعریف قانون مدنی از اماره، دخالت عقل و استنباط را در اماره نشان می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۶)؛ بنابراین ایراد وارده خالی از وجه است؛ زیرا وجه تمایز اماره از دیگر ادله اثبات دعوی که همان دخالت عقل و استنباط در شکل‌گیری اماره می‌باشد، به طور غیرمستقیم در تعریف لحاظ شده است، ولی در ایراد دوم، اینکه حاوی جوهر اصلی اماره از دلیل نیست، اشکال وارده صحیح به نظر می‌رسد؛ چون در تعریف اماره گفته شده است: «نتیجه‌ای است که ذهن بر مبنای غلبه و سیر طبیعی امور از نشانه‌ها و اوضاع و احوال می‌گیرد تا ظن معقول بر وجود مجهول خود بیابد؛ چندان که قناعت وجدان یابد که به احتمال قوی به واقع دست یافته است» (همان، ص ۱۲۸).

اماره به اعتبار مقام استنباط‌کننده از اوضاع و احوال، به دو دسته «اماره قانونی» و «اماره قضایی» تقسیم شده است. در اماره قانونی، نتیجه‌گیری از نشانه‌های موجود را

خود قانون عهده‌دار می‌شود، ولی در اماره قضایی، این مهم به دادرس واگذار شده است. به عبارت دیگر، اماره قانونی اماره‌ای است که قانون آن را دلیل بر امری قرار می‌دهد (ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی)؛ مانند اماره تقصیر مندرج در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی. بر اساس ماده ۲۲۷، مسئولیت متخلف یک اماره قانونی است که طرف متضرر را از اثبات تقصیر متخلف و اینکه ضرر و زیان حاصله از آن بر عهده اوست، معاف می‌دارد و این طرف، متخلف است که باید خلاف اماره مسئولیت خود را فقط با اثبات وجود علت خارجی که به او مربوط نبوده و مانع انجام تعهد شده است، به اثبات رساند و فقط اثبات علت خارجی و مانعیت آن کافی نیست، بلکه طبق ماده ۲۲۹ ق.م. که مبین و مکمل ماده ۲۲۷ می‌باشد، باید دفع علت آن، خارج از حیطه اقتدار متعهد بوده باشد، وگرنه به حکم «عقل» و «عرف و عادت»، متعهد ملزم است در حد توانایی خود، در رفع مانع و تمهید مقدمات اجرایی قرارداد بکوشد. اماره تقصیر مندرج در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مصداق دیگری از اماره قانونی است. بر اساس متن ماده، هر گاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد، سبب تلف یا صدمه بدنی گردد و از بیمار تحصیل براءت نکرده باشد، مسئولیت مدنی وی بر اماره تقصیر مبتنی است، مگر اینکه ثابت کند تقصیری مرتکب نشده است، ولی در موردی که پزشک تحصیل براءت کرده باشد، بر عهده بیمار است که قصور پزشک را ثابت نماید. اماره تقصیر کارفرما (ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی)، اماره تجاری بودن معاملات تاجر (ماده ۵ قانون تجارت)، اماره فوت غایب مفقودالأثر (ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی)، اماره فراش (مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی) و اماره وجود چک در ید صادرکننده (ماده ۱۷ قانون چک)، نمونه‌های دیگری از اماره قانونی‌اند. امارات قانونی در هیچ ماده‌ای احصا نشده‌اند و قانون‌گذار در ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی، مواردی از آنها را از باب مثال ذکر کرده است.

«اماره قضایی» استنباطی است که قاضی از وقایع و نشانه‌های دعوی برداشت می‌کند و از نتایج آن به موضوع مورد اختلاف پی می‌برد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۶۵). با توجه به اینکه هر دعوی، نشانه‌ها و اوضاع و احوال خاص خود را دارد و هر یک از این موارد می‌تواند به عنوان اماره قضایی در اثبات ادعا تلقی شود، مصادیق اماره

قضایی، محصور و محدود نیستند. قضات و دادرسان می‌توانند در مواردی که قانون‌گذار در اعتباربخشیدن به دلائل جدید نقشی ندارد، با استفاده از اوضاع، احوال و شرایط، دلائل نوظهوری را که علم و به ویژه علم الکترونیک به نظام اثباتی و عدالت هدیه کرده است، به عنوان اماره قضایی بپذیرند (همان، ج ۲، ص ۱۷۲). امتناع از ابراز سند یا امتناع از ارائه دفاتر تجاری در دادگاه یا عدم حضور یا امتناع از کتابت یا زدن انگشت یا تصدیق مَهر (موضوع مواد ۲۰۹، ۲۱۰ و ۲۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی)، امارات حاصل از مدارک گوناگون مانند گواهینامه‌ها، مدارک اداری، دفاتر یادداشت و نوع اظهارات طرفین، از جمله مصادیق امارات قضایی‌اند. بر اساس ماده ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه ادله‌ای که موضوعیت دارد، فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد، می‌تواند به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار گیرد؛ مشروط بر اینکه همراه با قراین و امارات دیگر موجب علم قاضی شود»؛ مانند شهود غیر واجد شرایط شهادت.

## ۲. چگونگی شکل‌گیری اماره قانونی

برخی حقوقدانان معتقدند عرف و عادت و قانون‌گذار، منشأ امارات قانونی‌اند و در اساس، اماره قانونی علاوه بر نقش قانون‌گذار، ظنون و احتمالات را نیز مؤثر دانسته‌اند و در مورد نقش قانون‌گذار در منشأ و اساس امارات قانونی دو عنصر را دخیل دانسته‌اند: اول، عنصر احتمال؛ احتمال یک حقیقت که اساس موضوع است و آن دلیل قضایی که بر اساس اماره استوار است. از تمایل ذاتی آن اماره به حقیقت، مایه و قدرت می‌گیرد و درست به همین جهت که بر اساس احتمال قرار دارند، آن را قابل اثبات خلاف دانسته‌اند؛ چنان‌که جز تعداد بسیار اندکی - امارات قانونی مطلق\* - بقیه امارات این‌گونه‌اند؛ دوم، عنصر تصمیم قانون‌گذار در وضع امارت قانونی که در این صورت اماره خود، موضوع حکم قانون‌گذار است. ولی درباره نقش عرف و عادت در ایجاد اماره اثبات دعوی، حقوقدانان مذکور بر این عقیده‌اند که تعدادی از امارات قانونی، در حقیقت از عرف و عادت مستمر سرچشمه می‌گیرند که در قالب

\* امارات قانونی مطلق بنا بر مقتضیات اجتماعی و حفظ نظم عمومی ایجاد شده‌اند و با هیچ دلیلی نمی‌توان آنها را ساقط کرد؛ مانند اعتبار امر قضاوت‌شده (ناصری، ۱۳۴۴، ص ۲۰۱).

قانونی درآمده‌اند؛ مثلاً اماره تصرف مالکانه، از عرف و عادت بسیار قدیم مردم برگرفته شده است و در مورد نقش ظنون و احتمالات، به امر این قائل‌اند که امارات قانونی بر پایه احتمالات و ظنون فلسفی و منطقی قرار دارند (ناصری، ۱۳۴۴، صص ۴۱، ۴۶، ۴۸، ۵۷، ۷۴، ۷۸، ۷۹، ۸۰ و ۸۴).

در مقابل، بعضی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که اساس امارات قانونی، غلبه است؛ یعنی گمانی که از تتبع اغلب افراد یک گروه برانگیخته می‌شود، باعث می‌شود بقیه افراد آن گروه را به لحاظ اثر مشترک، دارای همان اثر بدانیم که اغلب افراد گروه آن اثر را داشته‌اند: «الظنّ يلحق الفرد المجهول بالأعم الأغلب» و در ادامه، عناصر اماره قانونی را عبارت دانسته‌اند از غلبه که عنصر مشخص امارات قانونی است و اذن قانونی برای الحاق اقل مجهول به اغلب معلوم (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۱، صص ۶۵۹ و ۶۷۲).

این امر که دسته نخست حقوقدانان، در اساس و منشأ اماره قانونی «عنصر احتمال» را مؤثر دانسته‌اند، باید گفت در احتمال، اولویت امکان وقوع یکی از چند حادثه در آتیه مد نظر است، در حالی که در امارات، اساساً نظر به آتیه نیست، بلکه از مسائل فعلی و کنونی بحث می‌شود و خلط احتمال به این معنا با ظنون در بحث امارات، بدعت است، نه ابداع. علاوه بر این، مؤثر دانستن احتمال در اساس امارات، تداعی‌کننده این امر است که متعلق امارات قانونی همیشه باید امری وجودی باشد، درحالی که متعلق اماره قانونی، عدمی نیز می‌تواند باشد؛ مانند ماده ۲۶۵ ق.م. (همان، ج ۱، صص ۶۶۶-۶۶۷)؛ بنابراین «احتمال»، نه در اساس و نه در منشأ اماره قانونی نقشی ندارد.

درباره نقش ظنون در اساس اماره قانونی باید گفت: از آنجاکه اساس امارات قانونی غلبه است، غلبه مذکور باعث پیدایش ظن می‌شود؛ یعنی در مورد معین، از این جهت که اغلب موارد مشابه آن مورد، اثر و خاصیتی دارند، ظن ایجاب می‌کند که آن خاصیت و اثر، در آن مورد به خصوص نیز وجود داشته است (همان، ج ۱، ص ۶۵۵)؛ بنابراین ظن، محصول غلبه است و به طور مستقیم در اساس اماره قانونی ایفای نقش نمی‌کند، ولی نمی‌توان نقش عرف و عادت را در منشأ اماره قانونی انکار کرد. عرف و عادت از دیرباز به عنوان یکی از منابع حقوق شناخته شده‌اند و قانون‌گذار در ایجاد اماره، وقوع یا ثبوت یک قضیه را بر اساس عرف و عادت می‌پذیرد و به آن اعتقاد می‌یابد و به

مرور زمان، آنها را در متون قانونی وارد می‌کند و اعتبار می‌بخشد؛ بنابراین «این‌گونه امارات را قانون‌گذار اختراع نکرده، بلکه میان مردم متداول بوده و قانون‌گذار هر کدام را کاشف واقع تشخیص داده، تنفیذ و امضا کرده ...» (متین دفتری، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۴۵۹).

وجه تشابهی که فقط در این دو نظر وجود دارد، عبارت است از «نقش قانون‌گذار در اماره قانونی» که آن را اساس و عنصر این نوع اماره دانسته‌اند و حق نیز همین است. هر غلبه یا اماره، هر اندازه در میان مردم متداول و معمول باشد، تا زمانی که قانون‌گذار آن را به عنوان اماره قانونی وضع ننماید، رسمیت ندارد و نمی‌تواند مستند رأی قضات و دادرسان قرار گیرد؛ بنابراین اذن یا تصمیم قانون‌گذار، به عنوان یکی از عناصر هر اماره قانونی تلقی می‌شود. بر این اساس، با توجه به اینکه چنین اماره‌ای به موجب حکم خاص قانون وضع می‌شود و محتاج نص قانونی است، باید گفت اذن و اجازه قانون‌گذار در اماره قانونی، موردی است و هر اماره قانونی به تصریح قانون‌گذار نیاز دارد. عنصر دیگری که ساختار اماره قانونی را تشکیل می‌دهد، غلبه است؛ زیرا اعتماد به غلبه شایسته است و مصلحت این است که قانون‌گذار فرد نادر را محکوم به حکم غالب افراد نماید تا خلاف آن ثابت شود.

دو عامل غلبه و اذن قانون‌گذار، علاوه بر اینکه عناصر تشکیل‌دهنده اماره قانونی‌اند، در منشأ اماره قانونی نیز نقش دارند؛ زیرا تا زمانی که درباره موضوعی غلبه‌ای وجود نداشته باشد، قانون‌گذار نیز به آن موضوعیت نخواهد بخشید و اماره‌ای به وجود نخواهد آمد و این دو عامل در کنار یکدیگر علاوه بر عرف و عادت که پیش‌تر در مورد آن صحبت شد، در منشأ امارات قانونی نقش دارند.

اما این امر که چگونه یک غلبه کشف می‌شود و در منشأ و اساس امارات نقش بازی می‌کند، باید گفت: «استقرا وسیله کشف غلبه‌هاست و بر هر غلبه‌ای اماره‌ای بنیان نهاده می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۶۵۶). به عبارت دیگر، مبنای استدلال استقرایی، حکم بر اغلب می‌باشد و روشن است که اصولاً حکم بر اغلب، بر حکم بر موارد استثنایی ترجیح دارد؛ یعنی آنچه معمولاً واقع می‌شود، بر آنچه ممکن است به طور فوق‌العاده اتفاق افتد، راجح است (شایگان، ۱۳۳۱، ص ۱۴۳). استقرا،



استدلالی است که در آن ذهن به وسیله مشاهده و تجربه در امور جزئی، قانون کلی استخراج می‌کند (مظفر، ۱۴۰۲، ص ۱۹۰). به عبارت دیگر، به استدلالی که در آن ذهن از بررسی امور جزئی به نتیجه‌ای کلی می‌رسد، استقرا گفته می‌شود. استقرا بر دو قسم است: «استقرای تام» و «استقرای ناقص». در استقرای تام، ذهن همه افراد، یک کلی را بررسی کرده و سپس حکم کلی را استنباط می‌کند. این نوع استقرا، معتبر و یقین‌آور است (میرزای قمی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۷۹). در استقرای ناقص، شخص فقط بعضی از افراد یک کلی را بررسی می‌کند، ولی حکم را بر خود کلی اثبات می‌نماید. این نوع استقرا، یقین‌آور نیست و فقط باعث «ظن غالب» می‌شود (مظفر، ۱۴۰۲، ص ۱۹۰). استقرایی که در اینجا مد نظر است، استقرای ناقص می‌باشد؛ زیرا روشن است که حصول استقرای تام مسیر نیست، ولی نمی‌توان استقرای ناقص را نادیده گرفت؛ چون اگر نسبت به موارد زیادی به عمل آمده باشد، اعتباری ظنی و در حالت‌های قوی‌تر «شبه‌یقینی» به وجود می‌آورد و امری را معلوم جلوه می‌دهد. قانون‌گذار غلبه به دست آمده از راه استقرا را در قالب قانون جای می‌دهد، ولی پس از این عمل و قانونیت استقرا، استدلال و استنتاج بر اساس آن اماره جنبه قیاس دارد؛ به این دلیل که قاضی در رسیدگی به دعوی، از جزئی به کلی نمی‌رسد، بلکه حکم جزئی را به اتکا و استناد کلی به دست می‌آورد، پس عمل قاضی یک قیاس است. قیاس استدلال، از کلی به جزئی است و در قالب یکی از اشکال منطقی برای پی‌بردن به قضیه مجهول از راه قضیه معلوم است؛ به گونه‌ای که قضیه مجهول، لازمه قضیه معلوم است. در این قیاس، اماره که خود به مدد استقرا به دست آمده است، مقدمه کبری و مورد دعوی، مقدمه صغراست (ناصری، ۱۳۴۴، ص ۹۷-۹۸)؛ به عنوان مثال، در مورد اماره تصرف، به موجب ماده ۳۵ ق.م. تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است و شخص «الف» نیز یک باب منزل مسکونی را به عنوان مالک در تصرف دارد؛ بنابراین مالک آن منزل مسکونی است. در اینجا قضیه «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است»، کلی و مقدمه کبراست که بر اساس غلبه حاصل شده، قضیه «شخص «الف» هم یک باب منزل مسکونی را به عنوان مالک در تصرف دارد»، جزئی یا مقدمه صغراست؛ حکم به حقوق آن منزل مسکونی به شخص «الف» نیز نتیجه قیاس است. قاضی در حقیقت در مقام اعمال هر اماره قانونی،

چنین قیاسی ترتیب می‌دهد و حکم خود را بر نتیجه آن استوار می‌سازد. با توجه به مطالب پیش‌گفته، روشن می‌شود که اماره، فعالیت مضاعف تفکر را نشان می‌دهد و می‌توان گفت در اماره، دو روش استقرایی و قیاسی با یکدیگر تلفیق می‌شوند (به نقل از: ناصری، ۱۳۴۴، ص ۹۶). به عبارت دیگر، با توجه به تعریف قانون‌گذار از اماره در ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی که دخالت عقل و استنباط را در اماره می‌رساند، درایت و تجربه باید دست در دست نهند تا عقل بتواند از این معلوم، به مجهول که هدف اثبات است، برسد و برای رسیدن به این هدف، ذهن باید به دو تلاش فکری دست بزند و در واقع از دو ابزار منطقی استفاده کند: اول، استقرا و تجربه؛ دوم، استنتاج (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۴۵). منظور از استنتاج، همان قیاس است و فقط تعابیر متفاوت است؛ زیرا در تعریف نتیجه که از مصطلحات عمومی در قیاس می‌باشد، گفته شده قضیه‌ای که لازمه قیاس است بعد از به دست آمدن، نتیجه نامیده می‌شود (مظفر، ۱۴۰۲، صفحه ۱۲۳).

### ۳. چگونگی شکل‌گیری اماره قضایی

در منشأ امارات قضایی، «عرف و عادت» ایفای نقش می‌کند؛ بدین ترتیب که «بسیاری از امارات قضایی بر پایه عرف‌ها و عادات اجتماعی مردم است و قاضی با اجازه کلی قانون، آنها را برای کشف موضوعات و قضایا و اوضاع و احوال در امور مختلف به کار می‌برد» (ناصری، ۱۳۴۴، صص ۴۱ و ۷۹). به عبارت دیگر، قاضی در حدود اذن قانون‌گذار، رسوم و عادت متداول مردم را که در قانون مورد اشاره و استناد قرار نگرفته است، خمیرمایه امارات قضایی کرده، برای حل قضیه متنازع‌فیه به کار می‌برد، ولی اذن قانون‌گذار فقط در منشأ اماره قضایی نقش دارد و بر خلاف اماره قانونی، در عنصر اماره قضایی نقشی ندارد و این اذن و اجازه قانون‌گذار در اماره قضایی، به صورت کلی است که در ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی بدین صورت عنوان شده است: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده است، عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد ...». همچنین غلبه نیز در منشأ امارات قضایی نقش دارد؛ به عنوان مثال، اگر این رسم پذیرفته باشد که مصالح ساختمانی در محل کارگاه تحویل داده می‌شود، قاضی می‌تواند آن را مبنای

کشف حکم غالب سازد و در اختلاف نسبت به محل تسلیم، نتیجه بگیرد که مصالح خریداری شده در محل ساختمان تحویل داده شده است. بدین ترتیب این نوع غلبه که منشأ آن در این مثال عرف است، در ایجاد، تکوین و اعتبار اماره قضایی مؤثر می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۶۶)، ولی تأثیر آن به اندازه‌ای نیست که در امارات قانونی بوده و بسیار کمتر است: «غلبه، عنصر مشخص اماره قانونی از اماره قضایی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۶۶۴).

اماره قضایی دو عنصر دارد: رکن اول یا عنصر هر اماره قضایی، وجود قرینه، نشانه یا اوضاع و احوال خاص همان دعوی می‌باشد که می‌توان آن را عنصر مادی اماره قضایی نامید. رکن دوم، عمل استنباط است که قاضی بدان اقدام می‌کند تا از این واقعه اثبات شده، به واقعه‌ای که اثبات آن مقصود می‌باشد، برسد و این همان عنصر معنوی اماره قضایی است (به نقل از: عمروانی، ۱۳۹۰، ص ۲۱۷). قرینه را در لغت به معنای مثل، مانند، آنچه محاذی یکدیگر باشد و مناسبت ظاهری میان دو چیز دانسته‌اند (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۱، ص ۱۷۵۴۹) و در اصطلاح، اوضاع و احوال محیط به لفظ یا عبارت که سبب انصراف ذهن گردد، تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۹۱۰). هر دعوی، قراین، نشانه‌ها و اوضاع و احوال خاص خود را دارد که می‌تواند به عنوان اماره‌ای قضایی در اثبات ادعا تلقی شود؛ چنان‌که در ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی، اماره قضایی «اوضاع و احوالی در خصوص مورد» دانسته شده است. به عبارت دیگر، در اماره قضایی، دادرس از قراین خاص هر دعوی به امور مجهول پی می‌برد و قانون‌گذار سهمی در رهبری او ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۲۸۲)؛ به عنوان مثال، هر چند نظام حقوقی ایران ضبط صوت را به عنوان دلیل در اثبات دعوی قابل استناد نمی‌داند (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۹۸)، ولی به نظر برخی حقوقدانان، غالباً می‌تواند برای دادرس امارات ساده فراهم کند و او می‌تواند امارات مذکور را مبنای تصمیم خود قرار دهد؛ بدین صورت که اگر دادرس قرینه را به گونه‌ای ارزیابی نماید که وجدان او قانع شود، می‌تواند آن را قبول کند و اگر استماع نوار ضبط صوت برای اقتناع وجدان او در دعوی مطروحه کافی نباشد، می‌تواند به آن ترتیب اثر ندهد. به عبارت دیگر، دادرس در واقع از اختیارات مطلق خود در ارزیابی استفاده می‌کند، ولی باید با دعوت طرفین برای

استماع نوار و دریافت توضیح از آنان نسبت به موضوع کاملاً دقت و مراقبت کند؛ زیرا ضبط صدا در نوار یا صفحه، نمی‌تواند عیناً مانند نوشته یا گواهی معتبر باشد، مگر اینکه صاحب صدا آن را تصدیق کند؛ در هر حال، می‌تواند از قراین محسوب شود (صدرزاده افشار، ۱۳۶۱، ص ۱۸۹)؛ بنابراین قاضی می‌تواند از کاوش در پرونده‌های کیفری و مدنی و روابط اجتماعی و عاطفی به قرینه‌هایی دست یابد که در آن اوضاع و احوال ویژه، مبنای استنباط و دستیابی به ظن قوی برای شناخت واقع شود. علاوه بر اینکه «قاضی در قرینه قضایی آزاد است و هیچ قاعده‌ای پیش‌ساخته او را محدود به قرینه‌های معین نمی‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۴۸). از سوی دیگر اوضاع و احوال و قرینه‌ها به خودی خود دلالتی بر واقع مجهول ندارند، بلکه پدیده‌های طبیعی و اجتماعی ساده‌ای‌اند که احتمال برداشت‌های گوناگون از آنها وجود دارد. تحلیل این پدیده‌ها و ارتباط آنها با واقع و نتایجی که ذهن قاضی از آنها می‌گیرد، «اماره» بر مطلوب واقع می‌شود و باعث اقناع وجدان می‌شود؛ بنابراین باید تکیه بر نتایج باشد، نه پدیده‌ها (همان، ج ۲، ص ۱۵۱).

برخی حقوق‌دانان معتقدند هر اماره قضایی، ذاتاً مرکب از چند قرینه است و در این باره به حکم تمیزی شماره ۶۷۳۱-۱۹/۱۲/۱۳۰۹ استناد کرده‌اند: «مطابق ماده ۷ قانون شهادت و امارات\* نمی‌توان قراین را بالاینفراد طرف استناد قرار داد» و حکمت آن را در این امر دانسته‌اند که اگر قرینه واحد، قابلیت تمسک داشته باشد، یا به صورت امارات قانونی است یا به صورت یکی از ادله شناخته‌شده اثبات دعوی (صدرزاده افشار، ۱۳۶۱، ص ۱۸۵ / جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۷۷).

به نظر می‌رسد قائل شدن به تعدد قرینه در ساختار اماره قضایی، خالی از وجه است؛ زیرا گذشته از نسخ ضمنی قانون شهادت و امارات به وسیله کتاب سوم قانون مدنی و به خصوص پس از اصلاحات آن؛ اولاً، در مواد مربوط به امارات قضایی (مواد ۱۳۲۱ و

\* ماده ۷ قانون شهادت و امارات مصوب ۱۳۰۸ بیان می‌دارد: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که نوعاً صحت اظهارات یکی از طرفین را برساند و هیچ وقت نمی‌توان به استناد امارات حکم داد، مگر اینکه امارات موجوده، قوی و موجه باشد و در این صورت نیز محکمه مکلف است اوضاع و احوالی را که مدرک حکم قرار می‌دهد، به طور روشن و کافی یک به یک تشریح کند».

۱۳۲۴ قانون مدنی) هیچ تصریحی از سوی قانون‌گذار مبنی بر تعدد قرینه وجود ندارد و اگر اراده قانون‌گذار بر این امر بود، می‌توانست در قانون جدید بدان تصریح نماید؛ ثانیاً، اصل، عدم تعدد قرینه است؛ ثالثاً، با توجه به اینکه معیار ارزیابی اماره قضایی، قناعت وجدان دادرس است، ممکن است چند قرینه - هرچند ضعیف - دادرس را اقناع نکنند، اما در مقابل، یک قرینه قوی او را قانع نماید؛ پس به دور از عدالت است که با ملتزم شدن به تعدد قرینه در ساختار اماره قضایی، دادرس را به استنباطی مجبور کنیم که به نظر او خلاف واقع است؛ رابعاً، رأی تمیزی استناد شده در زمان حاکمیت قانون شهادت و امارات صادر شده است و با عنایت به اینکه قانون مذکور اکنون نسخ ضمنی شده است، رأی مذکور نیز قابلیت استناد ندارد.

در مقام اعمال هر اماره قضایی، دو روش استقرایی و قیاسی نیز به کار می‌رود که هر دو بر عهده دادرس است. بر خلاف اماره قانونی که عمل استقرا بر عهده قانون‌گذار است، فعالیت ذهنی و دماغی در این دو روش بر خلاف ظاهر آن معمولاً همزمان نیست؛ زیرا آنچه در ذهن قاضی به عنوان اماره شناخته می‌شود، مولود مشاهدات و تجربیات یا اطلاعات او از عرف و عادت مردم است که دارای سابقه طولانی می‌باشد. بر این اساس، مرحله اول یعنی استقرا و تشکیل اماره، مرحله‌ای محدود و مشخص نیست و نمی‌توان آن را به یک زمان خاص محدود کرد، ولی مرحله دوم یعنی زمان به کار رفتن اماره و استنتاج از آن (قیاس)، در مورد دعوی فعلیت دارد و زمان آن معین است (ناصری، ۱۳۴۴، ص ۹۹)؛ بنابراین استقراء و تشکیل اماره در اماره قضایی، مرحله‌ای محدود و مشخص نیست. فعالیت ذهنی قاضی در این مرحله حتی برای خود او نامحسوس است، در صورتی که استنباط و استنتاج قضایی شکل گرفته از آن اماره، زمان معینی دارد؛ به عنوان مثال، امارات مستنبط از اظهارنامه رسمی یا امارات حاصل از مدارک گوناگون مانند گواهینامه‌ها، فاکتورها و تصدیق‌نامه‌ها زمان شکل‌گیری امارات حاصل از آنها برای قاضی نامحسوس است؛ چون این امارات بر اساس مشاهدات، تجربیات و... برای قاضی شکل می‌گیرد، ولی مرحله دوم، یعنی قیاس - به کار رفتن اماره و استنتاج از آن - زمانی است که دعوی در محکمه اقامه شده باشد؛ بنابراین قیاس قضایی فعلیت و حالیت دارد.

## نتیجه

«غلبه»، «اذن قانون‌گذار» و «عرف و عادت»، مجموعه عواملی‌اند که در منشأ اماره قانونی نقش دارند و از این سه عامل، «غلبه» و «اذن قانون‌گذار» عناصر تشکیل‌دهنده اماره قانونی نیز هستند؛ زیرا در وهله نخست، باید غلبه‌ای - یعنی گمانی که از تتبع اغلب افراد یک گروه برانگیخته می‌شود - در میان مردم متداول باشد تا در وهله دوم، قانون‌گذار آن را به عنوان اماره قانونی وضع نماید؛ زیرا هر اندازه نیز غلبه در میان مردم رایج باشد، تا زمانی که قانون‌گذار آن را به عنوان اماره وضع نکند، رسمیت نمی‌یابد.

«غلبه»، «اذن قانون‌گذار» و «عرف و عادت»، در منشأ اماره قضایی نیز نقش دارند با این تفاوت که نقش غلبه در اماره قضایی بسیار کمتر است؛ به گونه‌ای که غلبه، عنصر مشخص اماره قانونی از اماره قضایی است. اذن قانون‌گذار در اماره قضایی به صورت کلی است که در ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی آمده است، در حالی که اذن قانون‌گذار در اماره قانونی موردی است و هر اماره قانونی، به تصریح قانون‌گذار نیاز دارد. عناصر اماره قضایی عبارت‌اند از قرینه یا نشانه و اوضاع و احوال خاص همان دعوی و عمل استنباط دادرسی. هر دعوی، نشانه‌ها و اوضاع و احوال خاص خود را دارد که می‌تواند به عنوان اماره قضایی در اثبات دعوی تلقی شود و عمل استنباط دادرسی، همان قیاس است؛ یعنی به کاربردن اماره و استنتاج از آن برای کشف مجهول.

در مقام اعمال هر اماره، دو روش استقرایی و قیاسی با یکدیگر تلفیق می‌شوند؛ بدین صورت که در اماره قانونی، قانون‌گذار غلبه به دست‌آمده از راه استقرا را در قالب قانون می‌ریزد و قانونیت می‌بخشد و دادرسی آن را در قیاس به کار می‌برد؛ یعنی دادرسی اماره‌ای را که از راه استقرا به دست آمده است، مقدمه کبری و مورد دعوی را مقدمه صغری قرار می‌دهد و حکم خود را بر نتیجه آن استوار می‌سازد، ولی در اماره قضایی، استقرا و قیاس هر دو بر عهده دادرسی است. دادرسی با مشاهدات، تجربیات یا اطلاعات خود از عرف و عادت مردم، اماره‌ای را فراهم می‌آورد و با اوضاع و احوال مورد دعوی می‌سنجد و استنتاج قضایی می‌نماید و حکم خود را بر اساس آن استنتاج استوار می‌سازد.

## منابع

۱. امامی، سیدحسین؛ حقوق مدنی؛ ج ۶، چ ۹، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۹.
۲. بهرامی، بهرام؛ بایسته‌های ادله اثبات؛ چ ۲، تهران: نگاه بینه، ۱۳۸۹.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دانشنامه حقوقی؛ ج ۱، چ ۶، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۶.
۴. —؛ دایرةالمعارف علوم اسلامی قضایی؛ ج ۱، چ ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
۵. —؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۴، چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۶. حسینی نژاد، حسینقلی؛ ادله اثبات دعوی؛ چ ۲، تهران: دانش نگار، ۱۳۸۱.
۷. دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه؛ ج ۱۱، چ ۲ (دوره جدید)، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۸. دیانی، عبدالرسول؛ ادله اثبات دعوی در امور مدنی و کیفری؛ چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
۹. شایگان، سیدعلی؛ حقوق مدنی ایران؛ چ ۴، [بی جا]: چاپخانه مجلس، ۱۳۳۱.
۱۰. شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی؛ ج ۳، چ ۶، تهران: دراک، ۱۳۸۵.
۱۱. شیخ‌نیا، امیرحسین؛ ادله اثبات دعوی؛ چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵.
۱۲. صدرزاده افشار، سیدمحسن؛ ادله اثبات دعوی در حقوق ایران؛ چ ۱، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۱.
۱۳. صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم؛ منتهی الأرب فی لغة العرب؛ ج ۱ و ۲، چ ۱، [بی جا]: کتابخانه سنایی، ۱۲۹۸ ق.
۱۴. عدل (منصورالسلطنه)، مصطفی؛ حقوق مدنی؛ چ ۶، تهران: امیرکبیر، ۱۳۳۹.
۱۵. عظیمی، محمد؛ ادله اثبات دعوی؛ چ ۱، تهران: انتشارات هاد، ۱۳۶۹.
۱۶. عمروانی، رحمان؛ تعارض ادله اثبات دعوی؛ چ ۱، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۰.

۱۷. قمی (میرزای قمی)، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ قوانین الأصول؛ ج ۲، قم: مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۷۸ق.
۱۸. کاتوزیان، ناصر؛ «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۶۴، تابستان ۱۳۸۳.
۱۹. —؛ اثبات و دلیل اثبات؛ ج ۲، چ ۳، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.
۲۰. —؛ فلسفه حقوق؛ ج ۳، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
۲۱. کریمی، عباس؛ ادله اثبات دعوی؛ چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
۲۲. متین دفتری، احمد؛ آیین دادرسی مدنی و بازرگانی؛ ج ۲، چ ۲، تهران: مجد، ۱۳۸۱.
۲۳. مدنی، سیدجلال‌الدین؛ ادله اثبات دعوی؛ چ ۴، تهران: پایدار، ۱۳۷۷.
۲۴. مظفر، محمدرضا؛ المنطق؛ بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۲ق.
۲۵. ناصری، فرج‌الله؛ امارات در حقوق مدنی ایران (رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)؛ تهران: سربی، ۱۳۴۴.
۲۶. هژیر کمالی، سیدیدالله؛ امارات در دادرسی؛ چ ۱، تهران: انتشارات اقبالی، ۱۳۴۲.