

فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۰۱

صص ۴۹۹-۵۱۷

تفکیک اصطلاحات مشابه خلاقیت قضایی و ارشاد قضایی از تلقین دلیل و تحصیل دلیل در علم

آیین دادرسی مدنی

سحر لاله خانی^۱، دکتر جواد خالقیان^{۲*}

۱- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲- استادیار دانشکده حقوق واحد تهران کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

چکیده

به خاطر حجم قوانین و انبوه تراکم پرونده برای دادرسی، امکان استفاده از خلاقیت قضایی قضات، کمتر فراهم می‌گردد. قاضی بدون خلاقیت از بین انبوه ادله اعم از ضعیف و قوی که طرفین ارائه نموده‌اند و یا خود به آن رسیده است باید ادله‌ای را متکای رسیدگی قرار دهد که او را بیشتر به حقیقت رهنمون نموده است. دادرسی در تسخیر ادله مجرد نیست بلکه نیازمند یک چاشنی دیگری تحت عنوان ملاحظه مصلحت‌ها یا همان استصلاح و نیکویی‌ها یا همان استحسان است که در بعضی از نحله‌های فقهی مورد توجه قرار می‌گیرد. همچنین، در نظام دادرسی ایران، ارشاد قضایی تدبیر شناخته‌شده‌ای محسوب نمی‌شود. در پژوهش حاضر سعی بر این شده است که همچنان که ارشاد قاضی جهت اصلاح ذات البین و صلح و سازش امری ایده‌آل و پسندیده تلقی می‌شود، ارشاد به حقوق دفاعی اصحاب دعوا، توسط دادرسی مطلوب توصیف شود و با کمک از فقه، جواز ارشاد قضایی در دادرسی مهر صحت زده شود. به دیگر سخن، عملکرد قاضی در جلسات دادرسی در مقام ارشاد و خلاقیت، برای جلوگیری از اطاله دادرسی، دادرسی پویا و کشف حقیقت و انطباق آن با واقعیت، امری مهم و بسیار مطلوب تفسیر می‌شود. البته برای فهم بهتر واژه‌ها و تفکیک از یکدیگر، دو اصطلاح ارشاد و خلاقیت قضایی توسط قضات از تحصیل دلیل و تلقین دلیل جدا می‌شوند و در جهت مدیریت قضایی و جلوگیری از اطاله دادرسی گام برداشته می‌شود.

واژگان کلیدی: خلاقیت قضایی، استصلاح و استحسان، ارشاد قضایی، تحصیل دلیل، تلقین دلیل.

مقدمه

پژوهش، به دنبال کارایی و نقش خلاقیت، در قضاوت دادرسی حقوقی و جزایی می‌باشد. برای این مهم، سعی می‌شود که با تعاریف اجمالی خلاقیت و نقش آن در اجتماع انسانی، به ارزش خلاقیت پی برده شود. سپس ذهن خوانندگان، به نقش خلاقیت در حقوق قضایی متمایل می‌گردد و نهایتاً، فواید اعمال خلاقیت قضایی توسط دادرسی در محاکمات ذکر می‌شود. هم‌چنین، ارشاد توسط قضات در ابتدای دادرسی و حین دادرسی، بطور شایسته توصیف می‌شود. ارشاد قضایی (توسط دادرسی) در کنار قواعد راهبردی همچون اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی (= اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا = اصل تسلیط)، تناظر، مستند و مستدل بودن آرا و بی‌طرفی دادرسی در امور کیفری و مدنی، متعارض دانسته نمی‌شود و همچنان، دایره اصول راهبردی، محترم انگاشته می‌گردد. عملکرد قاضی در نهاد ارشاد بستگی به خلاقیت ایشان در نحوه به کارگیری ارشاد در ابتدا یا حین دادرسی دارد و هر چه خلاقیت^۱ و نحوه به کارگیری ایشان از ابزار ارشاد بهتر باشد دادرسی پویاتر و اطاله دعوا کمتر می‌شود و کیفیت آرای قضایی بیشتر و اعتماد مردم به دادگستری بهتر خواهد شد.^۲ با تامل و کارایی دو واژه یاد شده در جهت مدیریت دعوا توسط قضات، تحصیل دلیل و تلقین دلیل از دو واژه یادشده تفکیک می‌شوند تا خواننده در مدیریت قضات در دادرسی آثار هر یک را بهتر درک کند.

مبحث اول: خلاقیت قضایی و مفهوم آن در دادرسی

یکی از عرصه‌های بروز خلاقیت بحث تفسیر است. قضات در مواجهه با موضوعات مختلف و متغیر، از مواد واحد برداشته‌های متکثری دارند. البته در تمام این موارد رای قاضی مستند و مستدل تلقی شده و در چهارچوب قانون است؛ اما ارائه راهکارها و رای صادره متفاوت است. با دقت در موضوع مشخص می‌شود، این امر بیش از هر چیزی ارتباط با خلاقیت قاضی دارد که برداشتهایی منطبق با موضوع ارائه می‌دهد.

۱. پرسش می‌شود که چرا قاضی نتواند با خلاقیت قضایی در هر دعوا، بنا بر اوضاع و احوال، راهایی برای استماع شهادت‌گزی‌نش نماید؟ چرا برای کشف حقیقت دادرسی نتواند مطلعین را به تشخیص خود به دادگاه فراخواند؟ به عبارتی، چرا نتوان در دعوی حقوقی برای اعمال خلاقیت دادرسی، آزادی کشف حقیقت را در پناه ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی پذیرا شد؟ به نظر می‌رسد، دادرسی می‌تواند با ابتکار خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده، راهایی را برای صحت ادله و نهایتاً رسیدن به حقیقت قضایی، گزینش نماید و در کشف حقیقت و تحصیل قراین و امارات، دفاعی را که مورد غفلت اصحاب دعوا قرار گرفته، با خلاقیت خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده یادآوری کند. به نظر می‌رسد قضات می‌توانند، راه‌های استماع شهادت را گزینش کنند و برای جستجوی حقیقت، بنا بر اوضاع و احوال پرونده مدنی، گاه منفرداً و گاه اجتماعاً به سوال و جواب شهود دست زنند. همچنین دادرسی می‌تواند، احضار شهود را، در روزهای متفاوت و کراراً صورت جلسه کند تا حقیقت، در فضای محیطی متفاوت به دور از تبا‌نی، برای وی حادث گردد. همچنین، به نظر می‌رسد ایشان می‌توانند، با ترندهایی بنا بر اوضاع احوال دعوی، اصحاب دعوا را احضار نمایند و گاه خلا‌فانه در دعوی کیفری، در احضاریه یا اخطاریه، علت حضور را سکوت نمایند تا با سوال و جواب طرفین دعوا، به حقیقت نایل گردند. چرا نتوان با کارکردهای مفید دروغ سنج، در ارزشگذاری شهادت و تحقیق محلی، از کارشناسان روانشناس در دادگاه بهره جست؟ می‌توان بر این اعتقاد بود که گاه دادرسی می‌تواند خلا‌فانه، به لوابیح خارج از جلسه اول ترتیب اثر دهد و برای وصول حقیقت، تلاش نماید. به نظر می‌رسد، ندای وجدان پاک دادرسی، با شک در حسن نیت طرفین دعوا، می‌تواند خلا‌فانه کشف حقیقت نماید و متعاقباً از اعتراض ثالث اجرایی و اعتراض ثالث جلوگیری کند. برای مثال در دعوی صلح و سازش برای جلوگیری از تبا‌نی افراد برای بردن مال غیر، دادرسی می‌تواند خلا‌فانه، در جهت کشف حقیقت به هر توافق طرفین در هر زمینه‌ای بسنده ننماید. به نظر می‌رسد، «مصلحت‌ها» و «نیکی‌ها» با ندای هر چه بیشتر نیازمندی دادرسی به کشف وقایع و حقیقت‌ها، ندای سودمندی خلاقیت دادرسی را ندا می‌دهند و عقل دادرسی بر این نیکی و مصلحت مهر صحت می‌زند. برای مثال می‌توان بر این اعتقاد بود که کارشناسی برای بهبود شهادت قضایی موثر است.

۱. در حقوق آمریکا و انگلیس اصل کارشناسی مقبول و توسعه یافته است. البته در عمل رویه قضایی دادگاه‌های آمریکایی، نسبت به مقبولیت کارشناس سختگیرانه‌تر از دادگاه‌های انگلیسی عمل می‌کنند. در مقابل نظام حقوقی کره که مبتنی بر حقوق نوشته می‌باشد، فرهنگ مشارکت‌پذیری و همکاری در دعوا و دادرسی را می‌پذیرد. حقوقدانان در این نظام، بیشتر طرفدار مصالحه و میانجیگری هستند تا این که حتماً بخواهند دعوا را از طریق برد و باخت یا تقسیم افراد به سیاه و سفید حل و فصل کنند. وجه بارز نظام حقوق کره، همانطور که از مواد ۱۰۳ و ۱۱۱ قانون اساسی آن نیز بر می‌آید، این است که قضات تنها کسانی هستند که شان یافتن حقیقت و اداره جلسه دادگاه را دارند. (بزرگمهر، امیرعباس، روانشناسی شهادت قضایی، چاپ اول، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۲۵۲ و ۲۵۳)

همین طور، خلاقیت به طور غیر مستقیم و اجمالی در حقوق ماهوی و مرحله ثبوت ایفای نقش می‌نماید. برای مثال، تاثیر عقد به اعتبار خلاقیت اراده طرفین می‌باشد و حاکمیت اراده ایجاب می‌نماید که امر دیگری در تولید مقتضای مؤثر قرار نگیرد. (امامی، حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامی، بی تا، ص ۷۱) با این حساب، اگر تاثیر عقد به اعتبار خلاقیت طرفین می‌باشد، آیا قاضی نمی‌تواند در صورت سکوت طرفین، با اعمال خلاقیت، تاثیر عقد را کنکاش نماید؟ همچنین، نقش خلاقیت در نظام حقوق نوشته و کامن لا مورد توجه بوده و قضات آن را به کار گرفته‌اند.^۱

به نظر می‌رسد، امروزه قضات در مرحله اثبات می‌توانند، با دادرسی فعالانه و به کارگیری تعاون میان اصحاب دعوا و دادرس (پرواستاد، مجید، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴) از راهکردهای نوین، برای کشف حقیقت، بهره جویند؛ قضاوت هنر تبحر در کشف وقایع و حقیقت است. البته نیاز به کشف واقع در امور کیفری بیش از مدنی است؛^۲ روش‌های خلاقیت^۳ ممکن است، محتاج روش‌های جدید که در آن جنایات اتفاق افتاده‌اند باشد، اما ما باید مراقب باشیم که خلاقیت نباید فراتر از اصول اساسی حقوق جزا باشد. به نظر می‌رسد، حتی حق تجدیدنظرخواهی در پرونده‌ها، خود امکان مجدد برای امکان خلاقیت قضایی محسوب می‌شود.

می‌توان بر این اعتقاد بود، اعمال خلاقیت دادرسین در کشف واقع برای اثبات دعاوی، با هر طریق تحقیقی، در پویایی رویه قضایی بسیار مؤثر است. حتی می‌توان بر این اعتقاد بود که ذهن خلاق در انتخاب طرق دفاعی توسط وکلا، در هموار نمودن کشف حقیقت و واقع برای قضات، بسیار مؤثر است. گفته ده است که زمانی قضات در مورد اعمال روش‌های ثابتی فکر می‌کنند و زمانی که وکلا در دفاع خود این روش‌ها را به حساب می‌آورند و می‌خواهند مؤثرتر باشند، این واقعیات هر امکان خلاقیت را در استراتژی دفاعی، خاموش نمی‌کند.^۴ در نهایت می‌توان بر این اعتقاد بود که قاضی، نیازمند به خلاقیت در جهت کشف حقیقت و واقعیات، می‌باشد و نباید با تصور این موضوع که آزادی «تحصیل دلیل» و متعاقبا استفاده از «خلاقیت قضایی»، ممکن است، وی را از بی طرفی خارج کند؛ به سرکوب آزادی‌های وی همت گمارد.

گفتار اول: فواید خلاقیت قضایی در دادرسی

آموزش به تبحر و استفاده از خلاقیت در وصول به حقیقت قضایی (در مرحله اثبات)، البته در پرتو ادله ابرازی طرفین دعوی حقوقی، راهکردهای نوینی را در جلوگیری از اطاله دادرسی و متعاقبا جلوگیری از نقص تحقیقات برای قضات، فراهم می‌کند. اگر دادرس از آزادی خود پسندیده استفاده کند، نه تنها اصحاب

۱. Barbara Luppi Francesco Parisi, *Judicial Creativity and Judicial Errors: An Organizational Perspective*, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. ۰۹-۰۹, Barbara Luppi Francesco Parisi, page ۲

۲. کشف حقیقت هدف و منظور اساسی پرونده‌های کیفری است. (تدین، عباس، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۶۶).

۱. باید روش و رویه کار دادرس در جریان عمل مشخص می‌گردد که چگونه با مهارت و استادی و نهایت تبحر در عین صلابت امور مربوط به دعوا و پرونده، امر را کشف می‌نماید و واقع قضایا را درک می‌کند بدون این که به رفتار و عمل وی جنبه طرفداری از یک طرف دهد. همین جاست که دادرسی و قضا، جنبه هنر پیدا می‌کند و همه قضات صاحب این مشخصه نیستند. به هر حال دادرسی و قضا باید به سمت کشف حقیقت باشد و هدف اصلی اجرای عدالت است. (مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ پایدار، نشر پایدار، ۱۳۷۷، ص ۱۵ و ۱۶). در طریقه تفتیشی دادرس و اصحاب دعوا در معیت و با مشارکت هم تحقیق و ارایه دلیل می‌کنند. (شیخ نیا، امیر حسین، ادله اثبات دعوا، چاپ سوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵، ص ۲۳)

۲. A Valid International Problem vs. A Valid International Law: Shifting modes of Responsibility in International Criminal Law Cassandra Steer, University of Amsterdam; Cornell University - Law School, March ۴, ۲۰۱۱, page ۱

۳. How Judges Think: Strengthening Defence Approaches to Joint Criminal Enterprise and Closing Arguments, Alexander Zahar Griffith Law School, Australia, Paper presented at the annual conference of the Defence Bar of the Court of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, ۱۲ December ۲۰۰۹, page ۲

دعوا نسبت به انشای رای دادرسی، انعطاف بیشتری نشان می‌دهند، بلکه راه اطلاع دادرسی مسدود می‌شود. برای مثال، اگر چه ممکن است محکوم علیه، تمکین از اجرای رای ننماید، ولی از درون متوجه می‌شود که پشت هر دستگاه قضایی، عملکردی فعال، زیرکانه و خلاق ایستاده است. همچنین، خواهان یا خواندگان دعوا، به قدرت و امنیت قضایی هر چه بیشتر دستگاه قضایی پی می‌برند و با اطلاع دادرسی به تزییع حقوق طرف و تاخیر اجرای حکم، متوسل نمی‌شوند. از طرفی، جامعه نسبت به انشای رای مستدل که بر ستون‌های خلاقیت دادرسی برای کشف حقیقت بنیانگذاری شده است، اعتماد وافر می‌کند.

به نظر می‌رسد، اگر انشای رای دادرسی و ای چه بسا فعالیت وی حین دادرسی، زیرکانه‌تر، فعال‌تر، خلاقانه در جهت کشف حقیقت باشد، با هر تاخیر و هر سودجویی توسط خواننده دعوا یا بالعکس خواهان دعوا، گزینش روش‌های تحقیقی دادرسی بنا بر اوضاع و احوال برای کشف حقیقت، متفاوت می‌شود. در نهایت، با ابتکار و اعمال خلاقیت، به تحقیق بیشتری دست می‌زند و انشای رای در آینده توسط دادگاه‌های عالی کمتر دستخوش تغییر، اصلاح و نقض می‌شود. متعاقباً اصحاب دعوا و ثالث کمتر از طرق فوق العاده و حتی عادی استفاده خواهند نمود. نهایتاً می‌توان بر این اعتقاد بود که عملکرد خلاقانه دادرسی برای وصول به حقیقت قضایی، انشای رای وی را تحت تاثیر قرار می‌دهد و با انشای رای محسوس‌تر و عینی‌تر، جامعه مواجه می‌گردد.

شایان توجه است که فایده استفاده قضات از خلاقیت در کشف حقیقت قضایی، مسدود شدن اطلاع دادرسی و متعاقباً کثرت اعتماد افراد به دادگستری می‌باشد. به نظر می‌رسد، نه تنها با کشف حقیقت توسط دادرسی در دعاوی جزایی، مدنی و با تبحر و خلاقیت دادرسی برای وصول به حقیقت، به اقناع وجدان و آزادی دادرسی احترام گذاشته می‌شود، بلکه حضور قدرتمندانه و فعالانه دادرسی در سیستم قضا، برای همگان به اثبات می‌رسد. کشف حقیقت در انواع پرونده‌ها، صرفاً با خط مشی‌های تحقیقی گزینش شده قانونگذار، به غایت نمی‌رسد، بلکه ذهن خلاق دادرسی است که خود، بنا بر اوضاع و احوال، طرق تحقیقی برای وصول به حقیقت قضایی را، گزینش می‌کند و خود را ظرف اصحاب دعاوی مدنی قلمداد نمی‌کند.

گفتار دوم: توجیه خلاقیت قضایی با استصلاح و استحسان

استحسان^۱، اصطلاحی است در منابع اجتهاد^۲ بعضی استحسان را عدول از قیاس به دلیل اقوی دانسته‌اند و انگیزه عدول را «۱. وجود نص^۲، ۲. راحتی و تسهیل^۳، ۳. مصلحت^۴، ۴. اجماع^۵، ۵. ضرورت^۶، ۶. عرف و عادت» دانسته‌اند... در برخی از تعاریف نفس مجتهد یا عقل مجتهد، جوهره اصلی تعریف را تشکیل می‌دهد. طبق برخی از تعاریف استحسان نوعی قیاس به حساب آمده است و شاید معروف‌ترین معنای استحسان همان حکمی است که نصی بر آن یافت نمی‌شود ولی عقل مجتهد آن را می‌پسندد. استحسان^۳ از بارزترین

۱. با تحول زندگی اجتماعی و آشنایی بیشتر مردم به کتابت، رفته رفته اسناد کتبی رواج بیشتری یافت و عرف عملاً برای آن اعتبار قابل شد و لذا بعضی از فقیهان حنفی، با استفاده از شیوه «استحسان» رأی به اعتبار اسناد کتبی صادر نمودند. (محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه (محقق داماد)، ج ۳، چاپ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه. ق.، ص ۸۳)

۲. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۸، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۱۰۶.

۳. مخالفان استحسان بر این اعتقادند که: اگر منظور از حجیت عقل، عقل ظنی نه قطعی بوده باشد آن نیاز به یک دلیل قطعی و یقینی دارد. (مکارم شیرازی، ناصر، محقق / مصحح: ابو القاسم علیان نژادی، استفتاءات جدید (مکارم)، ج ۳، چاپ دوم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ص ۱۹۱) - استحسان را معمولاً در برابر قیاس بعنوان موارد استثنائی قیاس در دو مورد قیاس خفی و ضرورت بکار می‌گیرند. استحسان نزد حنفیان کاربرد بیشتری نسبت به مالکیان دارد. (عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (عمید)، ج ۳، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۴۲۱، ص ۲۲۰) - استحسان به معنای تقدم اهم بر مهم، پذیرفتنی است. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۹-۴۰، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۱۰۰ و ۱۰۸) - اختلاف میان ما و کسانی که قیاس و استحسان و ... را به عنوان دلیل‌های شرعی، معتبر می‌شناسند، اختلاف در اصل شایستگی این ادله به عنوان ادله شرعی است و نه در تعیین قلمرو کاربرد و عمل آن‌ها. البته نباید از هر آنچه که قیاس یا استحسان یا سد ذریعه نام نهاده می‌شود، نفی شایستگی کرد چه این کار نیز با حقیقت فاصله دارد، زیرا در بعضی از موارد، بهره‌وری این روش‌ها، به جای خود، درست است. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۸، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا، ص ۱۱۶)

گمان‌هایی است که در تعالیم اسلامی اکتفا و اعتماد کردن بر آن ممنوع شمرده شده است.^۱ در مقابل، واژه اصطلاح^۲ در لغت از ماده صلح بوده است و به معنای طلب اصلاح است. اصطلاح^۳ ... بیشتر به معنی طلب صلاح و از یک جانب و قبول صلاح از جانب دیگر بکار می‌رود. البته اگر عقل مصلحتی را به طور کامل ادراک و به اعتبار آن از ناحیه شارع قطع پیدا کند، عمل بر طبق آن جایز است، اما این مصلحت، مصلحت مرسله نیست.^۴

حقوق اثبات، برای محسوس بودن و عینی‌تر شدن آرای خود، نیاز به فعال‌گرایی بیشتر دادرسین دارد. انعطاف‌پذیری و کمک‌گیری از تمامی ابزارهای فقهی، برای حضور محکم‌تر و پویاتر قضات در صحنه دادرسی، تفسیر نوین از اصطلاحات را می‌طلبد. با این برآیند به نظر می‌رسد، «مصلحت‌ها» و «نیکی‌ها»

۱. آیه ۳۶ از سوره یونس آمده: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً». هیچ‌گاه ظن انسان را از حق بی‌نیاز نمی‌کند. (شاهرودی، محمد ابراهیم جنتی منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی‌تا، ص ۳۱۸ و ۳۱۷)

۲. برخی نیز ارسال و استصلاح را مترادف هم دیگر دانسته‌اند. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۰ - ۳۹، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی‌تا، ص ۹۸) - برخی از دانشیان گفته‌اند اصطلاح در اصطلاح عالمان اصول عبارت است از جعل حکم برای واقعه و موضوعی که از جانب شرع در باره آن حکمی نرسیده و مجتهد در چنین جایی مصالح و مفاسد آن را به گونه کامل مورد بررسی و کاوش قرار داده سپس حکم مقتضی و مناسب را برای آن بیان می‌کند. (شاهرودی، محمد ابراهیم جنتی منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی‌تا، ص ۳۵۲)

۳. اصطلاح حکمی است که مبتنی بر مصلحت می‌باشد و این در جایی است که بر اثر نبودن همانند در شرع، قیاس در آن جریان نداشته باشد و مطابق آن نصی نیز نباشد. (مکارم شیرازی، ناصر دائرة المعارف فقه مقارن، در یک جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۳۴۱)

۴. فقهاء و اندیشمندان شیعه قاعده اصطلاح را به عنوان منبع و پایه شناخت وحی و احکام الهی نپذیرفته‌اند، زیرا آنان بر این اعتقادند که تمام اصول احکام و قوانین کلی آن در زمینه‌های مختلف: عبادی، اقتصادی، اجتماعی، حقوقی، علمی، سیاسی، اخلاقی، کیفری، و ... به ما رسیده است، و لذا برای شناخت احکام حوادث واقعه و موضوعات مستحدثه نیازی به این منبع نداریم. آنان که قاعده اصطلاح را به عنوان منبع و پایه شناخت احکام شریعت پذیرفته‌اند برای به کارگیری آن امور زیر را شرط نموده‌اند: الف. بحث و کنکاشی زیاد جهت بدست آوردن مصلحت حقیقی نه مصلحت خیالی و وهمی برای تشریح حکم ب. مصلحت باید به گونه‌ای باشد که نفع آن عاید بیشتر مردم شود نه قلبی از مردم و یا یک شخص. ج. عدم معارضه مصلحت ادراک شده با نص و اجماع (شاهرودی، محمد ابراهیم جنتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی‌تا، ص ۳۵۲ و ۳۵۳) - ... ذکر ملاکات ظنی و توسل به اصطلاح و استحسان نوعی مغالطه ماهوی است ... (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۵۴، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی‌تا، ص ۹۵) البته طرفداران اصطلاح می‌توانند بگویند که عقول کاشف از مصالح نیز لطف خداوند به بندگان است و در شریعت، می‌توان به آن اعتماد کرد. (کاشانی، بی‌تا، ص ۹) - در مقابل موافقان اصطلاح قایل به این هستند که، مصلحتی که عقل کشف کرده باشد، از نظر شرع اعتبار دارد و در نتیجه، میان اعتبار و الغاء مردد نیست. (جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۰-۳۹، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی‌تا، ص ۱۰۵) - ... اهل سنت به دلیل فاصله گرفتن از امامان معصوم (ع) و محروم کردن خود از بهره‌مندی از این حضرات و مواجه شدن با فقر سند در اجتهاد و به دلیل درگیر بودن با مسائل حکومتی و اجرایی و برخورد پی‌درپی با حوادث گوناگون و به خاطر ضعف حاکم بر اصول فقه اهل سنت، از جهت مراجعه به مصلحت عملیه که در اصول فقه شیعه با ساختاری منطقی و حساب شده، حضور جدی دارد و شک و حیرت را در بسیاری از موارد از بین می‌برد؛ ناچار شدند در استنباط احکام به اموری مراجعه کنند که در نگاه عموم فقیهان شیعه، از منابع و اسناد استنباط نیست، بلکه از مقاصد کلی شریعت یا از غلّ و حکمت‌های خرد احکام و یا استحسان و ذوق شخصی بوده که بر آن لباس دلیل پوشانده شده و سند استنباط قرار گرفته است. (جمعی از مؤلفان، جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۱، چاپ اول، انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام ملاحظات: صاحب امتیاز و مدیر مسئول: سید محمود هاشمی - سردبیر: عبد الرضا ایزدپناه، بی‌تا، ص ۱۳۵)

۱. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (عمید)، ج ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ص ۳۸.

۲. حجیت اصطلاح میان مذاهب چهارگانه اهل سنت مورد اختلاف است، اما به اتفاق و اجماع فقیهان امامیه حجیت ندارد اصطلاح عبارت از استنباط حکم بر اساس مصالح مرسله، اصطلاح عبارت است از به دست آوردن حکم واقعه‌ای که نصّ و اجماعی (اجماع) درباره آن وجود ندارد بر اساس مصلحتی عام که از آن به مصلحت مرسله تعبیر می‌شود. مصلحت مرسله، مصلحتی است که دلیل و شاهی شرعی بر اعتبار یا عدم اعتبار آن وجود ندارد. واژه اصطلاح به عنوان یکی از روش‌های استنباط در فقه اهل تسنن مطرح است و فقه‌های شیعه در علم اصول فقه به مناسبت بیان ادله احکام از آن سخن گفته‌اند. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه.ق، ص ۴۲۷)

با ندای هرچه بیشتر نیازمندی دادرسی به کشف وقایع و حقیقت‌ها، ندای سودمندی خلاقیت دادرس را فریاد می‌زند و عقل دادرس بر این نیکویی و مصلحت مهر صحت می‌زند. به دیگر سخن، دادرس برای وصول به انشای رای محسوس و عینی، با آزادی و خلاقیت قضایی برای رسیدن به واقعیات و حقیقت تلاش فعالانه می‌نماید. به نظر می‌رسد تفسیر و کارآیی دو اصطلاح مذکور، در حقوق اثبات غیرقابل انکار است، چراکه فعال‌گرایی دادرس را تضمین می‌کنند.

اگر در معنای استحسان در فقه متمرکز شویم، متوجه خواهیم شد که اصطلاح مذکور در تفسیر قوانین ماهوی با مخالفت جدی فقهای امامیه روبه‌رو شده است. در پژوهش حاضر سعی می‌شود که استحسان (نوعی قیاس خفی که متکی بر تشخیص مصلحت و ضرورت است و نهایتاً با مصلحت عمومی وفق می‌دهد و مصداق احسن است) با ندای رسیدن به «نیکویی‌ها»، مورد توجه دادرس در نظام اثباتی قرار بگیرد. بنابراین خلاقیت قضایی و عقل‌گرایی دادرس برای وصول به واقعیات، همیشه در پرتوی راه‌های تحقیقی‌گزینش شده در قوانین فراهم نمی‌شود. برای مثال، قضات با خلاقیت قضایی و کاربرد عقل، می‌توانند برای وصول به حقیقت و برای رسیدن به انواع قراین مثبت در پرتوی ادله‌ی ابرازشده در دعوای حقوقی، تلاش نمایند. وقتی که از راه‌های مختلف در مرحله اثبات، حقیقت و واقعیت برای دادرس آشکار شده است و الفاظ و عبارات قانون شکی یاری طریق وصول به حقیقت دادرس نیستند، چرا طریق خلاقانه دادرس را در وصول به حقیقت، مهر صحت نزنیم؟ چه نیکویی بهتر از رسیدن به واقعیات و حقیقت وجود دارد. به دیگر سخن، دادرس می‌تواند هر طریق تحقیقی را برای وصول به حقیقت و واقعیات با ندای نیکویی‌ها، گزینش نماید. به نظر می‌رسد، کارکرد «استحسان» اگرچه در مرحله ثبوت و حقوق ماهوی قابل‌گسترش نیست، ولی مانعی در مرحله‌ی اثبات برای گسترش آن وجود نداشته باشد. به دیگر سخن، دادرس می‌تواند در جهت پویایی عقل و رسیدن به نیکویی و حقیقت‌گرایی با خلاقیت خویش برای وصول به حقیقت و واقعیت در صحنه‌ی قضا، در پرتوی ادله ابرازی طرفین دعوای حقوقی، تلاش کند. پایه‌های محکم تفسیر نوین خویش را در قضاوت، ابتدا آزادی قضایی در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی و سپس وصول به نیکویی‌ها در حقوق اثبات، معرفی می‌کنیم. در مقابل، رعایت اصل تناظر، اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی، اصل توجیه رای، بی‌طرفی دادرس و منع تلقین دلیل را محدودیت دادرس، معرفی می‌شود.

می‌توان بر این اعتقاد بود که توسعه اعمال خلاقیت قضایی دادرس در دعوای حقوقی و جزایی برای رسیدن به واقعیات و حقیقت، مصلحتی سودمند^۱ تلقی می‌گردد و با این وجود، انشای آرا محسوس‌تر و عینی‌تر خواهد گردید. برای مثال: گزینش خلاقانه طرق تحقیقی توسط دادرس بنا بر اوضاع و احوال پرونده، امری ایده‌آل و مطلوب تلقی می‌گردد و چرا دادرس نتواند با فقد دلایل، برای اخذ اقرار صریح یا ضمنی به سوال و جواب دست زند؟ چرا دادرس نتواند قبل از اعمال قراین مثبت در ماده ۴۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی، دستور ابراز سند فرد را صادر نماید و متعاقباً به وی ابلاغ کند؟ چرا دادرس نتواند خلاقانه برای حفظ ادله دعوا دستور تامین دلایل را صادر کند و اینگونه خود را برای رسیدن واقع و حقیقت آماده نماید؟ چرا

۱. ویلیام جیمز خود اعتراف می‌کند که پراگماتیسم نامی است نو برای پاره‌ای از شیوه‌های کهن اندیشه. به نظر جیمز (بنیانگذار این مکتب) میزان تمیز حق از باطل، ثمره عملی است که از اجرای حکمی به دست می‌آید. (فروغی، محمد علی، سیر حکمت در اروپا، ج ۳، چاپ دوم، ۱۳۱۷، ص ۲۶۶) - به گفته مورتون وایت، فلسفه ویلیام جیمز را می‌توان چنین تفسیر کرد که: اگر عقیده‌ای ما را برای زیستن بهتر یاری کند لازم است به آن معتقد شویم و حقیقتش پنداریم. پس بجاست که گفته شود حقیقت آن است که سودمند باشد. به بیان دیگر جیمز تعریف متداول حقیقت را که مطابقت فکر با واقع است بدین گونه تغییر داده که این مطابقت باید در عمل باشد و موفقیت در رسیدن به خواسته‌هایمان را بهتر تأمین کند. (کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، چاپ اول، تهران شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۱۷۲) - نفوذ دیدگاه جیمز باعث شده است که در حقوق انگلیس و آمریکا ارزش قواعد حقوق و میزان اعتبار آن را وابسته به اوضاع و احوال ویژه هر دعوا بدانند و کمتر به نظریه‌های عمومی حقوق بپردازند یعنی در واقع هر پرونده و قضیه حقوقی را بر اساس اوضاع و احوال خاص آن و آنچه که مصلحت اقتضا می‌کند حل و فصل نمایند بر خلاف شیوه رایج حقوقی در فرانسه که بیشتر به طرح و ابداع نظریه‌های عمومی حقوق تمایل دارند. باید توجه داشت که مقصود ویلیام جیمز از مصلحت، توجه به همه آثار دور و نزدیک یک عمل در حال و آینده است و همین نکته از خطر مصلحت بینی خصوصی در دعوای قضایی حقوقی می‌کاهد و قضات را به عدالت نوعی و نه شخصی ترغیب می‌کند. (فولکیه، پل، ترجمه دکتر یحیی مهدوی، فلسفه عمومی یا مابعد الطبیعه، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۷، ص ۱۷۳)

دادرسی برای صحت تحقیق محلی، از افرادی فراتر از افراد معرفی شده در تحقیق محلی، به تحقیق و واکاوی دست نزنند؟ چرا برای جمع‌آوری چند قرینه در پرونده تلاش ننماید و به عنوان اماره قضایی از آن‌ها استفاده نکند؟ چرا دادرسی نتواند بنا بر اوضاع و احوال پرونده، خلاقانه کشف شهود کند و برای رسیدن به واقعیات و حقیقت تلاش کند؟ چرا خلاقانه برای صحت سخنان شهود، از روانشناسان بهره نجویید؟

در نهایت، به نظر می‌رسد، با تفسیر نوین از قوانین شکلی و اصطلاحات فقهی برای وصول به حقیقت قضایی، اعمال خلاقیت دادرسی برای وصول به واقعیات و حقیقت پرونده‌ها، جز نیکویی و مصلحت‌آ چیز دیگری را به ارمان نمی‌آورد. به نظر می‌رسد، محدودیت دادرسی در قضاوت فقط رعایت اصولی همچون: حفظ بی‌طرفی، منع تلقین دلیل، اصل حق دفاع و تناظر، مستدل و مستند بودن آرا و... می‌باشد.

مبحث دوم: ارشاد قضایی و مفهوم آن در دادرسی

ارشاد در لغت به معنای راه نمودن، راه راست نمودن، راه به حق نمودن، به حق و درستی رهنمون کردن، راهنمایی و هدایت می‌باشد.^۱ برای روشن شدن نقش دادرسی در ارشاد طرفین دعوا، بهتر دانسته می‌شود که ارشاد قضایی را نظیر احکام ارشادی که از سوی شارع به انگیزه هدایت صادر شده‌اند، تفسیر شود.^۲

می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرسی بدون این که شخصی را مستقیماً خطاب قرار دهد، جنبه ارشادی داشته است و در جهت مصلحت ذینفع صورت پذیرفته شده است. البته ارشاد دادرسی (همچون حکم ارشادی توسط شارع مقدس)، جنبه مولوی ندارد و فرد ملزم به تبعیت از آن نیست. در همین جا است که فاصله تلقین توسط دادرسی با ارشاد توسط وی جدا می‌گردد، چرا که دادرسی بدون القای کلمه‌ای و بدون این که قصد اصحاب دعوا را خدشه‌دار نماید، با کشف حقیقت در جهت اقناع وجدان خویش، اصحاب دعوا را ارشاد می‌کند. البته بعضی، ارشاد به ابراز دلیل توسط دادرسی را تحصیل دلیل نمی‌دانند و یادآوری تکلیف معرفی می‌کنند.^۳ البته، بزرگان فقهی، قایل به تفکیک بین تلقین دعوی و ارشاد هستند و به برشماری تفاوت‌های آن همت گمارده‌اند.^۴

از جمله در مثال‌های فقهی آمده است که اگر مدعی، دعوی خود را به درستی تحریر نکرده باشد، تلقین وی به تحریر درست دعوا، حرام نیست زیرا نوعی تحقیق در مورد دعوا تلقی می‌شود.^۵

و حتی آن از واجبات دانسته شده است و همچنین بعضی استفسار و تحقیق را بلاشکال می‌دانند هر چند که این امر به تلقین صحت دعوا، بیانجامد و حتی اگر یکی از طرفین جاهل باشد و تحریر دعوا را نداند

۱. مصلحت‌گرایان به قواعد حقوقی به دیده‌ی ابزار می‌نگرند؛ بدیل‌گرایی را مهمترین زمینه برای اعمال مصلحت‌ها و به ویژه مصلحت‌های اقتصادی در تصمیم‌گیری قضایی می‌دانند و از آن به عنوان یک مطلوب یاد می‌کنند. برای مثال در تفسیر ماده‌ی ۷۷۲ قانون مدنی قبض را به دو دسته مادی و معنوی تقسیم می‌کنند و با مصالح همگام می‌کنند. (انصاری، باقر، ابهام حقوقی و تاثیر آن بر تصمیم‌گیری قضایی، شماره ۴۳، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ص ۳۱۴)
۲. معین، محمد، فرهنگ معین، یک جلدی، چاپ اول، تهران، نشر ندا و دیدگاه، ص ۸۲.
۳. حکم ارشادی در برابر حکم مولوی به حکمی اطلاق می‌شود که نه به انگیزه برانگیختن مکلف بر فعل مأمور به یا ترک منهی عنه، بلکه به انگیزه صرف ارشاد و هدایت او به مصلحت موجود در مأمور به یا مفسده موجود در منهی عنه از سوی شارع مقدس صادر می‌گردد، مانند اوامر و نواهی پزشک نسبت به بیمار. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، چاپ اول، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه. ق، ص ۳۵۸)
۴. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۲.
۵. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، محقق/ مصحح: محمد باقر خالصی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، چاپ اول، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم ۱۴۱۹ ه. ق، ص ۳۳.
۶. شهید اول، محمد بن مکی، عاملی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۲، چاپ دوم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه. ق، ص ۸۴ - حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، محقق/ مصحح: مجتبی عراقی، المهذب البارغ فی شرح المختصر النافع، ج ۴، چاپ اول، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه. ق، ص ۴۸۴.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۱۴، محقق/ مصحح: آقا مجتبی عراقی - علی‌پناه اشتهرادی - آقا حسین یزدی اصفهانی، چاپ اول، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳، ص ۱۵۵ و ۱۵۶.

و دادرس آگاه باشد، تلقین نمی‌باشد.^۲ البته، تعاون به نیکی هم عملکرد قاضی تفسیر می‌شود.^۳ اگر چه قاضی نباید تلقین حجت به احدالخصمین کند و این خلاف عدالت است ولی بیان حکم شرع اشکالی ندارد و قاضی می‌تواند هر کدام را که از حکم الهی غافل است، آگاه کند.^۴

در نهایت، به نظر می‌رسد، مرز تلقین و ارشاد به عملکرد دادرس مرتبط می‌باشد. تلقین دادرس باعث سلب اختیار در انتخاب طرق دفاعی از سوی اصحاب دعوا می‌گردد و دادرسی، یکطرفه، هدایت می‌شود و در نهایت دادرس را از بی طرفی خارج می‌کند. ولی، ارشاد بدون سلب اختیار و قصد از سوی دادرس، باعث می‌شود که طرق دفاعی به طرفین گوشزد شود، ولی آزادی ایشان سلب نمی‌گردد.

گفتار اول: فواید ارشاد قضایی در دادرسی

از آن جایی که تلقین دلیل با فن القای حقوق طرفین دعوا توسط دادرس وابستگی تامی دارد و تحصیل دلیل به عملکرد قاضی در جهت کشف حقیقت، وابسته می‌باشد و کوشش دادرس در جهت ارشاد طرق دفاعی طرفین دعوی حقوقی در جهت کشف حقیقت و اقناع خویش با عملکرد وی وابستگی تامی دارد، بنابراین، می‌توان بر این اعتقاد بود که تنظیم صورت جلسات دقیق توسط دستیاران و منشیان در حین محاکمات، از طرفی باعث می‌شود که دادرس تمرکز دقیق بر فضای دادرسی داشته باشد و هم صورت-جلسات، ادله‌ای در مرجع عالی قلمداد می‌گردد که الفاظ قاضی تلقین تلقی می‌شود یا ارشاد در جهت کشف حقیقت قضایی و عینی؟ آیا دادرس با گرایش به سمت تحصیل دلیل در کنار ادله ابراز شده طرفین دعوی حقوقی و فراتر از موارد پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی مدنی اصول راهبردی رعایت شده است یا یکطرفه به انشای رای مبادرت شده است؟ خلاقیت قاضی^۱ در لایه ادله طرفین دعوی حقوقی در جهت کشف حقیقت، اصول و قواعد مهمتری را همچون اصول و قواعد راهبردی را زیرپا نگذاشته است؟ در موارد یادشده، شهود در دادرسی و صورت جلسات دقیق در مرجع عالی کمک و افری خواهد نمود.

باری در قوانین شکلی در مورد جواز ارشاد توسط دادرس، مقره‌ای به صراحت پیش‌بینی نشده است ولی قانونگذار در ماده ۱۸۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی در مورد سازش بیان می‌کند «در صورتی که دادگاه احراز نماید طرفین حاضر به سازش نیستند آنان را برای طرح دعوا ارشاد خواهد کرد». بعضی، قلمروی ماده در مورد سازش را به ارشاد برای طرح دعوا توسط دادرس محدود کرده‌اند.^۱ به نظر می‌رسد قانونگذار در هر دو مورد (منع تلقین دلیل و جواز ارشاد دادرس) به سبب بدیهی بودن آن، از تصریح امتناع نموده است.

حال که قابل به ارشاد دادرس می‌شویم، پرسش می‌شود که آیا عملکرد دادرس استثنایی دارد؟ طبق قاعده فقهی «ما من عام الا فقد خص» متوجه می‌شویم که قواعد راهبردی، همچون حاکمیت اصحاب دعوی

۲. خدابخشی، عبدالله، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۳۸۵.

۳. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، محقق/مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، چاپ هفتم، انتشارات دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه. ق. ص ۱۴۴.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، چاپ اول، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ ه. ق.، ص ۷۲.

۱. به نظر می‌رسد یکی از عرصه‌های بروز خلاقیت بحث تفسیر است. قضات در مواجهه با موضوعات مختلف و متغیر، از مواد واحد برداشته‌های متکثری دارند. البته در تمام این موارد رای قاضی مستند و مستدل تلقی شده و در چهارچوب قانون است، اما ارائه راهکارها و رای صادره متفاوت است. با دقت در موضوع مشخص می‌شود، این امر بیش از هر چیزی ارتباط با خلاقیت قاضی دارد که برداشت‌هایی منطبق با موضوع ارائه می‌دهد. به نظر برخی، امروزه قضات در مرحله اثبات می‌توانند، با دادرسی فعالانه و به کارگیری تعاون میان اصحاب دعوا و دادرس (پوراستاد، مجید، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴) از راهکردهای نوین، برای کشف حقیقت، بهره جویند، قضاوت هنر تبحر در کشف وقایع و حقیقت است.

۱. مهاجری، علی، مسبوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۵.

مدنی^۲، تناظر^۳ و مستند و مستدل بودن آراء و بی‌طرفی قانونی و ظاهری دادرس (منع تلقین دلیل که یک مصداق بی‌طرفی دادرس می‌باشد)، دامنه ارشاد را توسط دادرس محدود می‌کند. به دیگر سخن، ارشاد قضایی تعارضی با قواعد یادشده ندارد^۴ و دادرس را از ارشاد به حقوق دفاعی متداعیین جهت رسیدن به واقع منع نمی‌کند.

مرز حضور فعال دادرس از یک طرف با منع تلقین دلیل دادرس و از طرف دیگر گرایش به ارشاد دادرس، بیشتر محسوس می‌شود. همچنین، امنیت اجتماعی و فضای اعتماد افراد به دادگستری، با انشای رای‌ی مستدل، مستند، محسوس و عینی از سوی دادرسان جزایی و حقوقی، فراهم شده است. برای مثال، محکوم‌علیه با نظاره کردن عملکرد دادرس، در اجرای احکام، بهتر تمکین می‌شود و حتی با بیان عملکرد دادرس در اجتماع از سوی طرفین دعوا، نظرگاه افراد جامعه به نهاد دادگستری بهتر می‌شود و کمتر به دادگستری خصوصی پناه آورده می‌شود. سرمایه‌گذاری اقتصادی به خاطر اعتماد به دادگستری در جامعه فزونی می‌یابد و نظم اجتماعی در پرتوی اعتماد مردم بیشتر می‌شود. به دیگر سخن، امنیت اجتماعی و قضایی در فضای خارج از دادگستری فراهم می‌شود. همچنین مزایای دیگر ارشاد از ناحیه دادرس و در نهایت فعال بودن ایشان در دادرسی، پویایی رویه قضایی و امنیت اقتصادی می‌باشد. افراد مجبور نیستند با پرداخت میلیون‌ها ریال هزینه دادرسی به طرق فوق‌العاده و عادی رجوع نمایند و یا سیستم قضایی را به پراکندگی و افزایش پرونده‌ها دچار نمایند و از کیفیت دادرسی بکاهند. به دیگر سخن، مدیریت بهتر قضایی و قضا‌دایی در پناه فعالیت دادرس محقق می‌شود.

همچنین گفته شده است که ارشاد قضایی باعث ارزیابی قضاات خوب می‌شود و در مدیریت کلان قوه قضاییه بسیار کارساز است و با ارشاد قضاات در ابتدا یا حین دادرسی تحصیل دلیلی در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیاز نمی‌شود.

در قوانین دادرسی کشور آلمان نیز آخرین تغییرات، حاکی از پذیرش ارشاد قضایی توسط دادرس در راستای کمک به حفظ تمرکز در موضوعات مورد دادرسی و هدایت صحیح طرفین می‌باشد (Vol. Kunze, ۲۰۰۲, March, No. ۱, ۲۷). دادگاه‌های تجدیدنظر کشور هلند، اجرای ارشاد را همراه با سوالاتی در دادرسی پذیرفته‌اند.^۱ همچنین در کشور جرسی، دادگاه راهنمایی‌های مفیدی را در جایی که یکی از اصحاب دعوا یا دیگران به دنبال این هستند که نسبت به گزارش از رسیدگی به محاکمه و قضاوت ممانعت به عمل آید، ارائه شده است.^۲ زمانی که قضاات در مورد اعمال روش‌های ثابتی فکر می‌کنند و زمانی که وکلا در دفاع

۲. بعضی این اصل راهبردی را، تسلیط (شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره‌ی پیشرفته، ج ۲، انتشارات دراک، ۱۳۸۷، ص ۱۲۲) و بعضی تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا (پورطهماسی و محسنی، ۱۳۸۴، شماره پیاپی ۱۹۰) و بعضی حاکمیت اصحاب دعوی مدنی نامیده‌اند. (پوراستاد، مجید، مقاله پیدایش و چالش منع تحصیل دلیل، ش ۴، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۹۹)

۳. شمس، عبدالله، اصل تناظر، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره ۳۵-۳۶، ص ۵۹ و ۶۱.

۴. اصل ۱۶۷ قانون اساسی - محسنی، حسن و مجید غمami، اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، ۱۳۸۵، ص ۲۷۹.

۵. برای مثال می‌توان بر این اعتقاد بود که اجرای ارشاد قضایی، سه قاعده سرچشمه گرفته شده از اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی را، در دادرسی حقوقی، همچنان اجرایی و محترم می‌انگارد. ۱. قاعده ابتکار عمل اصحاب دعوا در شروع و پایان دعوا ۲. قاعده اختصاص امور موضوعی به اصحاب دعوا و امور حکمی به دادگاه ۳. قاعده منع تعدی و تفریط از خواسته و تغییر آن (پوراستاد، مجید، مقاله اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی، دوره ۳۸، شماره ۳، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، صفحات ۹۷-۱۲۵)

۱. Applying Holland- the Court of Appeal applies the Supreme Court's guidance on de facto directors: by Lawrence Graham on ۱۷, ۰۶, ۲۰۱۱, <http://www.ion.icaew.com/insolvencyblog/۲۲۳۵۸> - ۶۴

۲. Jersey: Bloggers And Data Protection - New Law And Judicial Guidance In Jersey , Last Updated: ۱۲ September ۲۰۱۳ , Article by Fraser Robertson and Davida Blackmore - ۶۵ <http://www.mondaq.com/x/۲۶۲۴۰/./offshore+financial+centres/Bloggers+and+Data+Protection+N ew+Law+and+Judicial+Guidance+in+Jersey> - ۶۶

خود این روش‌ها را به حساب می‌آورند و می‌خواهند موثرتر باشند، این واقعیات هر امکان خلاقیت را در استراتژی دفاعی، خاموش نمی‌کنند.^۱

گفتار دوم: تمیز ارشاد قاضی از تلقین دلیل و تحصیل دلیل

عملکرد قاضی در نحوه مدیریت قضایی و کشف حقیقت می‌تواند متفاوت باشد. به دیگر سخن، نحوه عملکرد وی در کشف حقیقت ممکن است منجر به ارشاد اصحاب دعوای مدنی، تحصیل دلیل در هر کشف حقیقت و یا تلقین دلیل بیانجامد.

حال همان طور که کلمات یاد شده در مباحث پیشین به طور مفصل توضیح داده شده است در بند یادشده به طور اجمالی به تفکیک این سه نوع عملکرد قاضی پرداخته می‌شود. تحصیل دلیل قضات در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی به نظر می‌رسد اقدامی پسندیده باشد. به دیگر سخن، قاضی در جهت کشف حقیقت می‌تواند راسا یا به درخواست طرفین برای کشف حقیقت تلاش کند. برای مثال دستور کارشناسی یا تحقیق محلی و... دهد. سوالی که در بند یاد شده به ذهن متبادر می‌شود این است که قضات آیا می‌توانند خارج از مواردی که صریحا قانون آیین دادرسی مدنی به آن‌ها جواز کشف حقیقت داده است در جهت کشف حقیقت بکوشند؟

به نظر می‌رسد، اگر کلیت قانون آیین دادرسی مدنی آمره باشد، تفسیر مضیق جایز است و این امر بلا وجه تلقی می‌شود ولیکن اگر فلسفه تصویب ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی کشف حقیقت باشد، بنابراین آزادی قضایی تا جایی که منجر به خروج از بی طرفی نشود به نظر می‌رسد، پسندیده باشد. برای مثال: احضار مطلعین (منظور غیر از شاهد و بینه شرعی است) توسط قضات، علیرغم عدم استناد اصحاب دعوا در جهت کشف حقیقت.

اما در مورد دو اصطلاح مشابه در دادرسی لازم می‌شود که توضیحاتی داده شود. اول: ارشاد قضایی و دوم: تلقین دلیل. ارشاد در پژوهش یادشده اقدامی است که قاضی در جهت کشف واقعت و انطباق بیشتر آن با حقیقت تلاش می‌کند. ارشاد توسط قضات نه تنها به تحصیل دلیل نمی‌انجامد بلکه به تلقین دلیل توسط قاضی هم منجر نمی‌شود. همچنین شایان توجه است که با ارشاد قضایی نوبت به تحصیل دلیل توسط قاضی برای کشف حقیقت به مراتب نمی‌رسد.

به دیگر سخن، قاضی حقوق طرفین را به آن‌ها راهنمایی می‌کند و راهنمایی قاضی جنبه مخیره دارد و طرفین ملزم به اطاعت امر نمی‌باشند. برای مثال: قاضی می‌تواند بدون مخاطب قراردادن شخص معینی، به طرح دعوای طاری طرفین را رهنمون سازد در عین این که طرف مقابل اختیار دارد که این امر را انجام ندهد ولیکن قاضی برای کشف حقیقت قضایی و انطباق آن با حقیقت عینی تلاش وافر می‌کند.

در مقابل، تلقین دلیل توسط قضات به دلیل این که باعث خروج قضات از بی طرفی می‌شود منع می‌شود و با دو اصطلاح پیشین بسیار متفاوت است. در تلقین دلیل توسط قضات که با القای دلیلی به اصحاب دعوای مدنی همراه است سعی می‌شود که اختیار اصحاب دعوای مدنی در گزینش حقوق ایشان زایل شود و دادرسی به انحراف متمایل شود. به نظر می‌رسد، گفتار تلقینی و القایی قضات در تلقین دلیلی به نفع طرفی علیه طرف دیگر دعوا، باعث می‌شود که حقوق یک طرف زیر پا گذارده شود. برای مثال: گفتار تلقینی قاضی باعث اقرار طرف به بر عهده دینی می‌شود یا انصراف خواهان به استرداد دعوا یا دادخواست که باعث سلب اختیار طرف دعوا می‌شود. در بادی امر ممکن است پرسش شود که گفتار قضات چگونه در حین دادرسی قابل کنترل است؟ به نظر می‌رسد، علاوه بر تنظیم صورت جلسات دقیق در دادرسی توسط افرادی غیر از قضات، ضبط صدا و یا دوربین‌های مجهز در دادرسی و محاکمات این امر را به روشنی نشان خواهد داد.

۱. How Judges Think: Strengthening Defence Approaches to Joint Criminal Enterprise and Closing Arguments ، Alexander Zahar Griffith Law School, Australia , Paper presented at the annual conference of the Defence Bar of the Court of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, ۱۲ December ۲۰۰۹ , page ۲

اگر طریق آزادی قضایی در پرتوی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، به بهانه احتمال خطای قضایی ممنوع شود، به نظر می‌رسد، مبنای موجهی نداشته باشد. می‌توان بر این اعتقاد بود که با دانستن مبنا و فلسفه تحصیل دلیل و فلسفه منع تلقین دلیل (= سلب قصد و اراده‌ی طرفین دعوا و نتیجتاً خروج از بی طرفی)، راه جواز و توسعه ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. با اقداماتی همچون ارشاد توسط قاضی فراهم می‌شود. در نهایت، به نظر می‌رسد که ترس از عدم اجرای رعایت اصول راهبردی توسط دادرس، نباید ما را به این سمت رهنمون سازد که فلسفه اصطلاحات حقوقی در آمیخته شود.

به نظر می‌رسد که نشر انشای رای دادرس در فضای اجتماع، با عکس العمل دوگروه مواجه است. ۱. اصحاب دعوی حقوقی ۲. ثالث. اگر دادرس از آزادی خود پسندیده استفاده کند، نظر اصحاب دعوا نسبت به انشای رای دادرس، با اقناع بیشتری مواجه می‌شود. حتی محکوم علیه با عملکرد پسندیده دادرس در پرتوی ارشاد دادرس و کشف حقیقت بیشتر دادرس، در پرتوی ادله استنادی طرفین و حاکمیت اصحاب دعوی مدنی اگر چه ممکن است تمکین از اجرای رای نکند، ولی از درون متوجه می‌شود که حامی هر دستگاه قضایی، عملکردی فعال، زیرکانه و خلاق می‌باشد. در مقابل، خواهان یا خواندگان دعوا به قدرت قضایی هر چه بیشتر دستگاه قضایی پی می‌برند و از اطاله دادرسی برای تضييع حقوق طرف و تاخیر اجرای حکم، بهره نمی‌گیرند. از طرفی، جامعه نسبت به انشای رای مستدل که بر دو ستون کشف حقیقت و ارشاد دادرس بنیانگذاری شده است، رویکرد بهتری نشان می‌دهند. اصحاب دعوا در جامعه‌ای زندگی می‌کنند که با هم تعامل دارند. اگر منظر آن‌ها نسبت به انشای رای دادرس و فعالیت دادرس حین دادرسی، زیرکانه‌تر، فعال‌تر و محسوس‌تر با نیازهای اجتماعی و پیشرفت جوامع نشان داده شود و با هر تاخیر و هر سودجویی خواننده دعوا یا بالعکس خواهان دعوا گزینش روش‌های تحقیقی را بنا بر اوضاع و احوال برای کشف حقیقت خود به دست بگیرد یا به نوعی ابتکار به خرج دهد و در پناه رعایت اصول راهبردی، اصول اسناد و ادله اصحاب دعوا، به تحقیق بیشتری دست زند، مطمئناً انشای رای در آینده توسط دادگاه‌های عالی کمتر دستخوش تغییر، اصلاح و نقض می‌شود و در نهایت، کمتر از طرق فوق‌العاده و عادی توسط اصحاب دعوا و ثالث استفاده می‌شود و انشای رای، عینی‌تر و محسوس‌تر می‌شود و راه اطاله دادرسی به مراتب، مسدود می‌شود.

با توجه به حکم ارشادی و این که ماهیت این حکم به انگیزه ارشاد و هدایت فرد به مصلحت موجود در موضوع امر شده به آن یا تباهی موجود در موضوع نهی شده از سوی شارع مقدس می‌باشد، بایستی گفته شود که به نظر می‌رسد، ارشاد از ناحیه دادرس برای طرفین دعوا نیز به منزله حکم ارشادی قلمداد می‌شود. چرا که دادرس با ورود در ماهیت دعوا و تلاش برای کشف حقیقت، بدون این که موضوع یا حقی را به فرد القا کند و باعث تزلزل در تصمیم‌گیری فرد شود، ممکن است حقوق یا تکالیفی را به طرفین دعوا گوشزد کند. چه بسا، دادرس با رهبری خویش در دعوا بدون این که از بی‌طرفی خارج شده باشد، اقناع خویش را محترم می‌شمرد و در جهت آن تلاش می‌کند. برای مثال: با وجود عدم حضور خواننده در جلسه دادرسی، با مطالعه دقیق قرارداد و شروط ضمیمه شده به آن، به شرط داوری استناد کند و با عدم استماع دعوا، خواهان دعوا را در متن رای به طرح دعوا خود به داوری رهنمون و ارشاد کند. چرا باید دادرس، به انتظار خواننده در احکام غیابی، بنشیند و راه اطاله دادرسی را هموار کند؟ دادرس می‌تواند در نهایت بی‌طرفی با کنکاش قضایی برای انشای رای مستدل و نهایتاً محسوس و عینی، تلاش کند. آیا این عملکرد پسندیده و مطلوب قلمداد نمی‌شود؟

می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرس جنبه ارشادی داشته است و در جهت مصلحت ذینفع صورت گرفته می‌شود. البته ارشاد دادرس (همچون حکم ارشادی توسط شارع مقدس)، جنبه مولوی ندارد و فرد ملزم به تبعیت از آن نیست. در همین جا، تلقین توسط دادرس با ارشاد توسط وی جدا می‌شود، چرا که دادرس بدون القای کلمه‌ای و بدون این که قصد اصحاب دعوا را خدشه‌دار کند، با کشف حقیقت در جهت

اقتناع وجدان خویش، اصحاب دعوا را ارشاد می‌کند. البته دیده شده است که بعضی، ارشاد به ابراز دلیل، توسط دادرسی را تحصیل دلیل نمی‌دانند و «یادآوری تکلیف» قلمداد می‌کنند.^۱

در نهایت، به نظر می‌رسد، مرز تلقین و ارشاد به عملکرد دادرسی مرتبط می‌باشد. تلقین دادرسی باعث سلب اختیار در انتخاب طرق دفاعی از سوی اصحاب دعوا می‌شود و دادرسی یکطرفه، هدایت می‌شود. ولی، ارشاد بدون سلب اختیار و قصد از سوی دادرسی، باعث می‌شود که طرق دفاعی به طرفین گوشزد شود، ولی، آزادی ایشان سلب نمی‌شود. برای مثال: دادرسی در صورت شک به جعلی بودن اسناد، می‌تواند طرفین را در صورت ادعای حقی، به اظهار انکار، تردید یا ادعای جعل راهنمایی کند و با دقت نظری بیشتر به انشا رای مبادرت کند.

مبحث سوم: تحصیل دلیل و تلقین دلیل و تفکیک از خلاقیت و ارشاد قضایی

با تمرکز در واژه‌های از پیش توضیح داده شده، متوجه می‌شود که عملکرد قضات در نحوه مدیریت دادرسی در محاکمات ممکن است به طرق مختلفی باشد. به دیگر سخن، نحوه اداره دادرسی مدیر دعوا جدای از اصحاب دعوای مدنی در کشف حقیقت و جلوگیری از اطاله دادرسی و صدور آرای متعارض بسیار موثر است. بنابراین، مانورهای قضات بر حسب اوضاع و احوال دعوای در محاکمات می‌تواند متفاوت باشد. در پژوهش یادشده توضیح اجمالی از دو نحوه عملکرد قاضی که می‌تواند در چگونگی اداره دادرسی و محاکمات موثر باشد، سخن به میان آورده شده است. به نظر می‌رسد، خلاقیت قضات با تمرکز بر واقعیات برای کشف حقیقت قضایی و ارشاد از سوی ایشان قبل از شروع رسیدگی و حین رسیدگی بدون خطاب قراردادن اصحاب دعوای مدنی در نحوه اداره دادرسی و جلوگیری از اطاله دادرسی و صدور آرای متعارض بسیار کارساز است. البته، دو عملکرد یادشده در مدیریت اقتصادی و ارزیابی قضات در قوه قضاییه می‌تواند پسندیده و مورد استفاده قرار گیرد. در لابه لای توضیحات یادشده زمزمه دو واژه مشابه حقوقی ذهن را درگیر خود می‌کند. در پژوهش یادشده ضمن تفکیک دو واژه تحصیل دلیل توسط قضات و تلقین دلیل، به شمارش تفاوت‌های آن‌ها با دو واژه اخیر ارشاد قضایی و خلاقیت قضایی همت گمارده می‌شود.

گفتار اول: تفکیک تحصیل دلیل از تلقین دلیل

هدف از تلقین دلیل، سلب قصد و اختیار در قوه تصمیم‌گیری در انتخاب حقوق دفاعی اصحاب دعوای مدنی می‌باشد. به دیگر سخن، با تلقین دلیل از سوی دادرسی، اصحاب دعوای مدنی به روش دفاعی رجوع می‌کنند که در انتخاب آن قوه تصمیم‌گیری ایشان دخالتی نداشته است.

تلقین دلیل منشعب از دو کلمه تلقین و دلیل می‌باشد. تلقین در لغت به معنای فهماندن، یاد دادن کلامی به کسی، کسی را وادار به گفتن کلامی کردن، در دهان نهاندن، فرا زبان دادن و زبانی مطلبی را به کسی تعلیم دادن می‌باشد. دلیل نیز در لغت به معنی راه، طریق و آنچه برای ثابت کردن امری آورده می‌شود، راهنما، رهبر، راهنمون، حجت، برهان و مرشد می‌باشد و دلیل در اصطلاح عرفی چیزی که امری را ثابت نماید. در اینکه مفهوم و ماهیت تلقین دلیل چیست که دادرسی از این عملکرد (تلقین دلیل) ممنوع است؛ قانون جدید^۷ و قدیم^۸ آیین دادرسی مدنی سکوت اختیار نموده است.

۱. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۲.

۱. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات رشد، ۱۳۸۹، ص ۳۶۲.

۲. پوراستاد، مجید، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۶۵.

۳. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات رشد، ۱۳۸۹، ص ۳۶۲.

۴. معین، محمد فرهنگ معین، یک جلدی، چاپ اول، تهران، نشر ندا و دیدگاه، ۴۸۰.

۵. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ ششم، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۰.

۶. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۶۰.

۷. مصوب ۱۳۷۹

۸. مصوب ۱۳۱۸

فقه، صراحتاً به «منع تلقین دلیل» مبادرت کرده است و تلقین دلیل را خلاف عدالت می‌پندارد، ولی به جای موسع نمودن ماهیت و مفهوم تلقین دلیل، به برشماری مصادیق آن توسط قاضی همت می‌گمارد. برای مثال اشاره می‌کند: «همان طور که قاضی نباید تلقین حجت به احد الخصمین کند و این خلاف عدالت است و لا یجوز اوّلاً: در باب تلقین خصمین دلیل خاصی (آیه و روایت) جز مسئله عدالت نداریم و گفته شده است که قاضی باید به هر دو به چشم مساوی نگاه کند».^۹ دکتین حقوقی همچون قانون آیین دادرسی مدنی و فقه، در مورد مفهوم و ماهیت منع تلقین دلیل توسط دادرسی، به ریشه‌یابی این ممنوعیت اقدام نکرده‌اند و صرفاً با بی تفاوتی بین تلقین دلیل با مفاهیم مشابه (همچون تحصیل دلیل)، به منع هر دو مبادرت می‌کنند. حتی بعضی با استفاده از قیاس اولویت نظر داده‌اند که چون تلقین دلیل از سوی دادرسی ممنوع است پس به طریق اولی تحصیل دلیل مجاز نمی‌باشد و تفاوتی بین دعوی حقوقی و جزایی وجود ندارد. (سنگلجی، مرحوم شیخ محمد، آیین دادرسی مدنی در اسلام، چاپ اول، قزوین، نشر طه، ۱۳۶۹، ص ۶۴)

حتی بعضی در مقالات خویش، مبنای تلقین دلیل و تحصیل دلیل را یکی پنداشته‌اند. نتیجه این دیدگاه این خواهد شد که ملاک ممنوعیت یکسان نگریده می‌شود. ایشان گفته‌اند: از تحصیل دلیل در فقه، بیشتر با تعبیر «اصل منع تلقین دلیل» و در حقوق با تعبیر «اصل منع تحصیل دلیل» یاد می‌شود.

بعضی واقعیت ماده ۱۹۹ ق. ج. آ. د. م. را این می‌دانند که مقتضای اقناع وجدانی دادرسی که ملاک صدور رای توسط وی می‌باشد، وجود امکان به عمل آوردن کلیه تحقیقات توسط وی است و با توجه به سنگینی مسئولیت اخروی قاضی در قبال تصمیم‌گیری‌های خود در دعوی، باید به وی امکان داد که هر اقدامی را که برای رسیدن به اقناع وجدانی لازم می‌داند انجام دهد. در مذاکرات انجام شده در هنگام بررسی این ماده نیز موافقان آن چنین استدلال کرده‌اند که قاعده منع تحصیل دلیل و جاهت شرعی نداشته و باعث می‌شود که قاضی دین و دنیای خویش را فدای پایبندی به قاعده‌ای کند که حجیت شرعی ندارد و از نظام‌های حقوقی بیگانه اقتباس شده است.^{۱۰} قاعده «منع تحصیل دلیل» در ماده ۳۵۸ ق. ج. آ. د. م. مصوب ۱۳۱۸ اینگونه تعریف شده است: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی مدنی تحصیل دلیل نماید، بلکه فقط به دلایلی که اصحاب دعوا تقدیم یا اظهار کرده‌اند رسیدگی می‌کند». در تفسیر این ماده اظهار نظر شده است که قاعده «منع تحصیل دلیل» نباید طوری تفسیر شود که مانع تحقیقات، رسیدگی دادگاه و به عبارت دیگر مانع کشف حقیقت شود.^{۱۱} به نظر می‌رسد که دکتین، حتی با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، بین کشف حقیقت و قلمروی ماده ۳۵۸ ق. ج. آ. د. م. تفاوت قایل بوده‌اند. ممنوعیت دادگاه از تحصیل دلیل به معنای انفعال دادگاه می‌باشد. انفعال دادگاه بدان معنی است که هرگونه اقدام و ابتکاری از دادگاه سلب می‌شود، مگر آن که اقدام دادگاه جهت مستند رسیدگی قرار دادن یک دلیل، حسب اراده و درخواست اصحاب دعوا و یا به تجویز قانون باشد. اطلاق «تحصیل دلیل» شمول بر کلیه دلایل دارد: اعم از اینکه دلیل عادی باشد یا تحقیقی. ماده ۵۷ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۱۶^{۱۲} مقرر می‌داشت که: «محکمه صلح خودش در صدد تحصیل دلیل بر نمی‌آید...»^{۱۳}.

۹. مکارم شیرازی، ناصر، محقق/مصحح: ابو القاسم علیان‌نژادی، استفتاءات جدید (مکارم)، ج ۳، چاپ دوم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷، ص ۷۲.

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره‌ی پیشرفته، ج ۳، انتشارات دراک، ص ۱۲۱ (کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ ششم، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۰).

۲. فرح زادی، علی اکبر، معرفی اجمالی اصول بنیادین در دادرسی اسلامی، شماره ۱۹ و ۲۰، مجله دیدگاه‌های حقوقی، فصلنامه دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، ۱۳۷۹، ص ۶۵.

۳. رزاقی، کیانوش، استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران، نشریه حقوقی کانون، ۱۳۸۹، ۱۱۲.

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازگانه، ج ۲، چاپ سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص ۳۴۸.

۲. اولین قانون آئین دادرسی مدنی در ایران در سال ۱۳۱۶ با نام «اصول محاکمات حقوقی» به تصویب مجلس شورای ملی رسید.

۳. پوراستاد، مجید، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۶۰ و ۶۱.

در نهایت به نظر می‌رسد که تحصیل دلیل با ندای کشف حقیقت از لابه‌لای واقعیات قضایی، بسیار مطلوب و عملکرد قاضی را فعالانه و پویا نشان می‌دهد و رای منشعب شده از این عملکرد متعاقبا با کیفیت بهتر و کمتر دستخوش تغییر خواهد شد ولیکن تلقین دلیل توسط قضات عملکردی است که وی را از بی طرفی خارج می‌کند و باعث تخلف قضایی ایشان می‌شود و بسیار ناپسند تلقی می‌شود چرا که با سلب اختیار و اراده از اصحاب دعوای مدنی نه تنها در جهت کشف حقیقت تلاشی نشده است بلکه دادرسی یکطرفه هدایت می‌شود و آرای قضایی را در آینده دستخوش تغییرات می‌کند و امنیت قضایی را دچار دگرگونی و ریسک خواهد کرد.

گفتار دوم: تفکیک تحصیل دلیل از اعمال خلایق قضایی و ارشاد قضایی

وفق مقررات ماده ۸ ق.ا.پ.ق.د. مصوب ۲۵ / ۰۳ / ۱۳۵۶ به دادگاه‌های حقوقی اجازه داده شده است که هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام دهد. دایره عملکرد دادرسی در اقدام معاینه محل^۱ در ماده ۲۳۶ ق.ق.ا.د.م. اینگونه آمده است که: «دادگاه می‌تواند به نظر خود یا به درخواست هر یک از اصحاب دعوا قرار معاینه محل را بدهد...». ضرورت همین موضوع و نقش مشاهده مکان در دستیابی دادگاه به کشف حقیقت به ویژه در دعاوی اموال غیرمنقول آنچنان است که قانونگذار برخلاف رویه معمول که رسیدگی به دلایل را منوط به درخواست و اراده اصحاب دعوا کرده است، قرار معاینه محل نه تنها حسب درخواست یکی از طرفین بلکه به تشخیص خود دادگاه «راسا» نیز صادر می‌شود. در تحقیق از شهود باید توجه کنیم که «احضار شهود» و همچنین استماع شهادت شهود، متفاوت از «تحقیق از شهود» می‌باشد. استماع شهادت اقدامی الزامی است که منوط به درخواست و اراده طرفین یا یکی از آنها می‌باشد و دادگاه حق ندارد راسا بدون درخواست اصحاب دعوا مبادرت به احضار شهود کند (ماده ۴۰۷ ق.ق.ا.د.م.)^۲ بدیهی است در صورتی که دادگاه بدون درخواست یکی از طرفین مبادرت به احضار شهود جهت استماع گواهی آنان کند، همان طور که پیش از این اشاره شد، مفهومش آن است که اراده اصحاب دعوا را نادیده گرفته و اقدام به تحصیل دلیل شهادت نموده است و در نتیجه دادرسی به اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی بی اعتنا بوده است نه آن که از بی طرفی خارج شده باشد. بر عکس پس از ادای گواهی و استماع شهادت شهود، تحقیق از شهود برای دادگاه اختیاری است (ماده ۴۱۷ ق.ق.ا.د.م.) و در صورت لزوم مبادرت به آن می‌کند... دادرسی نیز می‌تواند هر سوالی را که برای کشف حقیقت و مبانی گواهی لازم بداند از گواه نماید» (ماده ۴۲۱ ق.ق.ا.د.م.)^۱ مسجّلین سند، از گواهان محدودتر است و فقط به گواهانی اطلاق می‌گردد که ذیل سند را تسجیل نموده‌اند (همان، ص ۸۰). طبق بند ۲ ماده ۳۹۳ ق.ق.ا.د.م. «تحقیق از گواه و مطلعین که از اطلاعات آنها بتوان صحت یا عدم صحت سند را تشخیص داد» مجاز دانسته شده است و بعضی تحقیق از مسجّلین سند را فقط رسیدگی به دلیل می‌دانند نه تحصیل دلیل.^۲

در مورد ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی، گاهی اتفاق می‌افتد دعوای جاری با پرونده دیگری که مطروحه یا حتی مختومه است، دارای پیوند موثری باشد. در واقع اطلاعات و محتویات پرونده‌های مطروحه

۱. معاینه محل مانند کارشناسی از ادله ای است که منحصر در قانون آیین دادرسی مدنی عنوان دارد و کتاب سوم قانون مدنی وارد آن نشده است ... معاینه محل طریقه‌ای است که، موجبات علم قاضی را به وسیله‌ی تحصیل معرفت شخصی در امور مختلف فیه فراهم می‌آورد. معاینه محل، عبارت است از حاضر شدن دادرسی یا مامور دادگاه در محل وقوع اعیان و اراضی مورد اختلاف و لذا این طریقه اثبات دعوا در دعاوی مربوط به حقوق غیرمنقول از قبیل دعاوی حقوق ارتفاقی و امثال آن فرض دارد. (متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص ۴۵۵) - بازدید مراجع قضایی یا اداری از محل وقوع جرم یا مورد دعوا و اختلاف یا موضوع حق (معاینه محل در اجرای مقررات ثبتی هم پیش می‌آید و اختصاص به دعوی مدنی و کیفری ندارد). (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۶۷۰)

۲. عبادی، شیرین، اصل بی طرفی قاضی در رسیدگی به امور حقوقی ...، مجله حقوقی وزارت دادگستری، ۱۳۵۳، ص ۹۰.

۱. پوراستاد، مجید، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۷۸ و ۷۹.

۲. عبادی، شیرین، اصل بی طرفی قاضی در رسیدگی به امور حقوقی ...، مجله حقوقی وزارت دادگستری، ۱۳۵۳، ص ۹۱.

یا حتی مختومه در کشف حقیقت پرونده جاری موثر است. با این وجود، این طریق تحقیقی جهت کشف حقیقت فقط منحصر به پرونده مدنی یا کیفری نمی‌باشد، بلکه پرونده غیرقضایی نیز می‌تواند مورد مطالبه و مطالعه قرار گیرد. این طریق تحقیقی فقط به یک قسمت از پرونده که مورد استناد یکی از طرفین قرار گرفته محدود نمی‌شود و دادگاه مقید نیست فقط به آن قسمت ترتیب اثر بدهد، بلکه می‌تواند در جمیع جهات پرونده را مطالعه و خلاصه‌ای از آن را در صورت مجلس بنویسد و بر طبق آن چه از تمام پرونده (نه فقط قسمت مورد استناد) فهمیده است، رای دهد. با ملاحظه از قبیل و امثال این‌ها در قسمت آخر ماده ۳۵۸ ق. آ. د. م. متوجه می‌شویم که مواردی که در ماده یاد شده قید شده است، از باب تمثیل بوده و حصری نمی‌باشد، مانند: کارشناسی (ماده ۴۴۴ ق. آ. د. م.) و رسیدگی به اعتبار و صحت سند وقتی که سندی مورد انکار و تردید و یا ادعای جعل قرار گیرد دادگاه مکلف است به اعتبار آن سند رسیدگی کند و به این منظور باید مبادرت به تحقیقاتی در این زمینه کند.

در کنار تحصیل دلیل قاضی محاکمات برای کشف حقیقت قضایی دو واژه خلاقیت و ارشاد وفق توضیحات پژوهش قابل تفکیک می‌باشد. خلاقیت قضایی به قضات با ندای مدیریت دادرسی در جهت امنیت قضا و قضاوت‌دایی از مجموعه قوانین یاری می‌گیرد تا با روش‌های پیشنهادی خود در جهت کشف حقیقت کوشا باشد.

می‌توان برای اعمال خلاقیت در پویایی دادرسی توسط قضات، مصادیق نوینی را مطرح نمود. برای مثال می‌توان بر این اعتقاد بود که کارشناسی برای بهبود شهادت قضایی موثر است. همچنین با اینکه علم قاضی در امور مدنی دلالت دارد؛ به نظر می‌رسد، دادرسی می‌تواند با ابتکار خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده، راه‌هایی را برای صحت ادله و نهایتاً رسیدن به حقیقت قضایی، گزینش نماید و در کشف حقیقت و تحصیل قرائن و امارات، دفاعی را که مورد غفلت اصحاب دعوا قرار گرفته، با خلاقیت خویش بنا بر اوضاع و احوال پرونده یادآوری کند. به نظر می‌رسد قضات می‌توانند، راه‌های استماع شهادت را گزینش کنند و برای جستجوی حقیقت، بنا بر اوضاع و احوال پرونده مدنی، گاه منفرداً و گاه اجتماعاً به سوال و جواب شهود دست زنند. همچنین دادرسی می‌تواند، احضار شهود را، در روزهای متفاوت و کرازا صورت جلسه کند تا حقیقت، در فضای محیطی متفاوت به دور از تباہی، برای وی حادث گردد. همچنین، ایشان می‌توانند، با ترفندهایی بنا بر اوضاع احوال دعوی، اصحاب دعوا را احضار نمایند و گاه خلاقانه در دعوی کیفری، در احضار یا اخطار، به علت حضور را سکوت نمایند تا با سوال و جواب طرفین دعوا، به حقیقت نایل گردند.

۱. در حقوق آمریکا و انگلیس اصل کارشناسی مقبول و توسعه یافته است. البته در عمل رویه قضایی دادگاه‌های آمریکایی، نسبت به مقبولیت کارشناس سختگیرانه‌تر از دادگاه‌های انگلیسی عمل می‌کنند. در مقابل نظام حقوقی کره که مبتنی بر حقوق نوشته می‌باشد، فرهنگ مشارکت‌پذیری و همکاری در دعوا و دادرسی را می‌پذیرد. حقوقدانان در این نظام، بیشتر طرفدار مصالحه و میانجیگری هستند تا اینکه حتماً بخواهند دعوا را از طریق برد و باخت یا تقسیم افراد به سیاه و سفید حل و فصل کنند. وجه بارز نظام حقوق کره، همانطور که از مواد ۱۰۳ و ۱۱۱ قانون اساسی آن نیز بر می‌آید، این است که قضات تنها کسانی هستند که شان یافتن حقیقت و اداره جلسه دادگاه را دارند. (بزرگمهر، امیرعباس، روانشناسی شهادت قضایی، چاپ اول، تهران، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۲۵۲ و ۲۵۳)

۲. در امور مدنی علم قاضی، در مرحله بررسی دلالت دلیل به کار می‌آید ولی پس از اثبات دلالت، دیگر مجالی برای عدم تمسک به دلایل باقی نمی‌ماند. ولی در امور کیفری علم قاضی خود مبنای حکم است و خود دلیل متقن و مستقل برای اثبات حق به شمار می‌رود. (دینانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۶۲)

۱. البته، بعضی از صاحب‌نظران صرفاً ارشاد برای ابراز دلیل را تحصیل دلیل نمی‌دانند. (مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۲) - حتی در دایره‌ی حکومت قاعده‌ی منع تحصیل دلیل در ماده‌ی ۳۵۸ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی، تحقیق غیر از تحصیل دلیل قلمداد می‌گردد. (متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص ۳۵۰)

۲. استنطاق یا بازجویی کیفری تدبیری رایج و شناخته شده و موثر در کشف حقیقت و اجرای عدالت کیفری می‌باشد. با این وجود، استجواب یا بازجویی مدنی از جایگاه مستحکم مشابه‌ای برخوردار نبوده است. هر چند به تدریج به لحاظ تحولات اجتماعی و ناکارآمدی صرف استناد به دلایل عادی در کشف حقیقت به برخی تدابیر تحقیقی (نظیر معاینه محل، تحقیق محلی و کارشناسی در نظام دادرسی مدنی اقبال شد. (کریمی، عباس و مجید پوراستاد، مقاله استجواب در دعوی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴، ۱۳۸۵، ص ۲۹۸)

چرا نتوان با کارکردهای مفید دروغ‌سنج، در ارزش‌گذاری شهادت و تحقیق محلی، از کارشناسان روانشناس در دادگاه بهره جست؟ می‌توان بر این اعتقاد بود که گاه دادرسی می‌تواند خلاقانه، به لوائح خارج از جلسه اول ترتیب اثر دهد و برای وصول حقیقت، تلاش نماید. به نظر می‌رسد، ندای وجدان پاک دادرسی، با شک در حسن نیت طرفین دعوا، می‌تواند خلاقانه کشف حقیقت نماید و متعاقباً از اعتراض ثالث اجرایی و اعتراض ثالث جلوگیری کند. برای مثال در دعاوی صلح و سازش برای جلوگیری از تبانی افراد برای بردن مال غیر، دادرسی می‌تواند خلاقانه، در جهت کشف حقیقت به هر توافق طرفین در هر زمینه‌ای بسنده ننماید.

در مقابل، دادرسی حقوقی با ارشاد طرفین دعوی مدنی نه تنها به اقناع خویش در جهت کشف حقیقت احترام می‌گذارد و با نقش فعالانه، در جهت جستجوی حقیقت به راهنمایی طرفین گرایش می‌یابد. طرفین دعوی حقوقی مکلف نیستند که به گوشزدها و ارشادهای دادرسی حقوقی در جهت رسیدن به حقیقت، عمل کنند. بنابراین، به نظر می‌رسد با تفسیر یاد شده، ارشاد توسط قضات برای دادرسی و مدیریت بهتر قضایی می‌باشد و تضمین اخلاق قضایی می‌باشد. برای مثال: ممکن است راه ادعای جعل را بدون خطاب قرار دادن اصحاب دعوی مدنی، نشان دهد و یا گاه به طرفین دعوی مدنی یادآوری کند که وقتی خط یا امضا منتسب به پدر شما نیست می‌توانید اظهار تردید کنید و یا هزاران طرق دفاعی که در کشف حقیقت موثر است و از طرفین دعوی حقوقی مغفول مانده است. به دیگر سخن، قاضی بدون مخاطب قراردادن شخصی در دادرسی راه طرق دفاعی را راهنمایی و ارشاد می‌کند.

در نهایت، دادرسی هیچگاه به اصحاب دعوی حقوقی چیزی را تلقین و اجبار به استفاده نمی‌کند، بلکه صرفاً تلاش خود را برای رسیدن به حقیقت می‌کند. البته عدم استفاده از راه‌های دفاعی توسط اصحاب دعوی مدنی «قاعده اقدام» تفسیر می‌شود. شایان توجه است که دایره ارشاد توسط دادرسی هیچ‌گاه نایستی اصول راهبردی دادرسی همچون: بی‌طرفی دادرسی، اصل تناظر، مستدل و مستند بودن آرا و منع تلقین دلیل توسط دادرسی را خدشه دار کند.

نتیجه‌گیری

۱. در پژوهش یادشده سعی بر این مهم شده است که مدیریت دادرسی پویاتر و فعالتر شود و برای این امر خطیر عملکردهای قاضی را در جهت آزادی قضایی برای کشف حقیقت از یکدیگر تفکیک و آثار هر یک شمارش می‌شود و متعاقباً فواید یا مضرات استفاده قضات از عملکردهای یادشده تفسیر می‌شود.

۲. یکی از عرصه‌های بروز خلاقیت بحث تفسیر است. خلاقیت به طور غیر مستقیم و اجمالی در حقوق ماهوی و مرحله ثبوت ایفای نقش می‌نماید. آموزش به تبحر و استفاده از خلاقیت در وصول به حقیقت قضایی (در مرحله اثبات)، البته در پرتو ادله ابرازی طرفین دعوی حقوقی، راهکردهای نوینی را در جلوگیری از اطاله دادرسی و متعاقباً جلوگیری از نقص تحقیقات برای قضات، فراهم می‌کند. می‌توان بر این اعتقاد بود که توسعه اعمال خلاقیت قضایی دادرسی در دعاوی حقوقی و جزایی برای رسیدن به واقعیات و حقیقت، مصلحتی سودمند تلقی می‌گردد و با این وجود، انشای آرا محسوس‌تر و عینی‌تر خواهد گردید.

۳. به نظر می‌رسد، با تفسیر نوین از قوانین شکلی و اصطلاحات فقهی برای وصول به حقیقت قضایی، اعمال خلاقیت دادرسی برای وصول به واقعیات و حقیقت پرونده‌ها، جز نیکویی و مصلحت چیز دیگری را به ارمغان نمی‌آورد.

۴. ارشاد در لغت به معنای راه نمودن، راه راست نمودن، راه به حق نمودن، به حق و درستی رهنمون کردن، راهنمایی و هدایت می‌باشد. می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرسی بدون این که شخصی را مستقیماً خطاب قرار دهد، جنبه ارشادی داشته است و در جهت مصلحت ذینفع صورت پذیرفته شده است.

۵. مرز حضور فعال دادرسی از یک طرف با منع تلقین دلیل دادرسی و از طرف دیگر گرایش به ارشاد دادرسی، بیشتر محسوس می‌شود. همچنین، امنیت اجتماعی و فضای اعتماد افراد به دادگستری، با انشای رای‌ی مستدل، مستند، محسوس و عینی از سوی دادرسان جزایی و حقوقی، فراهم شده است.

۶. فعال بودن قضات در دادرسی، پویایی رویه قضایی و امنیت اقتصادی می‌باشد. افراد مجبور نیستند با پرداخت میلیون‌ها ریال هزینه دادرسی به طرق فوق‌العاده و عادی رجوع نمایند و یا سیستم قضایی را به

پراکندگی و افزایش پرونده‌ها دچار نمایند و از کیفیت دادرسی بکاهند. به دیگر سخن، مدیریت بهتر قضایی و قضا دایی در پناه فعالیت دادرس محقق می‌شود.

۷. در کنار تحصیل دلیل قاضی محاکمات برای کشف حقیقت قضایی دو واژه خلاقیت و ارشاد وفق توضیحات پژوهش قابل تفکیک می‌باشد. خلاقیت قضایی به قضات با ندای مدیریت دادرسی در جهت امنیت قضا و قضا دایی از مجموعه قوانین یاری می‌گیرد تا با روش‌های پیشنهادی خود در جهت کشف حقیقت کوشا باشد. در مقابل، دادرس حقوقی با ارشاد طرفین دعوای مدنی نه تنها به اقناع خویش در جهت کشف حقیقت احترام می‌گذارد و با نقش فعالانه، در جهت جستجوی حقیقت به راهنمایی طرفین گرایش می‌یابد. طرفین دعوای حقوقی مکلف نیستند که به گوشه‌ها و ارشادهای دادرس حقوقی در جهت رسیدن به حقیقت، عمل کنند. بنابراین، به نظر می‌رسد با تفسیر یاد شده، ارشاد توسط قضات برای دادرسی و مدیریت بهتر قضایی می‌باشد و تضمین اخلاق قضایی می‌باشد.

منابع و ماخذ

۱. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ه ق): مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، محقق/ مصحح: آقا مجتبی عراقی- علی‌پناه اشتهاردی- آقا حسین یزدی اصفهانی، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. امامی، سید حسن (بی تا): حقوق مدنی، ج ۳ تهران انتشارات اسلامیة.
۳. انصاری، باقر (بهار و تابستان ۱۳۸۵): ابهام حقوقی و تاثیر آن بر تصمیم‌گیری قضایی، شماره ۴۳، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی
۴. بزرگمهر، امیرعباس (۱۳۹۰): روانشناسی شهادت قضایی، چاپ اول، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
۵. پوراستاد، مجید (پاییز ۱۳۸۷): مقاله اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی، دوره ۳۸، شماره ۳، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۶. پوراستاد، مجید (زمستان ۱۳۸۹): مقاله پیدایش و چالش منع تحصیل دلیل، ش ۴، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران.
۷. پوراستاد، مجید (۱۳۹۱): نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۸. تدین، عباس (۱۳۸۸): تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۰): ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۰. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمودهاشمی، (۱۴۲۶ ه ق): فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۱. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۰-۳۹، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۲. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۸، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۳. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۴۱، چاپ اول، قم، انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام ملاحظات: صاحب امتیاز و مدیر مسئول: سید محمودهاشمی- سردبیر: عبد الرضا ایزدپناه.
۱۴. جمعی از مؤلفان (بی تا): مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۵۴، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

۱۵. حلی، جمال‌الدین (۱۴۰۷ ه.ق): احمد بن محمد اسدی، محقق / مصحح: مجتبی عراقی، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۴، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۰): مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۷. دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۹): ادله اثبات دعوا، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۱۸. رزاقی، کیانوش (خرداد ۱۳۸۹): استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران، نشریه حقوقی کانون.
۱۹. سنگلجی، مرحوم شیخ محمد (۱۳۶۹): آیین دادرسی مدنی در اسلام، چاپ اول، قزوین، نشر طه.
۲۰. شاهرودی، محمد ابراهیم جناتی (بی تا): منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، در یک جلد، بی جا.
۲۱. شمس، عبدالله (۱۳۸۷): آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۲، انتشارات دراک، تهران.
۲۲. شمس، عبدالله، اصل تناظر، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره ۳۵-۳۶.
۲۳. شمس، عبدالله (۱۳۸۷): آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۲، تهران، انتشارات دراک.
۲۴. شهید اول، محمد بن مکی، عاملی (۱۴۱۷ ه.ق): الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. شیخ نیا، امیر حسین (۱۳۷۵): ادله اثبات دعوا، چاپ سوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۶. طهماسبی فرد و محسنی (پاییز ۱۳۸۴): مقاله اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره پیاپی ۱۹۰.
۲۷. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹ ه.ق): محقق / مصحح: محمد باقر خالصی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط- الحدیثة)، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. عبادی، شیرین (اردیبهشت ماه ۱۳۵۳): اصل بی طرفی قاضی در رسیدگی به امور حقوقی...، مجله حقوقی وزارت دادگستری.
۲۹. عمید، حسن (۱۳۸۹): فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات رشد، تهران.
۳۰. عمید زنجانی، عباس علی (۱۴۲۱ ه.ق): فقه سیاسی (عمید)، ج ۳، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۳۱. فرح زادی، علی اکبر (پاییز و زمستان ۱۳۷۹): معرفی اجمالی اصول بنیادین در دادرسی اسلامی، شماره ۱۹ و ۲۰، مجله دیدگاه‌های حقوقی، فصلنامه دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری.
۳۲. فروغی، محمد علی (۱۳۱۷): سیر حکمت در اروپا، ج ۳، چاپ دوم، تهران.
۳۳. فولکیه، پل (۱۳۴۷): ترجمه دکتر یحیی مهدوی، فلسفه عمومی یا مابعد الطبیعه، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸): اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷): فلسفه حقوق، ج ۱، چاپ اول، تهران شرکت سهامی انتشار.
۳۶. کاشانی، فیض (بی تا): محمد محسن ابن شاه مرتضی - مترجم و شارح: تفرشی، محمد، سفینه النجاة - ترجمه (فیض)، در یک جلد، چاپ اول، بی جا.
۳۷. کریمی، عباس و مجید پوراستاد (زمستان ۱۳۸۵): مقاله استجواب در دعوی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴.
۳۸. متین دفتری، احمد (۱۳۸۸): آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.

۳۹. محسنی، حسن و مجید غمامی (زمستان ۱۳۸۵): اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴.
۴۰. مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، ۱۳۷۷، تهران، چاپ پایدار، نشر پایدار.
۴۱. معین، محمد (۱۳۸۲): فرهنگ معین، یک جلدی، چاپ اول، تهران، نشر ندا و دیدگاه.
۴۲. محقق داماد یزدی، سید مصطفی (۱۴۰۶ ه ق): قواعد فقه (محقق داماد)، ج ۳، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ه ق): کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ه ق): محقق / مصحح: ابو القاسم علیان‌نژادی، استفتاءات جدید (مکارم)، ج ۳، چاپ دوم، بی جا، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ه ق): دائرة المعارف فقه مقارن، در یک جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، قم.
۴۶. مهاجری، علی (۱۳۸۹): مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان.
۴۷. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه ق): محقق / مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، چاپ هفتم، بیروت - لبنان، انتشارات دار إحياء التراث العربی.
۴۸. Applying Holland- the Court of Appeal applies the Supreme Court's guidance on de facto directors : by Lawrence Graham on ۱۷,۰۶,۲۰۱۱ , <http://www.ion.icaew.com/insolvencyblog/۲۲۳۵۸>
۴۹. Jersey: Bloggers And Data Protection - New Law And Judicial Guidance In Jersey , ۴۹. Last Updated: ۱۲ September ۲۰۱۳ , Article by Fraser Robertson and Davida Blackmore , <http://www.mondaq.com/x/۲۶۲۴۰۰/>