

The role of the judge in studying the reason and discovering the truth in jurisprudence and law of Iran and England by looking at the principles and rules of transnational civil procedure

Abstract

In discussing the evidence of litigation in civil matters, the philosophy of civil litigation is to discover the truth, not just the chapter on hostility. In this regard, Islam also obliges the judge to administer justice, and in this regard, differentiates in what litigation the judge is judging. No, because the criterion for action is the realization of the right. In this descriptive-analytical study, with a new analysis of the rule of prohibition of reason and its difference with indoctrination, the role of the judge in studying reason and discovering the truth has been discussed and the findings indicate that the active role of the civil judge in litigation and civil liberties in judicial evaluation, civil arguments such as criminal reasons are now accepted in most jurisdictions such as English law and transnational civil procedure, and in Iranian law with a new analysis of the prohibition of reason and changes. In the Code of Civil Procedure, the lofty goal of the trial can be achieved, during which the existing gaps will be identified.

Keywords: Evidence Assessment, Judge's Powers, Transnational Civil Procedure, Truth Discovery, Hostility Chapter

<https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.284479.1692>

نقش قاضی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت در فقه و حقوق ایران و انگلستان با نگاهی به اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی
فراملی

مهدی عباسی سرمدی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۱

وحید معین^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۵

چکیده

در بحث دلیل اثبات دعوا در امور مدنی فلسفه داوری مدنی پیدا کردن حقیقت بود نه صرفاً فصل خصومت، در همین ربودا اسلام نیز اجرای حق و عدل را به داور تکلیف کرده و در این خصوص در این که داور در چه دعوایی به قضاوت نشسته بود تفاوتی قائل نشده، زیرا ملاک عمل احقاق حق بود. در این پژوهش که با روش توصیفی - استدلالی انجام شده با استدلالی نو از قاعده ی منع دفاع از دعوا و تفاوت آن با تلقین دفاع به نقش دادرسی در دفاع از دعوا و پیدا کردن حقیقت پرداخته شده بود و یافته ها حاکی از آن بود که نقش فعال داور مدنی در داوری و آزادی داور مدنی در ارزیابی قضایی دلیل مدنی مانند دلایل کیفری، امروزه در بیشتر نظام‌های داوری مانند حقوق انگلیس و آیین داور مدنی مافوق ملیت مورد پذیرش قرار گرفته بود و در حقوق ایران نیز با استدلالی نو از قاعده منع دفاع از دعوا و تغییراتی در قانون آیین داوری مدنی می توان به هدف والای داوری دست یافت که در این اثنا خلاء های موجود نیز مشخص شده بود.

واژگان کلیدی: ارزیابی دفاع، اختیارات داور، آیین داوری مدنی مافوق ملیت، پیدا کردن حقیقت، فصل خصومت

دانشیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران (نویسنده مسئول)^۱

دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران^۲

با تحولات صورت گرفته، داور حقوقی دیگر مانند گذشته مأمور فصل خصومت و ملقب به داور نیست، بلکه اصل آزادی ارزیابی دلایل، این امکان را ایجاد می‌کرده است تا داور مکلف نباشد صرفاً به ظاهر دلیل که مبتنی بر علم عادی بود عمل کند، بلکه می‌تواند به قناعت وجدان که راه رسیدن به حقیقت واقعی بود دست یابد. قلمرو اختیارات داوران حقوقی، موضوعی بود که بحث در مورد آن سابقه دیرینه دارد سیر تحولات سیبود قضایی به هدف رسیدن به واقع و اجرای عدالت که هدف داوری اسلامی بود و نیز به تأثیر از تحولات جهانی، موجب افزایش اختیار و آزادی داور در بودفاده از دلیل شده بود؛ زیرا این انتظار بی‌جا بود که از یک‌طرف داور محدود در تعدادی دلیل با ارزش مفروض قانونی باشد و از طرف دیگر او را مکلف به کشف واقع بدانیم این گرایش متضاد به نفع کشف حقیقت پیش رفته و باعث پذیرش نظام آزادی دلیل و اختیار ارزیابی قضایی دلایل که از مهم‌ترین ویژگی‌های این نظام بود به عنوان یک اصل گردیده بود.

مدیریت داوری بر عهده دادرس بود و اوست که باید اساسی‌ترین عنصر داوری یعنی بی‌طرفی را رعایت کرده است، با این حال میل به پیدا کردن حقیقت به عنوان هدف داوری او را بر آن می‌دارد که بتواند به دفاع از دعوا نیز بپردازد، این تعارض می‌بایستی چگونه حل گردد؟ اینکه از طرفی داور بی‌طرف باشد در جانب مقابل بتواند دفاع از دعوا کرده است، برقراری توازن در این میان اهمیت دارد، اینکه بتوان حدومرز مشخصی را میان این دو تعیین کرد. این مسئله باید در حقوق ما روشن شود به‌علاوه استدلال تطبیقی و متن‌هایی که در حقوق کشورهای دیگر به‌طور خاص انگلیس و آیین داوری مدنی مافوق ملیت کمک می‌کرده است که دید واقع‌بینانه‌تری نسبت به این موضوع داشته باشیم. بر پایه اهمیتی که داوری در حقوق دارد بر آن شدیم که این موضوع را استدلال کنیم و به عنوان موضوع پژوهش خود مدنظر قرار دهیم. باشد که بتوان در مسیر نائل شدن به عدالت در داوری قدمی را برداریم.

در این مقاله به دنبال اهدافی هستیم و برای تحقق این اهداف تلاش خواهیم کرد. نخستین هدف آن بود که نشان دهیم که اساساً دادرس چه نقشی در دفاع از دعوا و پیدا کردن حقیقت دارد و آیا تلاش‌های او برای پیدا کردن حقیقت بدون حدومرز بود؟ آیا می‌توان آزادی دفاع از دعوا دادرس را فراتر از چارچوب دلیل قانونی در نظر گرفت؟ تغییر موضع مقنن از منع دفاع از دعوا تا پذیرش ماده ۱۹۹ قانون آیین داوری مدنی چگونه استدلال می‌شود؟ نقش علم دادرس در اثبات چیست؟ آیا هرگونه عملی در ربودای علم دادرس از طرف وی قابل بودناد بود یا در این باره محدودیت وجود دارد؟

تحقیقاتی این چنینی، نه تنها جنبه توصیفی دارند، بلکه شفاف‌کننده موضع مقنن و حقوق در باب امر بسیار مهم داوری بود. امید آن بود که با تحقیق خود در این زمینه گامی مفید در راه زدودن پرده‌های ابهام و استدلال نقش و جایگاه بسیار

پراهمیت دادرس در فرآیند داوری باشیم، جایی که دستگاه قضایی آمده بود تا آرزوی دیرینه بشر یعنی نائل شدن به عدالت را جامه عمل بپوشاند در ربودای نیل به همین اهداف بود که آن‌ها را در قالب این پروژه تحقیقی تفصیلی پیگیری کرده‌ایم. پرسش اصلی که در این پژوهش به دنبال پاسخگویی به آن هستیم آن بود که دادرس چه جایگاهی در فرآیند دفاع از دعوا دارد؟ محدودیت‌های دادرس در فرآیند دفاع از دعوا و پیدا کردن حقیقت چیست؟ در حقوق انگلستان دفاع از دعوا چگونه توسط دادرس انجام و چگونه ارزیابی می‌شود؟ در مجموعه اصول و قواعد آیین داوری مدنی مافوق ملیت دفاع از دعوا توسط دادرس چگونه ارزیابی می‌شود؟ می‌توان گفت با وجود اصل حاکمیت صاحبان دعوی بر دعوا، دادرس به عنوان مدیر فرآیند داوری نقشی فراتر از توصیف دعوا و داور را دارد، زیرا علاوه بر توصیف غیر مبتنی بر بودناد طرفین، ارزیابی ارزش و اعتبار دلیل هم با اوست، به علاوه ماده ۱۹۹ قانون آیین داوری مدنی ایران به ظاهر دفاع از دعوا توسط دادرس را پذیرفته بود.

با توجه به نص قانون دادرس می‌تواند هرگونه تحقیق و اقدامی لازم بدانند برای پیدا کردن حقیقت انجام دهد، این متن فاقد قید بود و به عنوان اصل در نظر گرفته می‌شود، لیکن محدودیت‌هایی چون عدم خروج از حالت بی‌طرفی دادرس، مشروعیت دفاع از دعوا بر آن بار می‌شود. در حقوق انگلستان مسئله‌ای تحت عنوان دفاع از دعوا توسط دادرس پیش بینی نشده بود. لیکن تحولاتی که در سال‌های اخیر در حقوق این کشور رخ داده نظام قضایی این کشور را مختلط کرده که نشانه بازتر کردن دست دادرس در دفاع از دعوا بود. در اصول و قواعد آیین داوری مدنی مافوق ملیت، اصل و قاعده مجزایی با عنوان تجویز دفاع از دعوا توسط دادرس مطرح نشده بود. لیکن از بررسی چندین اصل و قاعده می‌توان هدف نگارندگان این مجموعه را به بازتر کردن دست دادرس در دفاع از دعوا مشاهده کرد.

۱-۱. طرح بحث: دلیل از نظر آنکه در مرحله داوری به کار می‌رود مورد نظر قانون قرار گرفته بود، زیرا اثبات وقایع و دفاع از آن عموماً در دادگاه بود و از طرف دیگر کسی که در دادگاه دفاع ابراز می‌دارد در به کار بردن آن آزاد نیست، بلکه در حدود مقررات مربوط به داوری که در آیین داوری مدنی بیان شده بود می‌تواند استناد نماید. همچنین داور نمی‌تواند به‌طور آزاد هر زمان دفاع از طرفین دعوا بپذیرد و یا دعوایی که نزد او مطرح می‌شود آزادانه خود دفاع آورد و از حقیقت جست‌وجو کرده است و یا وجدان خود را حاکم قرار دهد و به هرچه معتقد می‌شود به آن رأی دهد، بلکه باید حدود دلیلی ابرازی از ناحیه طرفین دعوا به حقیقت راه یابد و تصمیم اتخاذ نماید، اگرچه از خارج آن نزد او مسلم باشد (امامی، ۱۳۷۹: ۹). درست بود در حال حاضر به موجب ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م، در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل طرفین می‌تواند راساً برای پیدا کردن حقیقت هرگونه اقدامی را که لازم بود انجام دهد اما این نکته شایان ذکر بود که دادگاه نمی‌تواند از نظام دلیل قانونی فراتر رود و مواردی را به عنوان دفاع بپذیرد که در شمار دلیل قانونی نیست دادگاه در اقداماتی که برای پیدا کردن حقیقت انجام می‌دهد باید قواعد شکلی دلیل را رعایت کرده است برای مثال اگر راساً قرار کارشناسی یا تحقیق محلی صادر کرده است باز هم باید همان قواعد صدور و اجرای قرارهای مذکور را رعایت کرده است.

۲. در فقه و حقوق اسلامی

با تتبع در فقه و حقوق اسلامی نیز نظریاتی گوناگون در خصوص نقش دادرس در داوری وجود دارد که به استدلال انفعال‌گرای در داوری و به تدریج گذر از استدلال انفعال‌گرایی به استدلال‌ی نقش فعال‌دور در داوری می‌باشد که از محتوای نظریات فقها قابل‌اصتیاد بود.

۲-۱. استدلال انفعال‌گرایی‌دور

عده‌ای از فقیهان در آثار خود در کتاب قضا به موضوعی پرداخته‌اند که مرتبط با بحث مبود؛ شیخ طوسی فقیه قرن پنجم هجری در جواب به این مسأله که پس از تحریر دعوا توسط مدعی، آیا دادرس می‌تواند بدون تقاضای وی، از مدعی علیه درخواست پاسخگویی به دعوای طرح‌شده را نماید. در نهایت میرزا حسن آشتیانی فقیه قرن چهاردهم نیز در کتاب معروف خود با عنوان «کتاب القضا» ضمن رد نظریات صاحب‌جواهر با این بوددلال که وقتی شروع عملی حق کسی باشد به طریق اولی ترک آن نیز حق اوست در این زمینه به جرگه فقیهان فردگرا پیوسته بود (آشتیانی، ۱۳۸۳: ۲۶۹/۱). بنابراین بحث و استدلال حاکمیت اراده صاحبان دعوی و تقابل آن با اراده حاکم به عنوان نماینده حکومت مورد اقبال فقه و حقوق اسلامی بوده بود از بررسی مجموع این اقوال چنین بر می‌آید که اکثریت فقیهان اسلامی اراده متداعیین را مقدم بر حاکم دانسته‌اند (پوربو داد، ۱۳۹۱: ۴۰).

۲-۲. استدلال فعال‌گرایی‌دور

در آغاز قضاات زیرک و کاردان، گاهی برای کمک به مظلومی که احقاق حق او به طور ساده و عادی در محاکمه میسر نبود چاره‌جویی‌هایی می‌نمودند و از فطانت و تیزهوشی خود در رفع ابهام و تهیه دفاع در حدود رخصت شرع بودمداد می‌کردند. این چاره‌جویی قضایی که برای بیچارگان بود در دوره اعمال نفوذ خلفا و صاحبان قدرت برای تأمین میل‌ها و درخواست‌های آنان به کار افتاده و جامه حیل و تمویه پوشیده بود و عنوان «حیل» یافت (طباطبایی، ۱۳۵۱: ۸۵). صاحب‌جواهر، شیخ محمد حسن نجفی، از فقیهان قرن ۱۳ با این بوددلال که حل و فصل اختلافات حق دادرس بود، حقوق صاحبان دعوی را نادیده گرفته بود؛ اما نکته جالب در نظریه صاحب‌جواهر این بود که وی این بوددلال فقیهان دیگر را که به بودنداد «شاهد حال» دادرس بدون درخواست مدعی، از مدعی علیه تقاضای پاسخگو کند، را نیز رد کند و بر این نظر بود که شاهد حال مبنای قول اول بود که تقاضای پاسخ را منوط به درخواست مدعی کرده بود (نجفی، بی‌تا: ۱۵۷/۴۰). به نظر می‌رسد که صاحب

۱. عبارت شیخ بدین صورت است: «... و لکن الا وجه خلافه وفاقا للمحکی عن جماعه، لاصل و لکونه حقا للحاکم المنصوب لقطع الخصومات الا ان یسقط حقه ...».

۲. عبارت شیخ بدین صورت است: «... و لکن فیه ان ذلک رجوع الی قول بالتوقف علی التماسه المدلول علیه بشاهد الحال».

جوهر را با توجه به نظریاتش و تقارن حیاتش با عصر اجتماع‌گرایی (قرن بیستم میلادی) باید از فقیهان اجتماع‌گرا تلقی نمود که معتقد به نقش فعال داور هستند. (پیشین، ۱۳۹۱: ۱۰۵).

۲-۳ دفاع از دعوا و تلقین دفاع

تحصیل بر وزن تفعیل در لغت به معنای ستاندن و جمع کردن و گردآوردن بود (دهخدا: ۴۲۴/۱۴). در تعریف دفاع از دعوا آورده‌اند: «دفاع تراشی - هر دفاع که ارایه آن از وظایف مدعی باشد، اگر او آن را به دادگاه اظهار نکرده است و دادرس ارتجالاً به نفع مدعی، دفاعی را که از وظایف مدعی بود مستند رسیدگی به نفع مدعی قرار دهد عمل دادرس را در این وضع دفاع از دعوا گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۱۵۳/۲) در ادبیات حقوق واژه تحصیل در جاهایی مورد بودفاده قرار گرفته بود که منظور آن به دست آوردن امر یا چیزی بود که متعلق به دیگری می‌باشد «دفاع از دعوا» نیز عملی بود که صدور آن از ناحیه دادگاه متصور بود: اگر دادگاه دفاع را که به منزله‌ی یک شیء تحت مالکیت صاحبان دعوی و حق اقامه، تقدیم یا اظهار آن به طور انحصاری در اختیار آن هبود، تحصیل کرده است از دو حالت خارج نیست یا یکی از صاحبان دعوی چنین درخوبودی از دادگاه نموده بود، که در این حالت داور «اداره دفاع» کرده بود یا بدون درخوبود یکی از صاحبان دعوی، دادگاه رأساً در مقام کسب و اداره دفاع برمی‌آید، در این صورت «اداره فصولی دفاع غیر» نموده بود. به نظر می‌رسد دفاع از دعوا به عنوان یک امر قبیح در مورد اخیر معرفی شده بود (پوربوداد، ۱۳۹۱: ۴۹).

تلقین در لغت به معنای در دهان نهادن، یاد دادن، فرازبان دادن و شخصی را وادار به گفتن کلامی کردن بود (معین: ۱/ذیل واژه) و در اصطلاح حقوق اسلامی (پیشین، ۱۳۷۸: ۵۱۷۶/۲) عبارت از این بود که دادرس به هر وجهی سخن در دهان صاحبان دعوی بگذارد، خواه در نحوه طرح ادعا باشد، خواه در اطراف خوبوده، و خواه در اطراف دفاع طرفین دعوا، بدین ترتیب شناخت دفاع از دعوا بدون شناسایی و تشخیص «تلقین دفاع» غیر ممکن بود. تشابه این دو اصطلاح چه از حیث ظاهر لفظ و چه از جهات دیگر، باعث شده بود که گاهی این دو اصطلاح آن چنان با یکدیگر مشتبه گردند که حل آثار ناشی از آن دو را مشکل کرده است. آن چه بر این اشکال و پیچیدگی می‌افزاید آن بود که اولی ریشه در حقوق لائیک دارد و دومی ریشه در فقه و حقوق اسلامی. بوداد دکتر جعفری لنگرودی در آثار خود تلاش کرده بود که رابطه‌ی میان این دو اصطلاح و حدود ثغور آن دور را تعیین کرده است؛ ایشان در یکی از آثار خود واژه‌ی اسلامی «تلقین دفاع» را کامل تر از «دفاع از دعوا» دانسته (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹: ۷/۱) و در اثری دیگر، «تلقین دفاع» را اصح از اصطلاح «دفاع از دعوا» تلقی کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۴۲۴/۲). با کمال تعجب در جای دیگری از همین اثر بر این اعتقاد هستند: «تلقین دفاع هم دفاع از دعوا محسوب بود (همان، ۱۳۷۵: ۱۶۸/۲). و در تازه‌ترین تألیف خود، «تلقین دفاع» را اصح از دفاع از دعوا بر شمرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲/ذیل واژه). همچنین، یکی از بودادان آیین داوری مدنی بر این عقیده هستند که چون داور از تلقین دفاع ممنوع بود، به طریق اولی از دفاع از دعوا نیز ممنوع می‌باشد (شمس، ۱۳۸۳: ۱۱۶/۳).

برای شناسایی نقش دادرس در دفاع از دعوا و پیدا کردن حقیقت در داوری مدنی ایران ناگزیریم ابتدا به اهداف داوری بپردازیم تا بتوانیم بدین وسیله نظام حاکم بر دلیلی اثبات دعوا را مشخص نموده و به استدلال مواد قانونی و بنای قانونگذار ایران بپردازیم.

۳-۱. هدف داوری

برای قضا در لغت، معانی متعددی ذکر شده بود ولی مهمترین معنی آن فصل، قطع و حکم کردن بود (الفیومی مقری، ۱۴۰۵: ۵۰۷/۲؛ القزوینی الرازی، ۱۴۰۴: ۹۹/۵) گویا حاکم با حکم خود بین دو طرف دعوا فصل و نزاع را قطع می کرده است. معنای اصطلاحی قضا برگرفته از معنی لغوی آن بود و در اصطلاح عبارت بود از: فصل خصومت میان متخاصمین و حکم به ثبوت حق نسبت به دعوای مدعی و یا عدم ثبوت حق نسبت به دعوای او (خویی، ۴۰۵/۱). واژه ی «حقیقت» گاهی در مورد چیزی که دارای وجود و ثبات بود به کار می رود. فصل نیز به معنای جدا شدن یکی از دو چیز از دیگری بود تا این که میانشان فاصله و شکاف ایجاد شود (اصفهان، ۱۴۱۲: ۶۳/۳)، همچنین به معنی مانع و حاجز و فاصله میان دو چیز آمده بود (دهخدا، ۱۳۷۳: ذیل واژه). خصومت نیز از خصم به معنی نزاع می باشد (همان، ۱۴۱۲: ۶۶۲/۱) همچنین در لغت به معنی عداوت، دشمنی، منازعه، کشمکش و به زحمت و سختی انداختن یکدیگر آمده بود (پیشین، ۱۴۰۵: ۱۷۱/۱).

۴. نظام دلیل حاکم در داوری

در رابطه با نحوه پذیرش دفاع در داوری دو نظام اصلی وجود دارد: نظام دلیل آزاد یا اخلاقی که به نظام دلایل آزاد، نظام وجدان دادرس یا دلایل معنوی نیز مشهور بود و نظام دلیل قانونی که ارزش و قدرت اثباتی دلایل توسط قانون مشخص می شود. این دو، نظام های اصلی حاکم بر داوری در دنیای امروز می باشند و در خصوص دلیل اثبات دعوا یکی از این دو نظام یا ترکیبی از آن ها پذیرفته شده بود (گودرزی، ۱۳۹۷: ۲۴).

۴-۱. نظام دلیل آزاد

چنانچه به داور اجازه داده شود با توسل و توجه به هر امری که او را به حقیقت رهبری کرده و باعث علم و یقین دادرس به واقعیت قضیه شده و به قناعت وجدان او ختم شده و بر آن مبنا تصمیم خود را مستقیماً با یقین خود صادر نماید با روش آزاد اثبات مواجه خواهیم شد که از آن با نظام دلیل اخلاقی نیز یاد می شود در این سیستم دادرس در جریان داوری و جمع آوری دلیل دارای آزادی بود بنابراین مزیت آن این بود که تا حد زیادی حقیقت قضایی با حقیقت واقعی مطابق بود و

حکم قضایی مطابق با عدالت بود این روش فعلاً در حقوق آلمان و سوئیس و انگلیس و آمریکا و مسائل تجاری تقریباً در تمام ممالک جریان دارد (السنهوری، ۱۸۹۵: ۲۸).

می‌توان گفت از مهم‌ترین ویژگی‌های نظام دلیل آزاد، اختیار ارزیابی قضایی دلیل و اعتبار و ارزش دلایل به قناعت وجدان داور بود. چنین اختیاری که لازمه داوری عادلانه بود موجب می‌گردد داور تنها به ظاهر دلیل که مبتنی بر علم عادی هستند محدود نگردد و برای دسترسی به واقع به عنوان هدف داوری، پس از ارزیابی دلیل اگر به قناعت مخالف ظاهر دلیل دست یابد چشم خود را بر روی هر دلیل مخالفی، هرچند که اقرار باشد ببندد؛ زیرا دلایل مبتنی بر علم عادی‌اند و بر پایه غلبه بودوارند اما قناعت وجدان داور منتج از ارزیابی دلیل و ناشی از مجموعه شرایط و اوضاع و احوال خاص هر پرونده بود که چنین یقینی موجب سکون نفس برای داور می‌گردد.

می‌توان این‌گونه استدلال کرد که قانون نمی‌تواند اختیار قضاوت خودسرانه را به وجدان قضاوت واگذار کرده است و به این علت بود که قانون به دادرسی می‌گوید: شما حق ندارید کسی را محکوم کنید مگر این‌که دلایل کافی علیه او داشته باشید قانون حتی پا را از این هم فراتر گذاشته بود، چه خود قانون، خواه برای بررسی و خواه برای پذیرش این دلایل قواعد و نظاماتی را وضع کرده بود قواعدی که بدون رعایت و به کار بستن آن‌ها قضاوت هرگز نخواهند توانست با هر اعتقاد شخصی که داشته باشند، کسی را محکوم کنند.

با توجه به مراتب می‌توان گفت در این روش از نظر حدود قدرت و اختیارات دادرسی در ارتباط با دلایل دعوا دو نتیجه مرتب بود؛ از یک طرف دادرسی آزاد و مختار بود که برای رسیدن به اعتقاد و اطمینان خود به هر نوع دفاعی متوسل گردد و از طرف دیگر او از آزادی مشابه دیگری نیز برای ارزیابی و سنجش قدرت اثباتی دلایل به دست آمده برخوردار می‌باشد در این صورت ملاحظه می‌شود که هیچ دفاعی فی‌نفسه و به تنهایی دارای قدرت اثباتی قانونی ثابت و مشخص و معینی که دادرسی ملزم به رعایت و تبعیت از آن باشد نیست. این همان قاعده‌ای بود که اغلب این‌طور عنوان و تعبیر می‌شود که در سیستم اعتقاد باطنی دادرسی دفاع بودنادی معنوی یا اقماعی هستند نه قانونی یا تعبدی. در نظام دلیل اثبات کیفری ایران این روش جنبه غالب دارد (فتحی، ۱۳۷۰: ۸).

۲-۴. نظام دلیل قانونی

اکثر قوانین قدیمی در مرحله بعدی دوران دگرگونی سعی بر علاج عیوب روش آزاد اثبات با محدود نمودن نقش داور در جریان دعوا و فیصله آن نموده‌اند این محدودیت از دو لحاظ بود: اولاً دلایل اثباتی توسط قانون‌گذار معین و ارزش آن‌ها نیز دقیقاً توسط مقنن مشخص گردیده به نحوی که صاحبان دعوی امکان اثبات به‌غیر از دلایل احصایی را نداشتند و داور نیز نمی‌توانست به این دلایل ارزش غیر از ارزش مقرر قانونی قائل شود ثانیاً دادرسی از دفاع از دعوا ممنوع و مفهوم انفعال داور از این حیث پذیرفته شد و عمل به علم شخصی داور ممنوع شد و دادرسی فقط به آن دفاع رسیدگی می‌کرده است که طرفین تدارک دیده‌اند به این نظام، نظام دلیل قانونی گفته می‌شود (پیمانی، ۱۳۵۶: ۱۷).

هدف این روش این بود که دادرس اطمینان و اعتقاد خود را بر اساس شرایط و مقررات و ضوابط قانونی که از پیش به وسیله قانون‌گذار تعیین و مشخص شده‌اند، بودوار سازد. بدین معنی که دادرس، در صورت فقدان شرایط و ضوابط لازم مذکور در جهتی که بیان شد، نمی‌توان عملی را محرز و مسلم بدانند و بالعکس صرف تحقق و اجتماع شرایط مقرر قانونی، دادرس را به طور اجتناب‌ناپذیر مکلف خواهد ساخت که اطمینان و اعتماد خود را حاصل شده فرض نموده و رای خود را بر آن اساس صادر کرده است.

۳-۴. نظام دلیل مختلط

می‌دانیم که قانون نمی‌تواند تمام شرایط و کیفیات دعاوی را مشخص و معین سازد، دلایل قانونی هم اغلب برای تأمین این منظور کافی نیست. در موارد عملی زیاد دیده شده بود که اعتقاد باطنی قضات از اظهارات دو گواه غیر مطمئن، مطمئن‌تر و قابل اعتمادتر بود. از این رو لازم بود که معلومات و بودنباط شخصی دادرس با عقل و درایت قانونگذار همکاری و تشریک کرده است؛ مثلاً گواهی دو مرد یک دفاع قانونی محسوب می‌شود ولی از یک طرف دادرس می‌داند که شهادت این اشخاص کذب بود؛ آیا محصور کردن دادرس به محکوم کردن چنین شخصی، قربانی کردن یک بی‌گناه به وسیله شمشیر بران قانون نخواهد بود؟

در نظام دلیل مختلط، اطمینان معنوی دادرس و اطمینان قانونی قانون‌گذار هر دو توأمأ مورد توجه قرار می‌گیرد. بر اساس این روش، دادرس باید برای اتخاذ تصمیم و صدور رأی هم شخصاً مطمئن می‌شود و هم اطمینانی قانونی بر مبنای ملاک‌ها و ضوابطی که قانون پیش‌بینی کرده بود برای او حاصل می‌گردد. برای اجزا و اعمال این قاعده حقوقی، به منظور تلفیق تأمین‌های دوگانه روش آزاد و قانونی اثبات، به دو صورت می‌توان عمل نمود؛ در تلفیق نوع اول، تعدد اطمینان در تمام موارد لازم و ضروری بود، خواه برای محکومیت و خواه برای برائت. در تلفیق نوع دوم که بیش از نوع اول توصیه شده بود، وجوب تحصیل هر نوع اطمینان فقط برای محکومیت پیش‌بینی شده بود (همان، ۱۳۵۶: ۲۲).

در این نظام (نظام دلیل مختلط) بین «ارزش اثباتی» و «قدرت اثباتی» دفاع باید قائل به تفکیک شد. ارزش اثباتی به معنای میزان تأثیر قانونی یا اقتناعی دلیل در ایجاد اطمینان برای دادرس مبنی بر صحت ادعاهای کسی بود که به آن بودند می‌نماید، برای مثال میزان اطمینان یا اقتناع حاصله از اقرار یا سند رسمی یا معاینه محل یکسان نبود و هر کدام ارزش اثباتی متفاوتی از این حیث دارند. در این مفهوم ارزش اثباتی بعضی دلیل به گونه‌ای تحمیلی در قانون مشخص شده بود (دلیل قانونی) و ارزش اثباتی بعضی دلیل دیگر به ارزیابی و اقتناع داور واگذار شده بود (دلیل اقتناعی). تفکیک بین قدرت اثباتی و ارزش اثباتی واجد نتایج علمی فراوان می‌باشد؛ به عنوان مثال ماده ۲۴۱ قانون آیین داورى مدنى جدید که ارزش اثباتی گواهی را با دادگاه می‌داند، شامل قدرت اثباتی گواهی نبوده و لذا دادرس اختیاری در تعیین میزان قدرت اثباتی گواهی (یعنی امور قابل اثبات با

گواهی) ندارد. بنابراین دادرسی نمی‌تواند به بودناد ماده ۲۴۱ مذکور برای اثبات مالکیت املاک، بر خلاف ماده ۲۲ قانون ثبت، شهادت شهود را دارای قدرت اثباتی بداند (عمروانی، ۱۳۹۶: ۳۶-۳۵).

۵. در حقوق انگلیس

در نظام حقوقی نوشته قضات بیشتر نقش یک تحقیق‌کننده را برعهده دارند که بر اساس دلایل موجود نسبت به طرح اتهام و پیدا کردن واقع بر اساس دلایل موجود اقدام کرده و تعیین ضمانت اجراهای جبرانی توسط آن‌ها نیز تنها در حدود قانون صورت می‌گیرد؛ به همان صورتی که قضات تنها نماینده و مجری قانون محسوب می‌شوند، وکلا نیز صرفاً در حدود منافع موکلین خود اقدام نموده و از نقش کلیدی چندانی برخوردار نمی‌باشند و در مقایسه با کامن‌لا نقش مدافعه‌ای وکلا در نظام حقوقی نوشته قریباً اقدام چشمگیری نیست. بر خلاف حقوق نوشته، در نظام کامن‌لا وکلا به معنای واقعی، نماینده موکلین خود در برابر قضات و هیأت منصفه بوده و اختیار به چالش کشیدن دلیل و شهود را دارا می‌باشند، شیوه‌ی عملکرد آن‌ها بدین صورت بود که برای قانع کردن دادگاه و هیأت منصفه در خصوص مسایل شکلی و موضوعی، در محضر دادگاه حاضر شده و دلیل خود را به صورت کامل ارایه می‌کنند، به علاوه که این کار تنها از طرف وکلا قابل انجام بوده و کس دیگر حق ارایه مدارک ندارد. گرچه عملکرد وکلا در سیستم‌های مختلف کامن‌لا متفاوت بود با این حال به سادگی می‌توان دریافت که به طور کلی وکلا در نظام کامن‌لا نقش بیشتری نسبت به نظام حقوقی نوشته داشته و به معنای واقعی یکی از ارکان مستقل درگیر در اجرای عدالت هستند (مهر، ۱۳۹۴: ۱۷-۱۶). به نظر نگارنده دفاع تأثیر وکلا آزادی قضات در ارزیابی و بررسی دلیل می‌باشد چرا که ارایه یک دفاع همیشه سرنوشت و نتیجه ثابتی در دعوی به دنبال ندارد و بسته به اقناع شدن دادرسی از دلیل ارایه شده بود و ممکن بود یک دفاع در یک دعوی مثبت امری بوده و دادرسی را نسبت به موضوع اقناع نماید در حالی که امکان دارد همان دفاع در دعوای دیگر هم به لحاظ ارزش اثباتی و هم اقناع داور و هم نحوه‌ی ارایه دفاع موجب اقناع داور نشده و مثبت دعوا قرار نگیرد.

قانون آیین داورسی مدنی انگلستان که حقوقدانان انگلیسی آن را در پی فراهم آوردن نوعی آیین داورسی مدنی می‌دانند که در عین سرعت و ارزانی از مقرراتی روشن، ساده و قابل فهم تشکیل یافته و همکاری طرفین با دادگستری را تضمین می‌کرده است (وولف، ۱۹۹۷: ۷۳۶-۷۰۹؛ جولووویس، ۱۹۹۶)، ذیل ماده ۱ در بند یک خود مجموعه‌ای از اهداف تعیین‌کننده را برای رسیدگی عادلانه به دعوا پیش‌بینی کرده و در بندهای دو و سه و چهار آن ماده، هم دادگاه هم طرفین را ملزم به همکاری در اجرای این اهداف دانسته بود. همچنین مطابق فصل سوم این قانون، دادگاه انگلیسی دارای قدرت تنظیم پرونده نیز هست به نظر می‌رسد که نظام قضایی انگلستان نیز در میان نظام‌های قضایی مختلف (در مقابل تفتیشی و اتهامی) باشد. حق دستیابی به دفاع ایجاب می‌کرده است.

۶. در آیین داوری مدنی مافوق ملیت

اصول و قواعد آیین داوری مافوق ملیت^۱ از اسناد ارشادی بین‌المللی در سلسله مراتب آیین داوری مدنی بود. اصول آیین داوری مدنی فرا ملی مصوب موسسه حقوق آمریکا (واشنگتن)^۲ و موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی (رم)^۳ سال ۲۰۰۴ می باشد. هدف از نوشتن این اصول یکنواخت سازی^۴ مقررات حقوق داوری با بودفاده از ابزارهای هماهنگ‌سازی^۵ و نزدیک سازی بود. نویسندگان اصول آیین داوری مدنی مافوق ملیت به این نتیجه رسیده‌اند که جای دسته‌ای از مقررات در حل و فصل اختلافات ناشی از دعوی بازرگانی بین‌المللی خالی بود به بیان دیگر تلاش برای یکنواخت سازی مقررات آیین داوری مدنی که در حقیقت می‌توان آن را به‌واسطه وابستگی به بدنه قضایی حاکمیت ملی جزء غیر منعطف‌ترین بخش‌های حقوق داخلی هر کشور به شمار می‌آورد نوآوری بود. در ادامه به اصول و قواعد مرتبط با موضوع پژوهش پرداخته خواهد شد.

۱-۶. اصل چهاردهم آیین داوری مافوق ملیت

از اصول مهم آیین داوری مدنی مافوق ملیت اصل ۱۴ این مجموعه اصول در خصوص «مسئولیت دادگاه در اداره داوری» بود؛ در بند های یک و دو و سه نیز به شرح آن پرداخته شده بود. دادگاه به منظور حل و فصل عادلانه و مؤثر دعوا و با سرعت متعارف، باید به طور "فعال" در سریع‌ترین زمان ممکن داوری را اداره کرده است. همچنین دادگاه باید به ویژگی مافوق ملیت دعوا توجه کرده است (بند یک). دادگاه باید تا حدی که به طور متعارف ممکن بود، با مشورت صاحبان دعوی، داوری را اداره کرده است (بند دو). دادگاه باید روال و ترتیبی را که قرار بود اختلافات بر آن اساس حل و فصل شوند و نیز برنامه زمانی ای را که مشتمل بر تاریخ و مواعد زمانی در هر مقطعی از داوری باشد، مشخص کرده است همچنین دادگاه می‌تواند این ترتیبات را تصحیح کرده است (بند ۳).

۲-۶. اصل شانزدهم آیین داوری مافوق ملیت

در خصوص امکان ارزیابی آزاد از دفاع یکی از مهم‌ترین اصول این روش داوری اصل شانزدهم آن بود. این اصل دارای شش بند بود. در بند اول آمده بود «به طور کلی دادگاه و هر یک از طرفین باید به دلایل مربوط به مورد دعوا و دلایلی که محرمانه و سری نیستند از جمله اظهارات صاحبان دعوی و گواهان، گزارش کارشناسان و همچنین اسناد دسترسی داشته

۱Principles and Rules of Transnational Civil Procedure
 ۲American Law Institute (ALI) at Washington, D.C,U.S.A
 ۳International Institute for Unification of Private law at Rom,Italy(UNIDROIT)
 ۴Unification
 ۵Harmonization
 ۶Approximation

باشند؛ همین اصل درباره دلایل ناشی از بازرسی اشیاء و معاینه محل یا در صورت اقتضاء نسبت به دلایل ناشی از آزمایش و معاینه اشخاص از نظر جسمی یا روانی جاری بود، صاحبان دعوی نیز حق دارند مطالبی را که دارای ارزش اثباتی هستند، به دادگاه اظهار کنند» این اصل تأکید بر دسترسی داور و صاحبان دعوی بر دلایل ابرازی و مرتبط با دعوی در بند دوم در خصوص تفحص داور در تحصیل دلایل موجود نزد صاحبان دعوی یا ثالث را مورد تأکید قرار می‌دهد و بیان می‌دارد: «... دادگاه باید دستور افشای دلایلی که نزد طرف مقابل یا در اختیار وی بود را صادر کرده است همچنین، در صورت ضرورت و وجود جهات موجه، دادگاه همین دستور را درباره دلایلی که نزد اشخاص ثالث یا در اختیار آن هبود صادر خواهد کرد دلایلی که موضوع این دستور دادگاه قرار می‌گیرند باید مربوط به مورد دعوا باشند...». نهایتاً در بند ششم آن نیز که در ارتباط مستقیم با موضوع بحث بود اشعار می‌دارد: «دادگاه باید آزادانه دلایل صاحبان دعوی را ارزیابی کرده است و نباید ارزش و اعتبار نا موجه ای برای نوع یا منبع دفاع ابرازی قایل شود» بنابر این دادگاه مجاز به ارزیابی آزاد از دفاع بود (به‌گونه‌ای که درجه اهمیت هر دفاع را ارزیابی نموده) در عین حالی که حق ندارد در ارتباط با نوع و یا منبع دفاع به صورت غیر منصفانه اهمیت خاصی برای یک دفاع قائل گردد. تحلیل انستیتوی ذکر شده از اصل شانزدهم در آن قسمت که ارتباط مستقیم با بند مقدم الذکر دارد به قرار ذیل هست: «دادگاه به هیچ وجه نباید نفی یا اثباتا برای هر نوع دفاعی که مربوط به مورد دعوی است، هیچ ارزش حقوقی ویژه ای قایل شود؛ برای مثال گواهی شخصی که در دعوا ذینفع بود، نباید صرفاً به این جهت (ذینفع بودن وی) رد شود. با این وجود این اصل با قوانین ملی که تشریفات خاصی را در یک معامله لازم می‌دانند، مانند لزوم تنظیم سند کتبی در خصوص قراردادی که متضمن انتقال مال غیر منقول بود، مغایرتی ندارد».

۳-۶. پذیرش دفاع و اثر آن (اقناع داور)

قاعده ی ۲۸ آیین داورى مدنى مافوق ملیت در خصوص پذیرش دفاع و ارزیابی آزاد دفاع توسط داور در سه بند تنظیم شده بود. در بند اول آمده بود: «هر یک از طرفین بار اثبات کلیه وقایع اساسی را که ادعای وی مبتنی بر آن هبود بر عهده دارد» لذا نقش صاحبان دعوی در داورى را بدین شرح مورد تأکید قرار داده بود. در بند دوم نیز آمده بود: «دادگاه باید دلایل را آزادانه ارزیابی کرده است و اهمیت نا موجه ای برای دفاع از حیث نوع یا منبع آن قایل نشود. وقایع دعوا وقتی اثبات می‌شوند که دادگاه از صحت و درستی آن‌ها به طور متعارف اقناع شود» لذا علاوه بر قدرت ارزیابی دفاع و نقش فعال داور در این خصوص اقناع داور از دلیل ارایه شده و تحصیلی را ملاک عمل برای رسیدگی عادلانه در ربودای پیدا کردن حقیقت قراردادده بود. و در بند سوم این قاعده نیز آمده بود: «دادگاه به نظر خود یا به درخوبود یکی از طرفین ممکن بود اقدامات زیر را انجام دهد: ۱. دستور پذیرش هر دفاعی که مربوط به دعوی را صادر کرده است؛ ۲. دفاعی را که مربوط به دعوا یا مؤثر در تصمیم نهایی دادگاه نیست یا این که متضمن زیان، هزینه، بار اثبات، سردرگمی یا تاخیر بود، رد کرده است؛ ۳. برای عدم حضور ناموجه اشخاص جهت ارایه دفاع، عدم پاسخ آنان به پرسش‌های مناسب و یا برای عدم ابراز سند یا هر دفاع دیگری یا برای شخصی که به جهاتی دیگر در جریان داورى کارشکنی می‌کرده است ضمانت اجرا قایل شود» لذا قدرت داور در اداره

ی دلایل و مواجهه داور با دلایل را مورد تأکید قرار می دهد، تا داور بتواند از دلایل ابرازی و تحصیلی دلایل مرتبط را شناسایی و مورد بررسی قرار داده و دلایل نا مرتبط یا دلایلی که ابهام انگیز بود را به صلاحدید از فرآیند رسیدگی خارج کرده است.

با استدلالی این ماده‌ها می توان گفت محدودیت‌های داور در پیدا کردن حقیقت برای تضمین سلامت و امنیت داور و جامعه و صاحبان دعوی بود. در این روند داور مکلف به رعایت اصول و شرایط راهبردی حاکم بر اثبات مانند اصل تناظر، حق دفاع و بی طرفی بود. اصل بی طرفی داور یکی از اصول مقدس حقوقی بوده ولی با تحولات اجتماعی، از آن مفهوم بی خاصیتی دیگر به ذهن منتقل نمی شود و امروز از آن در مفهوم عدم جانبداری از یکی از طرفین بودفاده می‌شود. علاوه بر شرط رعایت اصول مزبور قاعده عقلایی، بار اثبات دعوا به عهده مدعی بوده، لذا باید اقدامات داور در پیدا کردن حقیقت به منزله مدعی بودن داور تلقی نشود لکن نباید از خاطر برد که معنای اعتبار دفاع کاشفیت آن از واقع بود؛ زیرا دفاعی از نظر لغوی و حقوقی روشن نمودن امر مجهول به وسیله امر معلوم بود و عنصر ذاتی دفاع، همین کاشفیت آن از واقع می‌باشد؛ هرچند هدف داور صرفاً فصل خصومت باشد. با توجه به این عنصر اساسی، مدعی علاوه بر این که وظیفه دارد دفاعی قانونی ارائه نماید، باد دفاع تقدیمی اش در خصوص مورد به نحو اقناع وجدان داور باشد.

۴-۶. سایر قواعد آیین داوری مافوق ملیت

در مجموعه قواعد آیین داوری مدنی مافوق ملیت قاعده ۲۵ به مشروعیت دفاع پرداخته بود. برابر این قاعده، همه دلایل مرتبط اصولاً قابل پذیرش هستند، قانون مقرر دادگاه می‌تواند دفاع تحصیل شده به شیوه غیرقانونی را قابل پذیرش ندانسته و مردود اعلام نماید. از طرف دیگر بند ۳ همین قاعده آورده بود که هر یک از طرفین می‌توانند اظهاراتی را بیان کنند که واجد ارزش اثباتی بود. حتی اگر به موجب قانون مقرر دادگاه اظهارات وی اثر دفاع را نداشته باشد. دادگاه یا طرف دیگر داوری می‌تواند از طرفی که چنین اظهاراتی را بیان می‌دارد پرسش نماید. در برخی از نظام‌های حقوقی قواعدی هستند که به طرق مختلف بودفاده از دفاع غیر مستقیم را محدود می‌نمایند. با وجود این، این مقررات ناموجه بوده و اعمال، آن‌ها در عمل بسیار مشکل به نظر می‌رسد. به طور کلی هنگامی که برای اثبات یک موضوع دفاع غیر مستقیم و ناشی از اوضاع و احوال در اختیار بود علت معتبری برای محدود نمودن پذیرش آن وجود ندارد. در این صورت، به طور کلی، دادگاه می‌تواند هرگونه دفاع غیر مستقیمی که برای تصمیم‌گیری پیرامون وقایع پرونده واجد ارتباط بود توجه کرده است.

یکی دیگر از قواعد آیین داوری مدنی مافوق ملیت مرتبط با امر پیدا کردن حقیقت توسط دادگاه، قاعده ۲۲ بود. این قاعده که در ادامه قاعده ۲۱ بود و ناظر به حالتی بود که در آن طرفین می‌توانند از دادگاه تقاضا کنند که دستور ارائه هرگونه موضوع اثباتی مرتبط با پرونده و قابل پذیرش که مشمول تعهد محرمانه یا سری بودن قرار ندارند را علیه هر شخصی که

بخواهند اعمال نمایند. دادرسی نیز در این مورد باید در خصوص درخوبود تصمیم گرفته و وفق آن دستور ارائه دفاع را صادر نماید. دادگاه می‌تواند هنگامی که منافع عدالت و دادگستری ایجاب نماید، دستور ارائه دلایل دیگر را نیز صادر کرده است. به این ترتیب دادگاه در صورت مصلحت دید، می‌تواند دستور ارائه دلایلی غیر از دلایل مورد درخوبود طرفین را نیز صادر کرده است.

۲-۶. نقش متقابل دادرسی و صاحبان دعوی در اداره داوری

با توجه به آثار هر یک از نظام‌های داوری، کمترین میزان اجرای عدالت در داوری این بود که نتیجه فرآیند حل و فصل اختلافات محصول همکاری و مشارکت دادرسی و صاحبان دعوی باشد از این رو قوانین کشورهای مختلف حق اداره داوری را هم برای دادرسی و هم برای طرفین دعوا شناسایی کرده‌اند؛ بنابراین اگرچه، ماده ۲ کد آیین داوری مدنی فرانسه بیان می‌دارد: «طرفین، داوری را وفق مسئولیت‌هایی که بر عهده دارند اداره می‌کنند و آن‌ها باید اعمال داوری را طبق تشریفات و مواعید مقرر انجام دهند» ولی در جهت مقابل در ماده ۳ خود مقرر می‌دارد: «دادرسی مراتب اداره صحیح داوری بود؛ او دارای قدرت تعیین مواعید و صدور ترتیبات ضروری می‌باشد» بدین ترتیب به نقش متقابل صاحبان دعوی و داور توجه نموده بود. ماده ۱ آیین داوری مدنی انگلستان نیز در بند یک خود مجموعه‌ای از اهداف تعیین کننده را برای رسیدگی عادلانه به دعوا پیش بینی کرده و در بندهای دو و سه چهار آن ماده، هم دادگاه و هم طرفین را ملزم به همکاری در اجرای این اهداف دانسته. همچنین مطابق فصل سوم این قانون دادگاه انگلیسی دارای قدرت تنظیم پرونده نیز هست درباره این کشور نیز عده‌ای از پژوهشگران با توجه به تحولات اخیر در انگلستان، قائل به این نظر شده‌اند که در حال حاضر نظام قضایی مدنی آن مختلط بود.

یکی از اصول مسلم حاکم بر داوری در نظام کشورهای اروپای قاره‌ای و انگلستان اصل ارزیابی آزادانه دفاع بود اگرچه مطابق این اصل دادگاه در ارزیابی دلیل آزادانه تصمیم می‌گیرد و این امر یکی دیگر از ویژگی‌های تحولات ایجاد شده در داوری مدنی اتهامی بود ولی مطابق بند ۶ اصل شانزدهم دادگاه نمی‌تواند به شکلی توجیه نشدنی به منشأ و ماهیت دلیل دعوا توجه نموده و آن‌ها را ملاک تشخیص و تصمیم‌های خود قرار دهد. باری داوری مدنی امروز اتهامی محض نیست که در آن حتی قدرت ارزیابی دلیل در اختیار طرفین و وکلای آن‌ها باشد و دادرسی بودثنا بتواند چنین کرده است.

نتیجه‌گیری

هدف داوری پیدا کردن حقیقت بود نه صرفاً فصل خصومت و قضا واگذاری حق به ذی حق بود و اگر این مهم از طریق علم پیدا کردن گردد برای انشا حکم به طریق اولی نسبت به شهادت و سوگند برتری دارد. پس در ارزیابی دلیل اثبات دعوا که منجر به قطع و فصل دعوا به نفع یکی از طرفین می‌شود، اصل اقتناع وجدان داور بود در صورتی که دفاعی نتواند وی را قانع کرده است می‌تواند از قبول آن خودداری کرده است. واقعیتی که نظام‌های پیشرفته در داوری، آن را پذیرفته‌اند، بند دوم از اصل ۲۱ قانون آیین داوری مدنی مافوق ملیت نیز مقرر کرده بود: «امور موضوعی وقتی اثبات می‌شوند که دادگاه به‌طور

متعارف از صحت و درستی آن‌ها اقناع شود». پس می‌توان گفت ضابطه اقناعی متعارف، ضابطه‌ای بود که اساساً در اکثر نظام‌های حقوقی از آن استفاده می‌شود. از طرف دیگر اسلام با علم به اینکه رسیدن به چنین هدفی مستلزم اختیار متصدی امر قضا بود نه تنها اختیار زیادی به داور داده بود؛ بلکه قضاوت آزادانه داور را مورد توجه اساسی خود قرار داده تا از این طریق رسیدن به هدف خود را عملی سازد با مراجعه به منابع اسلامی و مستفاد از عمومات که دلالت بر احقاق حق و قسط دارند و نیز عمومات قاعده امر به معروف می‌توان آزادی ارزیابی قضایی دلیل را در دین مبین اسلام یافت، با وجود آنکه در نظام حقوقی ایران نظام دلیل قانونی پذیرفته شده بود بدین معنا که برای اقناع وجدان دادرس تنها دلیل‌ای پذیرفته می‌شود که در قانون با توان اثباتی مشخص پیش بینی شده بود. مواد (۱۲۵۷-۱۳۳۵ ق.م) (۱۹۴-۲۸۹ ق.آ.د.م) (۱۶۰-۲۱۳ ق.م.ا.مصوب ۹۲) (۳۱۸-۳۳۴ ق.آ.د.ک.مصوب ۹۲ و اصلاحی ۹۴) در خصوص دلیل اثبات دعوا به هم پیوسته‌اند و مطالعه آن راهگشا خواهد بود. ارزیابی دلیل در حقوق انگلیس آزاد بود و داور از آزادی بیشتری برخوردار بود به طوری که دلایل بر دادرس تحمیل نمی‌شود و دادرس هر نوع دفاعی را می‌تواند مورد ارزیابی قرار دهد در حالی که در حقوق ایران بعضی از دلیل بر دادرس تحمیل می‌شود و ناچاراً باید طبق همان دلیل اقدام به صدور رأی نماید در صورت غیر قانونی بودن دفاع می‌تواند در ارزیابی کلی داور از موضوع و با توجه به مجموعه شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر مسئله مؤثر باشد و اینکه در صورت تقصیر یا اشتباه داور در ارزیابی دلیل مسئولیت کیفری، انتظامی و مدنی بر او بار خواهد شد.

اصل آزادی داور در ارزیابی دلایل یک اصل طبیعی و لازم با صلاحیت داوری بود اصلی که بیشتر نظام‌های حقوقی به آن اذعان دارند زیرا سیبود قضایی هر کشور درجه چگونگی اعتماد به داور را تعیین می‌کرده است و تحولات قانونی به آزادی داور نمایان گر این اعتماد معقول و اجتناب‌ناپذیر بود در کنار توان داور در عمل به علم ناشی از محتویات پرونده، اصل در نظام‌های حقوقی بر آزاد بودن داور در ارزیابی دلایل بود. لذا ارزش دفاع همان میزان بود که داور برای آن قائل می‌باشد. تعدی و تحمیلی بودن دفاع بودثنا محسوب گردیده بود. در حقوق ایران نیز به همین سیاق، اکثر دلایل مانند گواهی، نظر کارشناس و اطلاعات حاصل از معاینه موضوع دعوا و تحقیق محلی، جزو دلایل اقناعی محسوب گردیده بود هر چند پاره‌ای از دلایل مانند اقرار، سند، امارات قانونی و سوگند بر داور اجباراً تحمیل می‌شود.

در مقایسه با فقه و حقوق موضوعه ایران، آزادی دادرس در تحصیل و ارزیابی دفاع در حقوق انگلیس به مراتب بیشتر بود و این نشأت گرفته از نظام حقوقی تفتیشی حاکم بر داوری در این کشور می‌باشد لذا داور از محدودیت کمتری برخوردار بود. چون ملاحظه کردیم که در نظام‌های حقوقی بزرگ و آزاد اثبات موضوع به طور قطع و یقین و طوری که احتمال خلاف داده شود نیست چرا که این امر، غیر معقول و نامتعارف بود و حقوق انگلستان نیز مبنی بر غلبه احتمالات در نظام اثباتی بود. و این در حالی بود اصول و قواعد آیین داوری مدنی مافوق ملیت راهی میانه رفته و در ربودای پیدا کردن حقیقت به داور

اختیارات مورد نیاز برای پیدا کردن حقیقت، از نقش فعال در داوری، اداره دفاع، دفاع از دعوا و التزام به حقوق صاحبان دعوی داده شده بود. در نهایت جهت ارزیابی بهتر و همچنین داوری عادلانه پیشنهاد می‌گردد از آن جا که در حقوق انگلیس و آیین داوری مافوق ملیت دادرسی آزادی بیشتری جهت ارزیابی دلیل داشته و اصولاً هیچ دفاعی بر او تحمیل نمی‌شود، بهتر بود این مورد در حقوق ایران نیز مورد توجه قرار گیرد زیرا دلایلی وجود دارند که به عنوان دلایل واقعی (نه امارات قضایی) مورد بودند قرار گیرند و داور تکلیفی در جهت ارزیابی آن دلایل ندارد یا داور بتواند نسبت به دفاع از دعوا در ربودای پیدا کردن حقیقت با حفظ بی طرفی اقدام کرده است اما با اعطای این حق و ارزیابی آزادانه تمامی دلیل، داوری منصفانه رعایت خواهد شد.

منابع و مأخذ

منابع فارسی

- اسپنسر جی، آیین داوری کیفری در انگلستان، مترجم محمدرضا گودرزی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴.
- آشتیانی، علامه میرزا محمد حسن، کتاب القضاء، دو جلدی، انتشارات زهیر، المؤتمر العالمی الاشتیانی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق/۱۳۸۳ ه. ش.
- الدیانی، عبدالرسول دلیل اثبات دعوا در امور کیفری و مدنی، چاپ ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۹.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۲.
- الفیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، جلد دوم، چاپ اول دارالهجره، قم، ۱۴۰۵.
- القزوینی الرازی، ابی الحسین، احمد بن فارابی بن زکریا بن محمد، معجم مقاییس اللغه، به کوشش عبد الاسلام محمد هارون، جلد پنجم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴.
- انصاری، باقر، «ابهام حقوقی و تأثیر آن بر تصمیم‌گیری قضایی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، ۱۳۸۵.
- پور بوداد، مجید، نقش داور مدنی در دفاع از دعوا و پیدا کردن حقیقت، چاپ دوم، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، پنج جلدی، انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف علوم اسلامی قضایی، دو جلدی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.
- حایری حسینی، سید کاظم، القضاء فی فقه الاسلامی، قم، مجمع استدلال اسلامی، ۱۴۱۵ ه. ق.
- حسینی، سید محمد، «پیدا کردن حقیقت یا فصل خصومت، کارکرد قضاء»، فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۹، پاییز ۱۳۸۹.
- حیدری، الهام؛ فتوحی، محمدجواد، «گستره اصل آزادی دفاع از دعوا در داوری کیفری ایران و انگلستان»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ششم، شماره ۲، ۱۳۹۳.

- خورسندیان، محمد علی، «حجیت علم دادرس در فقه و حقوق ایران»، نشریه حقوق دادگستری، شماره ۴۳، ۱۳۸۲.
- خویی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج الفقه، جلد یک، نجف اشرف، مطبعه الاداب.
- دولت آبادی، ناصر، «ماده ۸ قانون اصلاح پاره ای قوانین دادگستری»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره دوم، فروردین ۱۳۶۴،
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول. ۱۳۷۳.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، به کوشش عدنان داودی، چاپ اول، دمشق، دارالقلم، ۱۴۱۲ ه ق.
- سبزواری، سید عبدالعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام جلد های ۲۷ و ۳۰، چاپ چهارم، قم، موسسه المنار، ۱۴۳۱ ه ق.
- سنگلجی، محمد، آیین داورى در اسلام، تک جلدی، چاپ ۳، قزوین، نشر حدیث امروز، ۱۳۸۱.
- شمس، عبدالله، آیین داورى مدنی، جلد ۳، چاپ اول، تهران، نشر دراک، ۱۳۸۴
- شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد ۱۱ و ۱۳، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه ق
- شیخ طوسی، المبسوط، جلد ۶، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه ق / ۲۰۰۲ م.
- عراقی، ضیاء الدین، کتاب القضاء، بی جا، چاپ مهر، بی تا.
- عمروانی، رحمان، تعارض دلیل اثبات دعوا (در امور حقوقی)، چاپ اول، تهران، انتشارات چتر دانش، ۱۳۹۶.
- غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، آیین داورى مدنی مافوق ملیت، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶.
- غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، آیین داورى مدنی مافوق ملیت، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
- فتحی، محمدجواد، بررسی تقابل اقرار و علم دادرس در امر کیفری، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۵.
- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دفاع اثبات، تهران، میزان، چاپ ۶، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، سهم عدالت در قضاوت، چاپ ۲، تهران، میزان، ۱۳۷۸.
- کریمی، عباس، دلیل اثبات دعوا، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، زمستان ۱۳۹۶.
- گودرزی، شهرام، تحصیل نامشروع دفاع در داورى های مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۷.

منابع خارجی

- ALI/UNIDROIT principals of Transnational Civil Procedure, as a dopted and promulgated by American Law Institute as Washington, D.C, USA, May 2004 & by UNIDROIT ar Rome Italy April 2004, (U.S.A, Cambridge university, Press 2006).

- Glover, R., & Murphy, P. (2013). *Murphy on evidence*. Oxford University Press
- Godden, D. (2017). Douglas Walton, Burden of Proof, Presumption and Argumentation, Cambridge University Press, 2014, 318 pp. *Cogency*, 7(1), 91-108
- Jolowicz. JA, *The Wolf Report and the Adversary system: civil justice Quarterly*, Vol.15, July ۱۹۹۶.
- Thayer, J. B. (1898). *A preliminary treatise on evidence at the common law*. Little, Brown
- Twining, W. (1997). Freedom of proof and the reform of criminal evidence. *Israel Law Review*, 31(1-3), 439-463
- Woolf, Harry, *Civil Justice in the United Kingdom*, American journal of comparative law, Vol.45, No 4, Fall 1997, PP707-736