

توجیه ارشاد قضایی در محاکمه و تفکیک آن از مفاهیم مشابه

دکتر جواد خالقیان^۱

سحر لاله خانی^۲

چکیده

به نظر می‌رسد، در نظام دادرسی ایران، "ارشاد قضایی" تدبیر شناخته شده‌ای محسوب نمی‌گردد. در این تحقیق در کنار روشن نمودن و تفکیک ماهیت و فلسفه «منع تلقین دلیل» دادرسی از «تحصیل دلیل» توسط وی، در پرتو احترام به اصول راهبردی دادرسی مدنی و جزایی، تحصیل دلیل توسط دادرسی را موسع تفسیر می‌شود و طبق قاعده، نیکو شمرده می‌گردد. به دیگر سخن، معتقدان به نسخ «منع تحصیل دلیل»، افراطی انگاشته نمی‌شوند. با عنایت به لزوم کشف حقیقت و تأمین برابری سلاح‌ها و نیز ظهور عبارت مقنن در قوانین دادرسی مدنی و کیفری، تحصیل دلیل نه به عنوان یک اختیار، بلکه به عنوان یک تکلیف قانونی و البته متمایز از تلقین دلیل خودنمایی می‌کند. همچنین، در کنار پیوند قلمرو ماده ۱۹۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری با اماره قضایی و در فضای فکری که از آمیختن فلسفه و ماهیت تحصیل دلیل توسط دادرسی از منع وی از تلقین دلیل جلوگیری می‌کند، همت گمارده می‌شود، ارشاد به حقوق دفاعی اصحاب دعوا، توسط دادرسی فرا پسندیده توصیف گردد و با کمک از فقه، جواز ارشاد قضایی بر دادرسی مهر صحت زده شود. در آخر، ارشاد قضایی در دادرسی، به منزله احکام ارشادی توصیف می‌شود.

واژگان کلیدی: منع تلقین دلیل، تحصیل دلیل، برابری سلاح‌ها، ارشاد قضایی،

احکام ارشادی.



۱. وکیل دادگستری و استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد کرج.

۲. وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه.

مقدمه

در این پژوهش سعی شده است، "ارشاد قضایی" به طور شایسته توصیف گردد. برای باورپذیری این اصطلاح در فضای دادرسی مدنی و کیفری، لازم است به طور اجمالی فلسفه دو اصطلاح «منع تلقین دلیل توسط دادرس» و «تحصیل دلیل توسط دادرس» بیان شود. البته کوشش شده است که با روشن تر کردن ماهیت و فلسفه منع تلقین دلیل توسط دادرس، فلسفه تحصیل دلیل توسط وی در قضاوت، محسوس و عینی تر گردد. نهایتاً با تفکیک فلسفه و ماهیت منع تلقین دلیل توسط دادرس از تحصیل دلیل توسط وی در قانون جدید آیین دادرسی مدنی و کیفری، ارشاد قضایی را فرا پسندیده توصیف می‌کند و دایره پسندیده قلمروی ماده ۱۹۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری را با دایره اماره قضایی پیوند داده می‌دهد. در این پژوهش برای توجیه ارشاد قضایی و جلوگیری از خلط آن با تلقین دلیل توسط دادرس، مرز تلقین توسط دادرس از ارشاد وی جدا شده است. البته ارشاد قضایی (توسط دادرس) با 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 دادرس در امور کیفری و مدنی، متعارض دانسته نمی‌شود و هم‌چنان، دایره اصول راهبردی، محترم انگاشته می‌شود. قابل یادآوری است که ارشاد توسط قضات در پژوهش حاضر با واحد ارشاد در دادگستری متفاوت است؛ چرا که عملاً واحد یاد شده در جهت ارائه کمک به افراد، راه اندازی شده است؛ ولی ارشاد قضایی در پژوهش حاضر، واکنشی است که قاضی در جهت پویایی دادرسی انجام می‌دهد.

گفتار نخست: کلیات

بند اول : مفهوم تحصیل دلیل

از بدو پیدایش اولین قانون مدون آیین دادرسی مدنی (۱۲۹۰ خورشیدی) اصطلاحی رایج شده است که نه در فرهنگ غربی مشاهده شده، نه در فرهنگ حقوقی عرب. این اصطلاح عبارت است از "تحصیل دلیل" که در قالب «قاعده منع تحصیل دلیل» مشهور شده است. البته در فقه با مفهوم مشابهی برخورد می‌کنیم که شباهت غلط اندازی با

«تحصیل دلیل» دارد مثل تلقین دلیل و ارشاد دلیل. ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، جانشین ماده ۳۵۸ قانون سابق آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ شده است. در ماده ۱۹۹ قانون حاضر، ممنوعیت دادگاه از تحصیل دلیل برای اصحاب دعوا تصریح نشده است! حال به نظر می‌رسد، ماده ۱۹۹ حاضر و واکنش قاضی برای حضوری فعال در دادرسی از تلقین دلیل از سوی وی قابل تفکیک است. هم چنین تشابه کلمات و عدم تعریف مشخص از اصطلاحات یاد شده در قانون حاضر به معنای این نیست که هر سه کلمه یادشده مترادف می‌باشند. البته بعضی تحصیل دلیل را چنین تعریف کرده‌اند که «دلیل تراشی هر دلیل که ارائه آن از وظایف مدعی باشد، اگر او آن را به دادگاه اظهار نکند و قاضی ارتجالاً به نفع مدعی، دلیلی را که از وظایف مدعی است مستند به رسیدگی به نفع مدعی قرار دهد، عمل قاضی را در این وضع، تحصیل دلیل گویند» (جعفری لنگرودی، ج ۲، ۱۳۷۸: ص ۱۱۵۳).

بند دوم: مفهوم تلقین دلیل

در اصطلاح حقوق اسلامی، تلقین دلیل عبارت از این است که قاضی به هر وجهی سخن در دهان اصحاب دعوا گذارد؛ خواه در نحوه طرح ادعا باشد، خواه در اطراف خواسته و خواه در اطراف دلیل طرفین دعوا (همان، ۱۳۷۸: ش ۵۱۷۶). البته در فقه اسلامی به آن تلقین حجت گفته‌اند و در سوگند نیز موضوع تلقین حجت مطرح شده است (همان، ۱۳۸۱: ص ۶۵ و ۶۶).^۱ البته برخی از حقوقدانان گفته‌اند: «اگر تلقین دلیل

۱. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز طی نظریه مشورتی شماره ۸۱۹۴/۷ - ۱۰/۹ / ۱۳۸۲ با لحاظ اطلاق ماده ۱۹۹ بر این اعتقاد است که کلیه اقدامات که برای کشف حقیقت و واقع به نظر دادگاه موثر باشد، مثل تحقیق محلی، معاینه محل یا جلب نظر کارشناس هر چند که اصحاب دعوا به آن استناد نکرده باشند، دادگاه می‌تواند راساً آن‌ها را اجرا کند.

۲. رای شماره ۲۶۴/۲۱ صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور: «هر چند خواهان ضمن دادخواست و در جلسه دادرسیب اثبات دعوا خود را منوط به سوگند خوانده نکرده است، لیکن شرعاً دادرس حق دارد امکان درخواست اتیان سوگند را به اصحاب دعوا متذکر شود... بنابراین اقتضا داشته که دادگاه با تفهیم و تذکر حق درخواست اتیان سوگند به مدعی فرصت لازم را در این خصوص ایجاد نماید...». (بازگیر، ۱۳۷۹: ص ۳۲۰).



قاضی در زمینه ارشاد یکی از اصحاب دعوا به دلیل یا دفاع باشد این عمل وی را تلقین حجت = تلقین دلیل نامند» (همان، ۱۳۸۷: ش ۵۱۷۸ و ۵۱۷۹). هم چنین، برخی فقها قاضی را از تلقین شهادت که یک نوع دلیل محسوب می‌گردد منع نموده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۷ ه. ق: ص ۷۲۹).

گفتار دوم: قاعده منع تلقین دلیل

بند نخست: مفهوم و فلسفه منع تلقین دلیل دادرس

در قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و قانون آیین دادرسی قدیم (مصوب ۱۳۱۸) و قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) در مفهوم و ماهیت تلقین دلیل توسط دادرس، سکوت اختیار شده است. در واژه‌شناسی، تلقین دلیل مرکب از دو کلمه تلقین و دلیل می‌باشد. تلقین در لغت به معنای در دهان نهاندن، یاد دادن، فرازبان دادن، فهماندن، مطلبی را زبانی گفتن (معین، ۱۳۸۲: ص ۳۳۱). به نظر می‌رسد با این تعاریف، عمل تلقین دارای دو طرف می‌باشد: ۱. تلقین‌کننده (فاعل عمل تلقین) ۲. تلقین شونده (کسی که تحت تاثیر تلقین قرار می‌گیرد) و تلقین بر خلاف واقعیت وانمود می‌گردد^۱ با توجه به تعاریف و مفاهیم فوق، به نظر می‌رسد، تلقین، متضاد حقیقت و واقعیت می‌باشد؛ در واقع فرد با تلقین طرف مقابل، به نوعی وی را به چیزی تحریک می‌کند که تلقین شونده آن را اختیار نموده است^۲.

۱. بعضی بین واقعیت و حقیقت تفاوت قایلند؛ برای اثبات واقعیت، می‌توان برهان‌هایی از جمله کتب تاریخ آورد. اما، در مورد حقیقت نمی‌توان این کار را کرد. این به این معنی نیست که حقیقت چون همیشه اثبات پذیر نیست دارای درصد صحت کمی است زیرا امکان صحت آن همیشه وجود دارد؛ اگر در ریشه واژگان حقیقت و واقعیت دقیق شویم، تفاوت‌هایی را مشاهده می‌کنیم. ریشه کلمه حقیقت، "حق" به معنای راستی و درستی است و ریشه کلمه واقعیت، "وَقَع" به معنای رویدادن و یا اتفاق افتادن است. حقیقت، اشاره به ماهیت راست و درست دارد و واقعیت اشاره به امور عینی و یا اموری که اتفاق می‌افتند. ۶-

<http://fa.wikipedia.org/wiki/۱۹/۱۲/۱۳۹۱>

۲. در زبان انگلیسی با کلماتی نظیر Suggestion, Dictation, hypnosis, Indoctrination استعمال می‌گردد. با کمی تامل در کلمه «dictation» و «hypnosis» متوجه می‌شویم که دیکته کردن کلمه یا



حال مفهوم دلیل چیست؟ دلیل در لغت، به معنی راهنما، رهبر، (کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۸۸: ش ۶، ص ۲۰) رهنمون، حجت، برهان و مرشد و در اصطلاح عرفی، چیزی است که امری را ثابت نماید (مهجری، ۱۳۸۹: ج ۲، ش ۸۳۷، ص ۲۶۰). با بهره‌گیری از مفاهیم علامت، راه نماینده، نشان و علامت، می‌توان دلیل را «نمایان‌کننده» یا «نمایاننده» نیز معنی نمود. در اصطلاح، دلیل در دو مفهوم به کار گرفته شده است: در مفهوم اخص و اعم. در مفهوم اخص به هر وسیله‌ای که در قانون پیش‌بینی شده است و در مرجع قضاوتی موجب اقتناع دادرس می‌گردد... و در مفهوم اعم، عمل فراهم نمودن وسایلی است که وجدان دادرس را اقتناع می‌نماید و در هر دو مفهوم، با لحاظ این تفکر است که نمایاندن و تشخیص واقعیت امر ادعا شده، مورد نظر است (شمس، ۱۳۸۷: ج ۳، ش ۱۴۳، ص ۸۱ و ۸۲). دلیل در فرهنگ ادبی، به معنای رهبر، راهنما، بلد، مرشد، راه، طریق جهت و سبب می‌باشد. (معین ۱۳۸۲: ص ۴۸۰). در نهایت طبق ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌نمایند».

با تفحص و بررسی در کتاب‌های فقهی، این موضوع آشکار می‌گردد که در تبیین وظایف حاکم، بلافاصله پس از تکلیف ایجابی، رعایت برابری و مساوات به طرفین دعوا، از یک تکلیف سلبی یعنی عدم جواز تلقین برای حاکم صحبت شده است

موضوعی به فرد و هیپنوتیزم وی، جایگاه سلب اراده را در فرد بازی می‌نماید. تلقین در روان‌شناسی، گاه به معنای تداعی و یا هرگونه نفوذ و تأثیری که فرد بر هم‌نوعانش می‌گذارد، مترادف گشته است. <http://psychostudent.persianblog.com> (۱۱ - ۱۹/۱۲/۱۳۹۱) قانون جزا طرح سوالات تلقینی را منع کرده است و روان‌شناسان جنایی، غرض خود را تأثیر هرگونه عاملی که طبعاً حقیقت را مخدوش می‌سازد، می‌دانند. بدین جهت است که، هر هیپنوتیزور قابل می‌تواند روح شخص القا شده را به سویی راهنمایی نماید و حتی وی را وادار سازد تا هر چه را که او می‌خواهد بر زبان آورد. افراد کوتاه فکر به شدت تلقین پذیرند و مردد و حیران می‌گردند؛ در واقع قاضی اندیشه‌ای مغایر با حقیقت و واقعیت به وی تلقین می‌کند (که خود متهم سازی نام دارد) (کی‌نیا، ۱۳۸۹: ج ۱ و ۲، ص ۹۹ و ۱۰۰ - ص ۱۴۵). حسن اعتماد افراد به مقام تلقین‌کننده، در درجه‌ی تأثیر تلقین به فرد موثر می‌باشد. (کریمی، ۱۳۸۷: ش ۸، ص ۱۴۹).

(پورااستاد، ۱۳۹۱: ص ۶۵). در فقه پویا صرفاً به منع تلقین دلیل اشاره شده^۱ و تلقین دلیل، خلاف عدالت پنداشته شده است؛ ولی به جای موسع نمودن ماهیت و مفهوم تلقین دلیل، به برشماری مصادیق آن توسط قاضی همت شده است. دکترین حقوقی، هم چون قانون آیین دادرسی مدنی و فقه، در مورد مفهوم و ماهیت منع تلقین دلیل توسط دادرس، به ریشه‌یابی این ممنوعیت اقدام ننموده‌اند و صرفاً با بی‌تفاوتی و یکی دانستن فلسفه منع

۱. جایز نیست قاضی به یکی از دو طرف دعوا چیزی تلقین کند که موجب استظهار و چیرگی وی برطرف دیگر گردد. (جمعی از پژوهشگران، ج ۱، ۱۴۲۶ هـ.ق، ص ۴۳۳) و هم چنین ایشان نباید، به یکی از دو طرف دعوا چیزی تلقین کند که موجب چیرگی او بر طرف دیگر گردد. (همان، ص ۴۳۳) و یا اگر شاهد هنگام شهادت با مکث و تأمل سخن بگوید؛ بر قاضی واجب است به او فرصت دهد تا شهادتش را به پایان برد و برای قاضی جایز نیست در سخن گفتن به او کمک کند و یا اجازه دهد کسی به وی تلقین نماید (همان، ج ۲، ص ۶۱۵).

۲. قاضی نباید تلقین و تعلیم احد خصمین نماید که مضرت دیگر باشد (اصفهانی، ۱۴۰۰ هـ.ق: ص ۱۹۵). رسول خدا ﷺ نهی کرد از این که قاضی با نگاه زیاد و حضور ذهنش، یکی از دو طرف را یاری کند و حضرت نهی کرد از تلقین کردن به شاهدان و به اشاره به آنها فهماندن (بروجردی، ۱۴۲۹ هـ.ق، ج ۳۰، ص ۱۲). برای قاضی جایز نیست که به یکی از دو طرف مخاصمه چیزی را تلقین نماید که به وسیله آن بر خصم کمک بگیرد، مثل اینکه او به طور احتمال ادعا نماید پس قاضی به او تلقین کند که به طور جزم ادعا کند تا دعوایش مسموع باشد. یا اینکه او ادعا کند که امانت یا دین را ادا نموده است، پس قاضی به او تلقین کند که آن را انکار نماید. (خمینی، ۱۴۲۵ هـ.ق: ج ۴، ص ۹۱) و أنت خیر بآنه نصب لرفع المنازعة بین المترافعین بحکمه الحق، و هو لا ینافی تلقین أحدهما الحجّة علی الآخر و هدایتة إلیها ثم یرفع نزاعهما و یفصل بینهما بالحق. و الإجماع لو سلم فلا حجّة فیہ بعد احتمال (۱۴۲۲ هـ.ق: ص ۱۱۰) می‌باید قاضی از هیچ یک از خصوم و گواهان و وکلا جانبداری نکند تا بتواند به درستی قضاوت نماید و حکم وی مورد پذیرش خصوم قرار گیرد. جواز حکم قاضی براساس علم خود، غیر از تلقین است. البته معلوم است اگر قاضی برای روشن شدن بحث و شرح حادثه‌ای که رخ داده پرسش کند، از باب تلقین نیست، گرچه موجب هشباری و آگاهی و توان استدلال شود، چنان که صاحب جواهر بدان اشاره دارد (جمعی از مولفان، بی تا، ج ۴۱، ص ۹۸)، قاضی نباید به یکی از دو طرف دعوا چیزی تلقین کند که موجب چیرگی او بر طرف دیگر گردد، لیکن می‌تواند استفسار و تحقیق نماید؛ هر چند به چیرگی او منجر گردد (جمعی از پژوهشگران، ج ۱، ص ۴۴۴).

تلقین دلیل با مفاهیم مشابه (هم‌چون تحصیل دلیل)، به منع هر دو مبادرت شده‌است و به رغم تصویب ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، تنها به تعدیل در منع تحصیل دلیل همت گمارده شده است (شمس، ۱۳۸۹: ص ۱۲۱، ش ۲۱۰ - ۷، کاتوزیان، ۱۳۸۸: ص ۴۲، ش ۲۱ به بعد). حتی بعضی از بزرگان، با استفاده از قیاس اولویت نظر داده‌اند که چون تلقین دلیل از سوی دادرس ممنوع است: پس به طریق اولی تحصیل دلیل مجاز نمی‌باشد و تفاوتی بین دعاوی حقوقی و جزایی وجود ندارد (سنگلجی، ۱۳۶۹: ص ۶۴).

اگر در مصادیق مبحث «منع تلقین دلیل توسط دادرس» در فقه (زیرنویس شماره ۴ و ۵) نگاهی ژرف شود؛ متوجه خواهیم شد که تلقین دلیل توسط دادرس نهی شده است؛ ولی، در این که چرا نهی شده و فلسفه نهی چیست، به طور وسیع اظهارنظری نشده است. حال با توجه به مفاهیم و ماهیت تلقین برشماری مصادیق منع تلقین دلیل دادرس در فقه، جای طرح این سؤال است که فلسفه «منع تلقین دلیل توسط دادرس» چیست؟



با توجه به مفهوم تلقین در لغت و مصادیق آن در فقه پویا، متوجه خواهیم شد که القا و تعلیم دلیل توسط قاضی، وی را از بی‌طرفی خارج می‌کند. به عبارتی، مقتضای رسیدگی عادلانه، بی‌طرفی قضات نسبت به طرفین دادرسی می‌باشد. امروزه، از دادرسی عادلانه به منزله حقی بشری سخن می‌رود و از جمله مولفه‌های دادرسی عادلانه، رعایت اصول بی‌طرفی در فرایند دادرسی است. تامین امنیت قضایی مستلزم وجود دادرسی بی‌طرفانه‌ای است... (که) در فرایند عملی دادرسی نیز نقض احتمالی بی‌طرفی از سوی دادرس رسیدگی‌کننده یا اشخاص دخیل در پرونده، ایجاد دغدغه خاطر برای طرف‌های دعوا نکند. این بی‌طرفی بدین معنا نیست که دادرس خود نتواند برای کشف حقیقت در مقام دست‌یابی دلیل برآید؛ زیرا، کشف حقیقت... بر همه چیز اولویت دارد و دادرس باید از حق و عدالت حمایت کند. البته بی‌طرفی در تفسیر و اجرای قانون و بی‌طرفی در صدور حکم نسبت به بی‌طرفی ظاهری دادرس در دادرسی اهمیت بیش تری دارد (تاجی، ۱۳۸۵: ش ۵۶ و ۵۷). قرآن مجید، در رهنمودهای عدالت محوری و حق‌طلبی را پی‌گیری شده است و آیاتی در این باره وجود دارد: «يَا دَاوُدُ اِنَّا جَعَلْنَاكَ

خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَ لَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ « هر کس متصدی امر قضا و داوری میان دو تن می شود باید در اشاره و نظر کردن به هر دو طرف متخاصم یکسان باشد یعنی داور برای هیچ یک خصوصیتی در نشست و برخاست و تعارفات، فوق دیگری قائل نباشد (شیخ صدوق، ۱۴۰۹ هـ.ق: ج ۴، ش ۳۲۴۲، ص ۱۲). مرحوم کلینی در کتاب خویش می فرماید: «در هنگام قضاوت، اگر حق هم به جانب اقوام خاصی باشد، داور نباید از خدا بخواهد که حق در کفه او باشد و خصم او محکوم گردد و تا این اندازه هم نباید تفاوت قایل شود». ^۲ النهایه به نظر می رسد که تلقین دلیل توسط دادرسی، از مصادیق « خروج از بی طرفی دادرسی » قلمداد می گردد. آمیختن اصطلاح « منع تلقین دلیل دادرسی » با مفاهیم مشابه (تحصیل دلیل دادرسی، ارشاد دادرسی) ما را به این سو می کشاند که مرز تلقین با مفاهیم مشابه چیست؟

۱. سوره ص، آیه ۲۶.

۲. هم چنین، ماده ۳ قانون تعیین تکلیف بر رفتار قضات در آمریکا به اداره منصفانه، بی طرفانه و بی گیری قضات اختصاص داده شده است. در این ماده اشاره می گردد که:

۱. قاضی باید وفادار، حافظ شایستگی حرفه ای در قانون باشد و می بایست منافع حزبی، هیاهوی عمومی، و یا ترس از انتقاد نداشته باشد. ۲. قاضی باید مسایل ادعا شده مسایل را شنیده و درمورد مسائل ادعا شده تصمیم بگیرد مگر اینکه رد صلاحیت شده باشد. قاضی باید نظم و ادب را در تمام روند قضایی حفظ کند. ۳. قاضی باید شکیب، با وقار، محترم و با ادب نسبت به طرفین دعوا، داوران، شاهدان، وکلا، اشخاص ثالث و دیگران که با آنها سرو کار دارد، باشد و قاضی در مقام رسمی باید رفتار مشابهی از افراد تحت کنترل خویش، از جمله وکلا به حد مطابق با نقش خود در فرایند دادرسی داشته باشد. ۴. قاضی باید سخنان کسی را که منافع قانونی در دادرسی دارد و کیل وی را مطابق قانون بشنود... قاضی نباید شروع، اجازه، و یا در نظر گرفتن روابط یک جانبه سابق و یا در نظر گرفتن ارتباطات دیگر در مورد یک موضوع موجود و یا قریب-الوقوع را که در انتظار است و در خارج از حضور طرفین و یا وکلای آنها ساخته شده است، توجه نماید. اگر قاضی، دریافتی غیر مجاز را از یک طرف ارتباط احراز نمود، بی درنگ باید با اطلاع طرفین فرصتی برای پاسخ به طرفین دعوا، در صورت درخواست بدهد (= رعایت اصل تناظر).

<http://www.uscourts.gov/RulesAndPolicies/CodesOfConduct/CodeConductUnitedStatesJudges.aspx>- 25

<http://www.nycourts.gov/rules/chiefadmin/100.shtm>-33



به نظر می‌رسد، با القای کلام یا دلیلی به طرف دعوا (اعم از این که به سود یا ضرر تلقین شونده باشد)، ابتدائاً، آزادی طرفین در دفاع، برابری سلاح‌ها در دادرسی و برخورداری طرفین از امکانات و شرایط مساوی برای اثبات ادعا (خالقی، ۱۳۸۷: ص ۱۴)، آزادی استفاده از اقدامات دفاعی در دادرسی و نهایتاً تسلط داشتن افراد بر جهات و موضوعات دعوا سلب و نتیجتاً دادرس از بی‌طرفی خارج شده است. در واقع با تلقین به یک طرف دعوا توسط قضات، حاکمیت طرف دیگر بر دعوا و نهایتاً دلیل سلب شده است. به دیگر سخن، اقدامات فعالانه دادرس در جهت کشف حقیقت، نباید وی را در معرض جانبداری و تلقین به طرف دعوا قرار دهد. می‌توان بر این اعتقاد بود که با درک صحیح فلسفه ممنوعیت تلقین دلیل، نه تنها دادرس در جلوگیری از آمیختن این اصطلاح با اصطلاحات مشابه (همچون تحصیل دلیل و ارشاد دادرس) کمک می‌گردد، بلکه هر عملکردی که وی را به این نتیجه (سلب قصد و اختیار از طرفین دعوا و نهایتاً خروج از بی‌طرفی دادرس)، سوق دهد، منع می‌شود. البته در مقابل، هر اقدام دادرس را که به حقیقت، کشف واقع، جلوگیری از اطاله دادرسی و تسریع دادرسی کمک نماید، ستایش می‌شود. حال، به گستره منع تلقین دلیل در فقه و حقوق شکلی نگاهی اجمالی می‌شود.

بند دوم: گستره منع تلقین دلیل در فقه و حقوق شکلی

با کنکاش در لابه‌لای قوانین شکلی راجع به آیین دادرسی متوجه خواهیم شد، قاعده‌ای که به طور مستقیم منع تلقین دلیل دادرس را جاری نماید، وجود ندارد، ولی در کنار احکام ادله اثبات دعوا، در مواردی تلقین دلیل وسیله دادرس منع شده است. از جمله ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که طرح سؤالات تلقینی را ممنوع کرده است. همچنین ماده ۲۳۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی اعلام می‌نماید: « دادگاه نمی‌تواند گواه را به ادای گواهی ترغیب یا از آن منع یا او را در کیفیت گواهی راهنمایی یا در بیان مطالب کمک نماید، بلکه فقط مورد گواهی را طرح نموده و او را در بیان مطالب آزاد می‌گذارد». تنها ماده‌ای که راه‌گشای ما شده است؛ قلمروی ماده مذکور می‌باشد. ترغیب در لغت خواهان کردن، گراینده کردن، راغب کردن، به رغبت آوردن و گراینده‌گی می‌باشد (معین، ۱۳۸۲: پیشین، ص ۳۰۵) و منع در لغت به معنی

بازداشتن، جلوگیری کردن، ممانعت، و منع تعقیب می‌باشد (همان، ص ۱۲۳۱). با دقت در معنی لغات، به نظر می‌رسد، ترغیب یا منع دادرس در ماده مذکور، با ماهیت و فلسفه تلقین دلیل دادرس هماهنگی داشته است. به دیگر سخن، راهنمایی دادرس در کیفیت گواهی و کمک به طرف دعوا باعث می‌شود که دادرس در این مقام، آزادی طرف را در ادای شهادت، سلب می‌نماید و نهایتاً خود را از بی‌طرفی خارج می‌کند. نتیجتاً، می‌توان بر این اعتقاد بود که در این ماده به صراحت به « منع تلقین دلیل دادرس در شهادت شهود »، اشاره شده است و در این موضوع تردیدی به نظر نمی‌رسد!

در فقه با اصطلاح « تعتبه شاهد »، دادرس از تعتبه ممنوع است.^۱ در معنی تعتبه گفته شده است: **تَعْتَبُهُ: أَفْلَقَهُ أَوْ أَكْرَهَهُ فِي الْأَمْرِ حَتَّى قَلِقَ. تَعْتَع فِي الْكَلَامِ: تَرَدَّدَ فِيهِ مِنْ حَصَرٍ أَوْ عِيٍّ. تَعْتَعَهُ،** یعنی او را به قَلِق و اضطراب انداخت؛ او را به کراهت وادار کرد، مکرهاً به امری وادار نمود.^۲ البته تحقیق مجدد از شهود و مواجهه آنان وفق

۱. البته بعضی قلمروی این ماده را به موارد منع تحصیل دلیل توسط دادرس سرایت داده اند! (۲۶، ۱۳۸۹، ص ۸۳).

۲. قال الشهيد الثاني رحمه الله في بيان **تعتبه الشاهد**: «هو أن يُداخله في التلَفُظ بالشهادة، بأن يدخل في أثناء نطقه بها كلاماً يجعله ذريعة إلى أن ينطق به، و يعدلعمًا كان يريده هداية له إلى شيء ينفع، أو إيقاعاً له فيما يضر، أو يتعقبه عند فراقه بكلام ليحمله تنمة شهادته، و يستدرجه إليه بحيث يصير به الشهادة مقيدة أو مسموعة أو مردودة سواء كان الشاهد يأتي بما داخله به و تعقبه لولاه أم لا.» (اردبیلی، ۱۴۲۳ هـ: ج ۱، ص ۴۱۴) - حکم **تعتبه القاضي الشاهد** أو ترغيبه في الشهادة أو إيقاعه عزم الغريم عن الإقرار: لا خلاف أجده فيه. (أن يتعتب الشاهد و هو أن يداخله في) أثناء (التلفظ بالشهادة) بكلام يجعله ذريعة إلى أن ينطق به، و يعدل عمًا كان يريده هداية له إلى شيء ينفع أو إيقاعاً له فيما يضر (أو يعقبه) بكلام ليحمله تنمة شهادته، و ليستدرجه إليه بحيث يصير به الشهادة مسموعة أو مردودة. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷ هـ: ج ۵، ص ۸۹) - **تَعْتَبُهُ،** أي أوقعه في القلق و الاضطراب، و أكرهه في الأمر. فمن يكره إنساناً في أمر ما و يوقعه في القلق و الاضطراب يقال له: **تَعْتَبُهُ.** (تهرانی، ۱۴۱۸ هـ، ج ۲، ص ۲۰۲) - لا يجوز للحاكم أن يتعتب الشاهد و هو أن يداخله في التلفظ بالشهادة أو يعقبه بل يكف عنه حتى ينتهي ما عنده و ان تردد و لو توقف في الشهادة لم يجز له ترغيبه إلى الإقدام على الإقامة و لا ترهيدته في اقامتها و كذا لا يجوز إيقاع عزم الغريم عن الإقرار لأنه ظلم بغريمه و يجوز ذلك في حقوق الله تعالى فان رسول الله ﷺ قال: لما عز عند اعترافه بالزنا لعلك لمستها و هو تعريض بائنا الاستنار. (قمشه ای، بی تا، ج ۱، ص ۲۴۳).

۳. إنسان کسی را که از روی کراهت به امری وادار کند و او دچار قلق و اضطراب شود گفته می‌شود:

ماده ۲۰۷ق. آ. د. ک. تعتعه محسوب نمی‌گردد. ولی، آیا تلقین دلیل دادرس در حقوق شکلی، صرفاً در أخذ اظهارات متهم یا شهادت شهود منع شده است؟ آیا می‌توان منع تلقین دلیل دادرس را موسع تفسیر نمود؟

به نظر می‌رسد، قاضی با «لقلقه کردن» کلمه و دلیل، با القا در تصمیم‌گیری فرد تلقین شونده، آزادی وی به مخاطره انداخته شده است و با اراده یک جانبه خود، دادرسی را به سرانجام می‌رساند. با دانستن فلسفه و علت منع تلقین دلیل دادرس، متوجه خواهیم شد که دایره منع تلقین دلیل را می‌توان با وحدت ملاک، موسع تفسیر نمود و در موارد مشابه، دادرس را از اعمال این عملکرد ممنوع ساخت. برای مثال: قاضی نمی‌تواند راه طرح دعوی صحیح را به مدعی یاد دهد، مثلاً بگوید: اگر دعوی به شکل ظنی و احتمالی طرح شود، مسموع نیست و طرح دعوی جزمی را (به اصحاب دعوا) یاد دهد و یا



تَعْتَعَهُ تَعْتَعٌ فِي الْكَلَامِ أَيْ تَرَدَّدَ مِنْ أَمْرٍ. یعنی از ناحیه ضیق صدر و تنگی سینه، یا مشکلاتی که برای او پیدا شد نتوانست بگوید و سخن خودش را بیان کند. بنابراین، معنی اینطور می‌شود: ضعیف بدون آن تَعْتَعٌ، یعنی بدون اینکه در کلام لکنتی داشته باشد که آن لکنت ناشی از حَصْرَ (بفتح صاد به معنی ضیق صدر) باشد، بدون هیچ خستگی و ضیق صدری برود حَقَّش را بگیرد؛ وقتی هم می‌خواهد بگیرد، با کلام گویا و روشن و فصیح، نه اینکه در مقابل حاکم بایستد و وقتی می‌خواهد شکایت کند و حَقَّش را بگیرد؛ در اثر جو ناملازم در کلام او تزلزل پیدا شود و نتواند خوب مطلبش را ادا کند. (همان، ص ۲۱۴ و ۲۱۳).

۱. لقلقه در لغت به معنای هر بانگ و آوازی که توام با حرکت و اضطراب باشد. (عمید، ۱۳۸۹: ص ۸۹۰) و

اللُّقْلُقَةُ: التَّحْرِيكُ. يُقَالُ: لُقْلُقُهُ: إِذَا حَرَّكَهُ، فَتَلَقَّقَ (واسطی، ج ۱۳، ص: ۴۳۰) و همچنین در روشن تر شدن مفهوم کلمه «لقلقه» گفته شده است که، لُقْلُقَةُ اللِّسَانِ فِي التَّلَفُّظِ مَعَ عَدَمِ الْإِعْتِدَادِ بِالنِّيَّةِ مَتَرَجًّا كَمَا يَخَافُ الْيَوْمَ مِنَ الْعَوَامِ إِذْ يَسْتَلُونَ عَنْ كَيْفِيَّةِ التَّعْبِيرِ فِي التَّلَفُّظِ عَنِ النِّيَّةِ لِلصَّلَاةِ وَ يَجَابُ بِعَدَمِ التَّلَفُّظِ وَ الْإِكْتِفَاءِ بِمَجْرَدِ النِّيَّةِ. (محقق داماد، ۱۴۰۱ هـ ق، ص ۲۶۸). هم چنین است که در عقود کلمه لقلقه این گونه، آمده است: و يبقى الكلام، في صحة مثل هذا العقد أو الإيقاع شرعاً، وإن لم يقصد ما له تعين واقعي- ولو بهذا النحو من التعين- فليس فيه إلا مجرد لقلقة اللسان (اصفهانی، ج ۲، ۱۴۱۸ هـ ق: ص ۳۲).

۲. أي يحرّم على القاضي أن يلقن أحد الخصمين، و أن ينبّهه على وجه صحيح من الحجاج، بأن يعلمه دعوى صحيحة إذا لم يأت بها، مثل أن يدعي بطريق الاحتمال فيعلمه أن يدعي بالجزم حتى تكون دعواه مسموعة (اردبیلی، ۱۴۰۳ هـ ق: ج ۱۲، ص ۵۴).

عنوان اتهامی خاصی را به شاکی القا کند. همچنین صاحب نظران فقهی در ضمن ممنوعیت دادرس از تلقین دلیل اشاره می نمایند که « تلقین کردن قاضی به مدعی دعوا، در این که به طور جزمی ادعا نماید تا دعوایش شنیده شود، ممنوع است. همچنین است که مدعی، ادعای ادای دین و امانت نماید و دادرس مدعی علیه را در انکار آن تلقین نماید و هم چنین جایز نیست که دادرس کیفیت احتجاج و غلبه را ارشاد نماید، البته در زمانی که نداند حق با وی می باشد؛ و الا جایز است»^۱.

گفتار سوم: فلسفه تحصیل دلیل و توجیه ارشاد قضایی

بند نخست: فلسفه تحصیل دلیل در قانون شکلی

لازمه بی طرفی دادرس توسط دکترین قاعده منع تحصیل دلیل دانسته شده (مدنی، ۱۳۷۶: ص ۱۴) و مبنا و استدلال خویش برای تفسیر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، حکومت اصحاب دعوی مدنی در ارائه ادله معرفی و نهایتاً ماده ۱۹۹ تعدیل این قاعده پنداشته شده است (کاتوزیان، برگرفته از ش ۲۱ به بعد- ۹، جلد ۳، ۱۳۸۷: برگرفته از ش ۲۰۱ به بعد)؛ ولی استفاده از تجربیات و دانش دادرس، در ارزیابی ادله ارائه شده طرفین، نفی نشده است (همان، برگرفته از ش ۲۸ به بعد) ولی اگر مبنای قاعده منع تحصیل دلیل، خروج از بی طرفی دادرس باشد، این اصل نباید استثنای پذیر باشد. چرا در دوره حکومت قانون قدیم آیین دادرسی مدنی، در دعاوی خانواده^۲ و دعاوی حقوقی^۳ اجواز

۱. لا يجوز للقاضي أن يلقن أحد الخصمين شيئاً. يستظهر به على خصمه كأن يدعي بنحو الاحتمال فيلقتنه أن يدعي جزماً حتى تسمع دعواه أو يدعي أداء الأمانة أو الدين فيلقتنه الإنكار، وكذا لا يجوز أن يعلمه كيفية الاحتجاج وطريق الغلبة، هذا إذا لم يعلم أن الحق معه وإلا جاز. (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۰۹).

۲. ماده ۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳: « دادگاه می تواند هر نوع تحقیق و اقدامی را که برای روشن شدن موضوع دعوی و احقاق حق لازم بداند از قبیل تحقیق از گواهان و معلمین استمداد از مددکاران اجتماعی و غیره به هر طریق که مقتضی باشد انجام دهد. »

۳. ماده ۸ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب ۵۶: « در رسیدگی به کلیه دعاوی حقوقی ارزش و موعد اقامه دلایل برای اصحاب دعوی همان است که در قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده ولی دادگاه می تواند هر گونه تحقیق و یا اقدامی را برای کشف واقع به عمل آورد. در مواردی که بر دادگاه معلوم باشد

تحصیل دلیل، داده شده بود؟ با این تفصیلات در مورد مبنای ماده ۱۹۹ بیش تر دچار تردید می‌شویم؟ حتی کسانی که فلسفه منع تحصیل دلیل را خروج از بی‌طرفی می‌دانند، معتقدند که به هر حال دادرسی باید وجدان خود را معیار تمیز حق قرار دهد؛ اگر چه آزادی ماده ۱۹۹ را بی‌قید و بند نمی‌دانند (همان، ش ۲۳). در مقابل، واقعیت ماده ۱۹۹ ق. ج. آ. د. م. این دانسته شده است که مقتضای اقتناع وجدانی دادرسی، امکان به عمل آوردن کلیه تحقیقات توسط وی است و با توجه به سنگینی مسئولیت اخروی قاضی در قبال تصمیم‌گیری‌های خود در دعاوی، باید به وی امکان داده شود که هر اقدامی را که برای رسیدن به اقتناع وجدانی لازم می‌داند، انجام دهد. در مذاکرات انجام شده، هنگام بررسی این ماده نیز موافقان آن چنین استدلال کرده‌اند که قاعده "منع تحصیل دلیل" وجاهت شرعی نداشته و باعث می‌شود که قاضی دین و دنیای خویش را فدای پای‌بندی به قاعده‌ای نماید که



استناد یا تقاضای یکی از طرفین موثر در اثبات ادعا نیست دادگاه می‌تواند با استدلال از ترتیب اثر دادن آن خودداری کند. »

۱. در سیستم دوره اقتناع وجدان قاضی، برخلاف روش دلایل قانونی، اصالت را به تشخیص قاضی در کشف حقیقت می‌دهند. در سیستم اقتناع وجدانی، قاضی در تعیین ارزش دلایل آزاد است و می‌تواند برای رسیدن به علم و یقین به هر نوع اقدامی متوسل گردد و به علت آزادی قضایی از اعمال جبر و فشار به منظور تکمیل دلایل بی‌نیاز می‌گردد. (۳۹، ۱۳۸۹، ص ۲۴) - به عبارتی در نظام مذکور ادله طریقت دارند و قضات رسیدگی کننده، شایستگی و صلاحیت دارند که ادله ارائه شده را در عمق وجدان خویش مورد سنجش قرار دهند (تدین، ۱۳۸۸، ص ۳۱۶ و ۳۱۷).

۲. اندیشه‌های حقوقی دانایان و رویه قضایی تمایل به جمع دو قاعده دارد تا معیاری برای تعیین مرز آزادی دادرسی به دست آورد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: جلد ۱، ش ۲۴) ولی به نظر می‌رسد قاعده مندرج ماده ۱۹۹ و آزادی وی در کشف حقیقت، مانع مستدل و مستند بودن رای و معافیت دادرسی از توجیه نظر خویش نیست. به دیگر سخن، ما بر این اعتقادیم که، نسخ قاعده منع تحصیل دلیل افراط تلقی نمی‌گردد؛ بلکه نگرشی نو در دادرسی تلقی می‌گردد و شایسته احترام است.

۳. هم چنین اصل ۲ - ۲۱ اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی به صراحت اعلام می‌دارد: امور موضوعی وقتی اثبات می‌گردند که دادگاه به طور متعارف از صحت و درستی آنها اقتناع شود. (پور استاد، ۱۳۸۷: ص ۵۷).

حجیت شرعی ندارد و از نظام‌های حقوقی بیگانه اقتباس شده است. (رزاقی، خرداد ۱۳۸۹، ش ۱۰۵، ص ۱۱۲). اگرچه ما هم، معتقد به آزادی بی قید و بند نشده‌ایم؛ تفسیر مضیق از ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، پاگذاردن بر روی اقتناع دادرسی و فلسفه وضع ماده ۱۹۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی دانسته شده است.

به نظر می‌رسد، مبنای تحصیل دلیل در قانون جدید آیین دادرسی مدنی و قانون آیین دادرسی کیفری، نیاز به کشف پدیده حقیقت مقدس در دعاوی حقوقی و جزایی است.^۱ به دیگر سخن، فلسفه جواز تحصیل دلیل توسط قانون‌گذار، احترام بیش‌تر به اقتناع دادرسی و دستیابی وی به امارات قضایی می‌باشد.^۲ البته دادرسان باید، مبنای استناد خود را در هر روشی که طبق اوضاع و احوال دست یافته‌اند، معین نمایند.^۳ می‌توان بر

۱. اهمیت کشف حقیقت تا به آن جاست که دادگاه‌های اتریش **قصور و کیل را در کشف حقیقت** از طریق موکل موجب مسئولیت وی می‌دانند. (پورااستاد: ص ۹۰) - قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در ماده ۱۰ اعلان می‌نماید که «دادرسی می‌تواند راسا انجام هر گونه ترتیب تحقیقی قابل پذیرش را دستور دهد» و هم چنین ماده ۱۱ این قانون به لزوم همکاری طرفین با دادرسی اشاره می‌نماید. این ماده اشاره می‌نماید که «در ترتیبات تحقیقی طرفین ملزم به همکاری هستند و الا دادرسی می‌تواند به عواقب امتناع یا عدول از این امر توجه نماید...» (محسنی، ۱۳۹۱: ص ۸۱) - اگر مبنای تحصیل دلیل را صرفاً کشف حقیقت بدانیم؛ می‌توان بر این باور بود که برای جلوگیری از تبانی افراد در صدور گزارش اصلاحی قضات می‌تواند برای حمایت از حقوق ثالث دست به تحصیل دلیل بزنند. به دیگر سخن، باید قایل به جواز تحصیل دلیل برای کشف حقیقت ماهیت سازش توسط دادرسی مدنی بود و راه اعتراض ثالث و ابطال گزارش اصلاحی را گرفت (الله‌خانی، ۱۳۹۱: ش ۷۳، ص ۷۷ و ۷۸).

۲. ظن متاخم به علم نیز همانند یقین است و اگر بر مبنای سخت‌گیری فقها به ظن، اعتباری ندهیم این سخت‌گیری اگر از حد معمول بگذرد، **نظام اثباتی** را دچار اختلال می‌نماید. عصر تجربه و استقرا، حدس‌ها و ابطال‌ها و پیشرفت‌های علمی بیگمان در نظم اثباتی موثر افتاده است: کارشناسی بر مبنای همین نشانه‌ها و فریبه‌ها و اعتماد بر احتمال معقول نهاده شده است و شگفتی اماره‌های قضایی از واکنش‌های طبیعی اندیشه‌های علمی و تجربی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: شماره ۶۴، ص ۱۲۸ و ۱۲۹)

۳. بعضی در روند نظارت دیوان در بند ۵ ماده ۳۷۱ تردید می‌نمایند و آن را امری مختلط (حکمی و موضوعی) می‌دانند و در زیرنویس سخنان خود با تردید بیش‌تر گویند: ای چه بسا بند ۵ ماده ۳۷۱ تخلف



این اعتقاد بود که خلط فلسفه تلقین دلیل با تحصیل دلیل دادرس، باعث منع تحصیل دلیل در سال ۱۳۱۸ شده است و برای جبران خلا در دادرسی در طول ۳۵ سال (از سال ۱۳۱۸ تا ۱۳۵۳)، جواز آن ابتدائاً در ماده ۳ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ و سپس در سال ۱۳۵۶ در ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۵۶ داده شد. آن چه باید مصرانه به منع آن اقدام گردد، تلقین دلیل دادرس است نه تحصیل دلیل وی. اگر کماکان مفهوم و فلسفه منع تلقین با تحصیل برای ما روشن نشده است، هم‌چنان در پی این اختلاف هستیم که آیا باید به تعدیل تحصیل دلیل نظر دهیم یا نسخ آن؟ خلط تلقین دلیل با تحصیل دلیل این عارضه را در پی خواهد داشت که ماده ۱۹۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی، مضیق و در پرتو جواز در نصوص قانون، تفسیر می‌گردد و چیزی جز انفعال دادرس را در دعاوی حقوقی در پی نخواهد داشت. در واقع نباید بنخاطر ترس از نداشتن ضمانت اجرا در صورت زیاده روی دادرسان در اجرای ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م، به سرکوب کامل آزادی قضایی جهش داده شود. به نظر می‌رسد، آزادی قضایی جز با رعایت اصول راهبردی محقق نمی‌شود.

بعضی، قلمرو تحصیل دلیل دادرس را به موارد مصرح توسط قانونگذار محدود کرده‌اند. برای مثال، معتقدند، دادگاه در اجرای ماده ۱۹۹ ق.ج، تحقیقات و اقداماتی را برای کشف حقیقت می‌تواند انجام دهد که در حکومت "قاعده منع تحصیل دلیل" انجام دادن آن‌ها مستلزم درخواست اصحاب دعوا بود (شمس، ۱۳۸۷: ج ۳، ش ۲۱۰) و

از ماده‌ی ۱۹۹ دادرس باشد و در نهایت عدم نظارت دیوان بر امر موضوعی را محدود به چگونگی اقتناع قاضی تفسیر می‌نمایند (غمامی، زمستان ۱۳۸۹: ش ۴، ص ۲۷۴) - به نظر می‌رسد که این اختلاف نظر از چگونگی تفسیر از ماده‌ی ۱۹۹ نشات می‌گیرد. و باید بند ۵ ماده‌ی ۳۷۱ در کنار سایر مواد (ماده‌ی ۱۹۹ ق.ج. آ. د. م) بر نظارت دادرس دیوان عالی، حکومت کند. - در هر حال رویه قضایی امروزه از این دیدگاه سستی فاصله گرفته است و دیگر نمی‌توان بین وظایف دادرس و اصحاب دعوا تمایزی خشک قابل گشت و به موازات حق اصحاب دعوا در اظهار امور موضوعی و ابراز دلایل مربوطه خود، قاضی می‌تواند به اقدامات و تحقیقات لازم برای اظهار امور موضوعی متوسل شود. برآیندی که آن را اصل تعاون توصیف می‌نمایند (پوراستادی، دوره ۳۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷: ص ۱۱۳).

حتی بعضی قلمروی کشف حقیقت را در موارد سکوت قانون همچون تحقیق محلی پذیرا نمی‌گردند و صرفاً در موارد منصوص به دادگاه اختیار کشف حقیقت داده شده است (الله خانی، ج ۲، ص ۱۰۴). ولی در پاسخ باید گفت که اگر ماده ۱۹۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی در قلمروی موارد مصرح قانونی محصور شده باشد، تصویب آن از سوی قانون‌گذار چه سودی در بر خواهد داشت؟ به دیگر سخن، با این تفکر، فلسفه تصویب ماده ۱۹۹ قانون جدید دادرسی مدنی لغو و بیهوده قلمداد می‌گردد و به آن نیازی احساس نمی‌شود. پس ما در تعریف این نهاد باید به فلسفه تصویب آن تمرکز داشته باشیم تا در تعریف و دایره آن دچار مشکل نشویم.

برای درک بهتر عملکرد مقدس دادرس در کشف حقیقت، به نظر می‌رسد، باید بین ادله اثبات دعوا که محصور و معین می‌باشند و راه‌های وصول به ادله و اقناع دادرس تمایز قایل شد. می‌توان بر این اعتقاد بود که راه‌های رسیدن به کشف واقع و حقیقت برای دادرس محصور نیست و ذکر اختیارات دادگاه در اجرای کشف حقیقت، در مواد مختلف قوانین دادرسی مدنی و کیفری، از باب تمثیل و غلبه می‌باشد. به نظر می‌رسد با دانستن مبنا و فلسفه تحصیل دلیل، جواز توسعه ماده ۱۹۹ به راحتی داده می‌شود و تحصیل دلیل توسط دادرس، قاعده‌ای پسندیده قلمداد می‌گردد. برای مثال، در مورد قراردادهای چرا دادرس قبل از جریان اصول عملیه همچون اصل صحت، در قرارداد فحص و جست و جو ننماید؟ چرا نتواند، به صلاح‌دید خویش با استجواب از طرفین دعوی حقوقی، تحقیق از شهود، مسجّلین اسناد و مطلعین، در آخر به جریان اصل صحت ملزم باشد؟ اگر مبنای تحصیل دلیل را صرفاً کشف حقیقت بدانیم، می‌توان بر این باور بود که برای جلوگیری از تبانی افراد در صدور گزارش اصلاحی، قضات می‌توانند برای حمایت از حقوق ثالث دست به تحصیل دلیل بزنند. به دیگر سخن، باید به جواز تحصیل دلیل برای کشف حقیقت ماهیت سازش توسط دادرس مدنی بود و راه اعتراض ثالث و ابطال گزارش اصلاحی گرفته شود. (همان، ص ۷۷ و ۷۸).

بند دوم: فواید توجیه ارشاد قضایی توسط دادرس و مرزبندی آن با تلقین دلیل دادرس

"ارشاد" در لغت به معنای راه نمودن، راه راست نمودن، راه به حق نمودن، به حق و

درستی رهنمون کردن، راهنمایی و هدایت می‌باشد (معین، ۱۳۸۲: ص ۸۲). برای روشن شدن نقش دادرس در ارشاد طرفین دعوا، بهتر دانسته می‌شود ارشاد قضایی را نظیر احکام ارشادی که از سوی شارع به انگیزه هدایت صادر شده‌اند، تفسیر شود! حال در مقام پاسخ به این سؤالی که ماهیت ارشاد توسط دادرس چیست؟

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؛ باید گفت به نظر می‌رسد، ارشاد از ناحیه دادرس برای طرفین دعوا نیز به منزله حکم ارشادی قلمداد می‌گردد. چرا که دادرس با ورود در ماهیت دعوا و تلاش برای کشف حقیقت، بدون این که موضوع یا حقی را به فرد القا نماید و باعث تزلزل در تصمیم‌گیری فرد گردد، ممکن است حقوق یا تکالیفی را به طرفین دعوا گوشزد نماید. 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 به نظر می‌رسد، دادرس در صورت شک به جعلی بودن سند عادی، می‌تواند طرفین را در صورت ادعای حقی، به انکار، تردید یا ادعای جعل راهنمایی کند و این گونه، راه اطالهی دادرسی و جلوگیری از صدور آرای معارض گرفته شود و تسریع و نظم دادرسی بیشتر تضمین گردد. یا با وجود عدم حضور خواننده در جلسه دادرسی، با مطالعه دقیق قرارداد و شروط ضمیمه شده به آن، به شرط داوری استناد نماید و با عدم استماع دعوا، خواهان دعوا به طرح دعوای خود به داوری رهنمون و ارشاد شود. چرا باید دادرس، به انتظار

۱۷



توجه ارشاد قضایی در محاکمه و تفکیک آن از مفاهیم مشابه

۱. حکم به لحاظ صدور آن به جهت مولویت یا ناصحیت و مرشدیت به حکم مولوی و حکم ارشادی تقسیم شده است. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ هـ.ق: ج ۳، ص ۳۵۰) 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. (همان، ج ۱، ص ۳۵۸)
۲. اگر چه طرف دعوا می‌تواند از این راهنمایی، بهره ببرد یا استفاده نکند (قاعده‌ی اقدام).

خواننده در احکام غیابی، بنشیند و راه اطاله دادرسی را هموار نماید؟ دادرس می‌تواند در نهایت بی‌طرفی با کنکاش قضایی برای انشای رایی مستند، مستدل و نهایتاً محسوس و عینی، تلاش کند. آیا این عملکرد فرایسندیده قلمداد نمی‌گردد؟

می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرس جنبه ارشادی داشته و در جهت مصلحت ذی‌نفع صورت می‌گیرد. البته ارشاد دادرس (همچون حکم ارشادی توسط شارع مقدس)، جنبه مولوی ندارد و فرد به تبعیت از آن ملزم نیست. در همین جا است که فاصله تلقین توسط دادرس با ارشاد توسط وی جدا می‌گردد؛ چرا که دادرس 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 توسط بعضی، ارشاد به ابراز دلیل، توسط دادرس تحصیل دلیل دانسته نشده و یادآوری تکلیف گماشته می‌شود. (مهاجری، ۱۳۸۹: ص ۲۷۲)

به نظر می‌رسد ارشاد توسط قضات، برخلاف تلقین دلیل، عملی مقدس و فرایسندیده توصیف می‌شود. در تقویت نظر خویش اشاره شده است که بزرگان فقهی، قائل به تفکیک بین تلقین دعوی و ارشاد هستند و به برشماری تفاوت‌های آن همت گمارده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹ ه. ق: ص ۳۳ و ۳۴)؛ 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 (شهید اول، ۱۴۱۷ ه. ق: ص ۸۴) (همان، ۱۴۱۴ ه. ق: ج ۴، ص ۴۰۷) (حلی، ۱۴۰۷ ه. ق: جلد ۴، ص ۴۸۴) و حتی آن از واجبات دانسته شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳ ه. ق: ج ۱۴، ص ۱۵۵ و ۱۵۶) و هم چنین بعضی استفسار و تحقیق را بلاشکال می‌دانند هر چند که این امر به تلقین صحت دعوا، بینجامد و حتی اگر یکی از طرفین جاهل باشد و تحریر دعوا را نداند و دادرس آگاه باشد، تلقین نمی‌باشد. (خدابخشی، ۱۳۹۰: ج ۱، ص ۳۸۵) البته، تعاون به نیکی هم عملکرد قاضی تفسیر می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ ه. ق: ج ۴۰، ص ۱۴۴). هم چنین، در فقه بیان احکام شرع برای طرفین دعوا، داخل در مسأله تلقین و حرام دانسته نشده است (مکارم، ۱۴۲۷: ج ۳، ص ۱۴۹) قاضی نباید به احدالخصمین تلقین حجّت 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 (همان، ۱۴۲۴: ج ۲، ص ۷۲). نهایتاً، 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 یک-طرفه، هدایت می‌شود؛ ولی، ارشاد بدون سلب اختیار و قصد از سوی دادرس، باعث می‌گردد که طرق دفاعی به طرفین گوشزد شود؛ ولی، آزادی ایشان سلب نمی‌شود. برای مثال، دادرس 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 انشای رای مبادرت نماید.

البته هنوز جای طرح این سؤال برای خوانندگان باقی است که توسعه آزادی قضایی در جهت جلوگیری از اطاله دادرسی، صدور آرای متعارض و تقریب به اقناع دادرس، چگونه در روند دادرسی قابل کنترل است؟ به دیگر سخن، چگونه عملکرد قضات در رویه قضایی و گرایش آنان به سمت تحصیل دلیل، ارشاد قضایی و یا تلقین دلیل قابل تشخیص است و چگونه می‌تواند قابل کنترل باشد؟ از آن جا 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 دعوای 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 بوی تلقین می‌دهد؛ یا ارشاد یا تحصیل در جهت کشف حقیقت قضایی؟ آیا دادرس با گرایش به سمت تحصیل دلیل در کنار ادله ابراز شده طرفین دعوای حقوقی و فراتر از موارد پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی مدنی اصول راهبردی رعایت شده یا یک طرفه به انشای رای مبادرت شده است؟ خلاقیت قاضی در لابه لای ادله طرفین دعوای حقوقی



در جهت کشف حقیقت، اصول و قواعد مهمتری را همچون اصول و قواعد راهبردی را زیرپا نگذاشته است؟ به نظر می‌رسد با فراهم شدن هر چه بیش‌تر علنی بودن دادگاه‌ها و حضور همراهان طرفین دعوای حقوقی و جزایی در دادرسی با رعایت نظم جلسات، می‌توان عملکرد قاضی را در مرجع عالی به چالش کشید؛ چرا که الفاظ قاضی و سعی وی در تلقین دلیل یا تحصیل دلیل یا ارشاد به دقت نظر قضات در دادرسی بستگی تامی دارد. به دیگر سخن، شهود در دادرسی و صورت جلسات دقیق در مرجع عالی کمک وافری خواهد نمود. البته، پیشنهاد می‌گردد که با فراهم شدن فایل صوتی یا تصویری در نظام دادرسی‌های جزایی و مدنی و ضمیمه شدن آن به پرونده، در کنترل الفاظ و عملکرد قاضی در کشف حقیقت در مراجع عالی، گره کار واضح‌تر به دست مرجع عالی سپرده شود و مراجع مذکور از طریق فایل‌های گفته‌شده، عملکرد قاضی را به چالش خواهند کشید و دادرسی‌ها پویاتر و دقیق‌تر خواهند شد. طبق ماده ۴۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ضبط صوتی یا تصویری، صرفاً در محاکمات دادگاه کیفری یک، مجاز دانسته شده است!

باری در قوانین شکلی در مورد جواز ارشاد توسط دادرس، مقرره‌ای به صراحت پیش‌بینی نشده است؛ ولی قانونگذار در ماده ۱۸۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی در مورد سازش بیان می‌نماید: "در صورتی که دادگاه احراز نماید طرفین حاضر به سازش نیستند آنان را برای طرح دعوا ارشاد خواهد کرد." بعضی، قلمرو ماده در مورد سازش را به ارشاد برای طرح دعوا توسط دادرس محدود نموده‌اند. (مهاجری، ۱۳۸۹: ص ۲۵۵). 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 جواز تحصیل دلیل را طبق قاعده پنداشتیم و به ارشاد دادرس قائل شدیم، سؤال این است که آیا عملکرد دادرس استثنایی دارد؟ طبق قاعده‌ی فقهی «ما من عام الا فقد خص» متوجه

۱. ماده ۴۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اعلام می‌نماید: «محاکمات دادگاه کیفری یک، ضبط صوتی و در صورت تشخیص دادگاه، ضبط تصویری می‌شود. انتشار آن‌ها ممنوع و استفاده از آن‌ها نیز منوط به اجازه دادگاه است.»

می‌شویم که قواعد راهبردی، همچون حاکمیت اصحاب دعوی مدنی،^۱ تناظر (شمس، شماره ۳۶ - ۳۵، ص ۵۹ و ۶۱) و مستند و مستدل بودن آرا (اصل ۱۶۷ قانون اساسی، غمامی، همان، ص ۲۷۹) 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 با قواعد مذکور تعارضی ندارد^۲ و دادرس را از ارشاد^۳ به حقوق دفاعی متداعیین جهت رسیدن به واقع منع نمی‌کند. به نظر می‌رسد، در خصوص ارشاد قضائی نیز تکلیف به اعلام حقوق متهمان، از جمله حق وکیل، سکوت، اعتراض و... از این دست می‌باشد که پیش‌بینی تکلیف به تصریح آن توسط مقنن به ارتقای سطح دادرسی کمک شایانی خواهد نمود. لیکن به هر حال، تفهیم موارد مذکور که در قانون فعلی به سکوت برگزار شده است و ذکر قابلیت اعتراض به آراء در محاکم حقوقی و کیفری و مرجع آن، می‌تواند نمونه‌های بارز قانونی از این مفهوم دانسته شود. مرز حضور فعال دادرس از یک طرف با منع تلقین دلیل دادرس و از طرف دیگر

۲۱



توجه ارشاد قضایی در محاکمه و تفکیک آن از مفاهیم مشابه

گرایش به ارشاد دادرس، بیش‌تر محسوس می‌شود. همچنین، امنیت اجتماعی و فضای اعتماد افراد به دادگستری، با انشای رای مستدل، مستند، محسوس و عینی از سوی دادرسان جزایی و حقوقی، فراهم شده است. برای مثال، محکوم‌علیه با نظاره کردن عملکرد دادرس، بهتر در اجرای احکام، تمکین می‌شود و حتی با بیان عملکرد دادرس در اجتماع از سوی طرفین دعوا، دیدگاه افراد جامعه به نهاد دادگستری بهتر می‌گردد و

۱. بعضی این اصل راهبردی را، تسلیط (شمس، ج ۲، ص ۱۲۲) و بعضی تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا (پورطهماسبی، ۱۳۸۴: شماره پیاپی ۱۹۰) و بعضی حاکمیت اصحاب دعوی مدنی نامیده اند. (پوراستاد، ۱۳۸۹: ص ۹۹)

۲. 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 ی ابتکار عمل اصحاب دعوا در شروع و پایان دعوا ۲. قاعده ی اختصاص امور موضوعی به اصحاب دعوا و امور حکمی به دادگاه ۳. قاعده ی منع تعدی و تفریط از خواسته و تغییر آن (پوراستاد، همان، صفحات ۹۷-۱۲۵)

۳. اگر چه بعضی تلقین را به ارشاد دادرس تشبیه نموده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۱۴۱۴) ولی به نظر می‌رسد ارشاد در غیر احکام شرعی و قانونی توسط دادرس = تلقین خواهد بود.

کمتر به دادگستری خصوصی پناه آورده می‌شود. به دیگر سخن، امنیت اجتماعی و قضایی در فضای خارج از دادگستری فراهم می‌گردد. همچنین مزایای دیگر ارشاد از ناحیه دادرسی و نهایتاً 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 قضازدایی در پناه فعالیت دادرسی محقق می‌شود.

در قوانین دادرسی کشور آلمان نیز آخرین تغییرات، حاکی از پذیرش ارشاد قضایی توسط دادرسی در جهت کمک به حفظ تمرکز در موضوعات مورد دادرسی و هدایت صحیح طرفین می‌باشد (۶۳، Kunze, Vol. 27, No.1, March 2002). دادگاه‌های تجدیدنظر کشور هلند، اجرای ارشاد را همراه با سؤالاتی در دادرسی پذیرفته‌اند! 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 کرده است!

نتیجه‌گیری

۱. ما براین اعتقادیم که با تلقین دلیل و فن القای کلام یا دلیل به طرف دعوا از سوی دادرسی (اعم از این که به سود یا ضرر تلقین شوند) آزادی طرفین دعوا در دفاع، برابری سلاح‌ها در دادرسی، آزادی استفاده از اقدامات دفاعی در دادرسی و نهایتاً تسلط

1. Applying Holland- the Court of Appeal applies the Supreme Court's guidance on de facto directors : by Lawrence Graham on 17.06.2011 ,

- 64 <http://www.ion.icaew.com/insolvencyblog/22358>

2. Jersey: Bloggers And Data Protection - New Law And Judicial Guidance In Last Updated: 12 September 2013 , Article by Fraser Robertson and Jersey , Davida Blackmore - 65

<http://www.mondaq.com/x/262400/offshore+financial+centres/Bloggers+and+Data+Protection+New+Law+and+Judicial+Guidance+in+Jersey> - 66

داشتن افراد بر جهات و موضوعات دعوا، سلب شده است و در نتیجه دادرس از بی‌طرفی خارج می‌شود؛ النهایه می‌توان گفت که تلقین دلیل، از مصادیق "خروج از بی‌طرفی دادرس" قلمداد می‌گردد.

۲. با کنکاش در قانون آیین دادرسی مدنی، آیین دادرسی کیفری و فقه متوجه می‌شویم، قاعده‌ای که به طور مستقیم "منع تلقین دلیل دادرس" را جاری نماید، وجود ندارد؛ ولی در کنار احکام ادله اثبات دعوا، ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۹ تنها موادی هستند که به طور ضمنی به آن اشاره می‌شود. در فقه به استناد منع "تعتعه شاهد" دادرس از تعتعه ممنوع است. تعتعه به معنی قَلَق و اضطراب انداختن یا به کراهت وادار کردن می‌باشد. به نظر می‌رسد، قصد تلقین شونده با "لقلقه کردن" کلمه و دلیل با القا در قوه‌ی تصمیم‌گیری فرد توسط تلقین کننده، زایل می‌شود و با اراده یک‌جانبه خود دادرسی به سرانجام رسانیده می‌شود.

۲۳



۳. اگر مفهوم و فلسفه منع تلقین با تحصیل برای ما روشن نگردد؛ هم چنان در پی این اختلاف هستیم که آیا باید به تعدیل منع تحصیل دلیل نظر دهیم یا نسخ؟ خلط تلقین دلیل با تحصیل دلیل این عارضه را در پی خواهد داشت که ماده ۱۹۹ مضیق و در پرتوی جواز در نصوص قانون تفسیر می‌گردد و چیزی جز انفعال دادرس را در دعاوی حقوقی در پی نخواهد داشت. کسانی که قلمروی تحصیل دلیل دادرس را در موارد مصرّح توسط قانونگذار محدود کرده‌اند، ظاهراً به خطا رفته‌اند. می‌توان بر این اعتقاد بود که راه‌های رسیدن به کشف واقع و حقیقت برای دادرس محصور نیست و دادرس با کشف حقیقت در پرتو هر قرینه قانونی، قرینه غیرمصرّح قانونی و اوضاع و احوال (اماره قضایی) می‌تواند، مستدل انشای رای نماید. چرا نباید قضات با خلاقیت قضایی بنابر اوضاع و احوال هر پرونده، راه جست و جوی حقیقت را بیمایند؟ به نظر می‌رسد، نباید قائلین به نسخ قاعده منع تحصیل دلیل را به دید افراطی نگریم؛ چرا که فلسفه تحصیل دلیل دادرس خروج از بی‌طرفی دادرس نیست.

۴. با مقتضای ماده ۱۹۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۲۳ و ۲۰۴ ق.آ.د.ک.

مصوب ۱۳۹۲، آزادی قضایی دادرس فراهم شده است و تحصیل دلیل با التزام دادرس به کشف حقیقت در امور کیفری و حقوقی به عنوان یک تکلیف پسندیده مطرح می‌شود.

۵. با نگاهی هوشمندانه به فلسفه و ماهیت "منع تلقین دلیل" و "تحصیل دلیل دادرس"، ارشاد قضایی، نظیر احکام ارشادی که از سوی شارع به انگیزه‌ی هدایت صادر شده‌اند، فرایسندیده می‌باشد؛ چرا که دادرس با ورود در ماهیت دعوا و تلاش برای کشف حقیقت، بدون این که موضوع یا حقی را به فرد القا نماید و باعث تزلزل در تصمیم‌گیری وی گردد، ممکن است حقوق یا تکالیفی را به طرفین دعوا گوشزد نماید. می‌توان بر این عقیده بود که امر و نهی دادرس جنبه ارشادی و در جهت مصلحت ذی‌نفع ادا می‌گردد. البته ارشاد دادرس (هم چون حکم ارشادی توسط شارع مقدس)، جنبه‌ی مولوی ندارد و فرد به تبعیت از آن ملزم نیست.

۶. به‌طور اختصاصی در امور کیفری، وجوب تحصیل دلیل، به‌رغم عدم درخواست یا حتی با مخالفت طرفین جهت وصول به حقیقت، واقعیتی انکارناپذیر است. پیشنهاد می‌شود مقنن کیفری با تعیین شرایط و اوضاع و احوال خاصی که اقدام دادرس در جهت تحصیل دلیل را ضروری می‌داند، برآیند صحیح دعاوی کیفری را افزایش دهد. در خصوص ارشاد قضایی نیز تکلیف به اعلام حقوق متهمان، از جمله حق داشتن وکیل، سکوت و اعتراض از این دست می‌باشد که پیش‌بینی تکلیف به تصریح آن توسط مقنن به ارتقای سطح دادرسی کمک شایانی خواهد نمود. لیکن به هر حال، تفهیم موارد مذکور که در قانون فعلی به سکوت برگزار شده است و ذکر قابلیت اعتراض به آراء در محاکم حقوقی و کیفری و مرجع آن می‌تواند نمونه‌های بارز قانونی از این مفهوم دانسته شود.

منابع

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران، انتشارات گنج دانش.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). دایره المعارف علوم اسلامی، قضایی، ج ۱، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۳. شیخ مفید، المقنعه (۱۴۱۷). چاپ چهارم، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۴. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ معین، یک جلدی، چاپ اول، تهران، نشر ندا و دیدگاه، ۱۳۸۲.
۵. بازگیر، یدالله (۱۳۷۹). قانون مدنی در آینه آرا دیوان عالی کشور (عقود و تعهدات)، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی.
6. <http://fa.wikipedia.org/>
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ پنجم، تهران، انتشارات میزان.
۸. مهاجری، علی (۱۳۸۹). مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکرسازان.
۹. شمس، عبدالله (۱۳۸۷). دوره‌ی پیشرفته آیین دادرسی مدنی، ج ۳، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات دراک.
۱۰. پوراستاد، مجید (۱۳۹۱). نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ دوم، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- 11 <http://psychostudent.persianblog.ir/>
۱۲. کی‌نیا، مهدی (۱۳۸۹). روان‌شناسی قضایی، ج ۲ و ج ۱، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۳. کریمی، یوسف (۱۳۸۷). « بررسی آزمایشی اثر تلقین بر ادراک بویایی »، فصلنامه‌ی علوم اجتماعی دانشگاه علامه طباطبائی، شماره‌ی ۸.
۱۴. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶هـ.ق). زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت ①، ج ۱، ج ۲، ج ۳، ج ۴، ج ۵ بی جا، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت ①.



۱۵. اصفهانی، مجلسی اول، محمد تقی (۱۴۰۰ق). یک دوره فقه کامل فارسی، در یک جلد، بی جا، مؤسسه و انتشارات فراهانی.
۱۶. بروجردی، آقا حسین طباطبایی (۱۴۲۹). منابع فقه سبعه، مترجمان: حسینان قمی، مهدی- صبوری، محمدحسین، ج ۳۰، تهران، انتشارات فرهنگ سبز.
۱۷. خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۵ق). تحریر الوسیله، ترجمه: علی اسلامی، ج ۴، چاپ ۲۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. سنگلجی، مرحوم شیخ محمد (۱۳۶۹). آیین دادرسی در اسلام، نشر طه، قزوین.
۱۹. ناجی، مرتضی (پاییز و زمستان ۱۳۸۵). «بی طرفی در دادرسی کیفری»، نشریه حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷.
۲۰. قمی صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۰۹ق). مترجم: غفاری، علی اکبر و محمد جواد و صدر بلاغی، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، چاپ اول، تهران.
۲۱. قمی، محمد مومن (۱۴۲۲ق) مبانی تحریر والوسیله، قضا و شهادت، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۲. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت ❶ (فارسی)، ج ۴۱، ملاحظات: صاحب امتیاز و مدیر مسئول: سید محمود هاشمی - سردبیر: عبد الرضا ایزدینا، قم، انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی در مذهب اهل بیت ❶.
۲۳. خالقی، علی (۱۳۸۸). آیین دادرسی کیفری، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
24. <http://www.uscourts.gov/>
۲۵. دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۹). ادله اثبات دعوا، تهران، انتشارات میزان.
۲۶. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۲۳ق). فقه القضا، ج ۱، چاپ دوم، قم.
۲۷. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت ❶، ج ۵، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت ❶.
۲۸. تهرانی، سید محمد حسین حسینی (۱۴۱۸ق) ولایت فقیه در حکومت اسلام، ج ۲، بیروت، انتشارات دارالحججه الابيض.
۲۹. قمشه ای، محمد علی اسماعیل پور، البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء، ج



- ۱، چاپ اول، قم.
۳۰. عمید، حسن (۱۳۸۹). فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، تهران، انتشارات رشد.
۳۱. واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴ق) تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، چاپ اول، بیروت. لبنان، انتشارات دار الفکر للطباعة و النشر و التوزيع.
۳۲. مدنی، جلال الدین (۱۳۷۶). ادله اثبات دعوا، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۳۳. محقق داماد، محمد (۱۴۰۱). کتاب الحج، چاپخانه مهر، چاپ اول، قم.
۳۴. اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸). حاشیه کتاب المكاسب (الأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۲، قم، أنوار الهدی.
۳۵. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۴، چاپ اول، محقق / مصحح: آقا مجتبی عراقی - علی پناه اشتهاودی - آقا حسین یزدی اصفهانی، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۶. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسيلة، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول.
۳۷. رزاقی، کیانوش (۱۳۸۹). «استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران»، نشریه حقوقی کانون، شماره ۱۰۵.
۳۸. بهرامی، بهرام (۱۳۸۹). بایسته‌های ادله اثبات، چاپ دوم، تهران، مؤسسه فرهنگی نگاه بینه.
۳۹. تدین، عباس (۱۳۸۸). تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، انتشارات میزان، تهران.
۴۰. پوراستاد، مجید (۱۳۸۷). اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی چاپ اول تهران، انتشارات شهر دانش.
۴۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۵). وکلای جوان بدانند، انتشارات دادگستر، تهران.
۴۲. محسنی، حسن (۱۳۹۱). آیین دادرسی مدنی فرانسه، چاپ دوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۴۳. لله خانی، سحر (۱۳۹۱). «سازش و چالش‌های آن در آیین دادرسی مدنی»،

خبرنامه مدرسه حقوق، ش ۷۳.

۴۴. کاتوزیان، امیر ناصر (تابستان ۱۳۸۳). «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۴.
۴۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان.
۴۶. غمامی، مجید و مجتبی اشراقی آرانی (۱۳۸۹). «فواید عملی و نظری تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی»، ۴۸. فصلنامه‌ی حقوق، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۴.
۴۷. پوراستاد، مجید (۱۳۸۷). «اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی»، نشریه فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸.
۴۸. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت ①، ج ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت ①.
۴۹. عاملی، جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۷). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد دوم، چاپ دوم، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۱. شهید اول، عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۴). غایه المراد فی شرح نکت الارشاد، ج ۴، چاپ اول، محقق/ مصحح: رضا مختاری، همراه حاشیه ارشاد شهید ثانی به چاپ رسیده است، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵۲. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، جلد ۴، محقق/ مصحح: مجتبی عراقی، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۳. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الذهان، ج ۱۴، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۴. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۰). مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی، جلد اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.



۵۵. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (ق ۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، چاپ هفتم، محقق / مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، بیروت - لبنان، انتشارات دار إحياء التراث العربی.
۵۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۰۷ق). محقق / مصحح: ابو القاسم علیان نژادی، استفتاءات جدید (مکارم)، ج ۳، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب ⑨.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۶ق). کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب ⑨.
۵۸. شمس، عبدالله، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، فصلنامه دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۶ - ۳۵.
۵۹. غمامی، مجید و حسن محسنی (زمستان ۱۳۸۵). «اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی های دادرسی مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۶۰. شمس، عبدالله (۱۳۸۷). آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۲، انتشارات دراک، چاپ بیستم، تهران.
۶۱. پورطهماسبی، محمد و حسن محسنی (۱۳۸۴). «اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا»، مجله کانون وکلای مرکز، شماره پیاپی ۱۹۰.

62. Dr Axel Kunze, Major Changes in the German Civil Procedure code, Vol. 27, No.1, March

63. 2002, axel.kunze@ linklaters. Com

64. Applying Holland- the Court of Appeal applies the Supreme Court's guidance on de facto directors : by Lawrence Graham on 17.06.2011

65. Jersey: Bloggers And Data Protection - New Law And Judicial Last Updated: 12 September 2013 , Article by Guidance In Jersey , Fraser Robertson and Dauida Blackmore ,

