

## بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی

مهدی حسن زاده\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۹/۱۸

### چکیده

قانون آئین دادرسی مدنی در خصوص نقش درخواست اصحاب دعوا در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی و این که آیا دادگاه اختیار ابتدایی در این خصوص دارد و می تواند بدون درخواست اصحاب دعوا، اقدام به استماع گواهی گواهان یا انجام تحقیق محلی نماید یا نه، بیان صریح و روشنی ندارد، بلکه حاوی بیان های مبهم و ناهماهنگ است. همین مطلب، اختلاف نظرات و دیدگاه های متفاوت را در پی داشته است. اما در فقه، وضعیت، مشخص است و نظر غالب و مشهور فقها بر لزوم درخواست در گواهی و عدم اختیار ابتدایی دادگاه در استماع گواهی گواهان است. بررسی موضوع، ما را به این دست آورد رهنمون می سازد که جز در مواردی که شهادت با جمع شرایط آن، مشمول عنوان «بینه شرعی» شده و با این عنوان، مورد استناد قرار می گیرد اختیار ابتدایی دادگاه در استماع گواهی یا انجام تحقیق محلی، قابل پذیرش است.

**کلیدواژه:** گواهی (شهادت)، تحقیق محلی، اختیار دادگاه، درخواست اصحاب دعوا، استماع گواهی، قرار تحقیق محلی

## ۱- مقدمه

در قانون آئین دادرسی مدنی در خصوص نقش در خواست اصحاب دعوا و امکان یا عدم امکان استناد و توسل دادگاه به ادله اثبات دعوا بدون درخواست اصحاب دعوا، وضعیت های متنوعی حاکم است. در برخی از ادله، از جمله در کارشناسی (ماده ۲۵۷ ق.آ.د.م.) و معاینه محل (ماده ۲۴۸ ق.آ.د.م.) به اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار کارشناسی و قرار معاینه محل، بدون درخواست اصحاب دعوا تصریح شده است. در مقابل، در سوگند بر لزوم درخواست خواهان و عدم اختیار ابتدایی دادگاه، تأکید شده است (ماده ۲۸۳ ق.آ.د.م.). اما وضعیت برخی از ادله، از جمله گواهی و تحقیق محلی، در این خصوص، مشخص نیست و با بیان های قابل تأمل و قابل تحلیل در قانون مواجه هستیم. بنابراین، این سؤال مهم قابل بررسی است که نقش درخواست اصحاب دعوا در گواهی و تحقیق محلی و وضعیت اختیار دادگاه در این دو دلیل چگونه است؟ عدم صراحت قانون در این زمینه، سبب اظهارنظرهای مختلف و تفاوت دیدگاه ها شده است.

در فقه، اختلاف جدی وجود ندارد و دیدگاه غالب این است که استماع شهادت را منوط به درخواست اصحاب دعوا می دانند و اختیاری برای دادگاه قاضی در این خصوص، قائل نیستند.

در این پژوهش، ضمن نقل دیدگاه های فقهی و حقوقی، به دنبال بررسی و تحلیل موضوع مورد تحقیق در گواهی و تحقیق محلی هستیم و در ابتدا وضعیت گواهی در خصوص موضوع و سپس تحقیق محلی بررسی می شود. شباهت این دو دلیل، تحلیل موضوع در این دو دلیل را در یک پژوهش، توجیه کرده و می طلبد. همان طور که نتیجه بررسی ها اقتضا دارد در هر دو دلیل، اختیار ابتدایی دادگاه را بپذیریم مگر در جایی که شرایط بینة شرعی، جمع باشد که در این حالت، به منظور تأمین هماهنگی

قوانین با شرع، باید درخواست اصحاب دعوا را ضروری و مواد قانونی را منصرف از این حالت بدانیم.

## ۲- نقش درخواست اصحاب دعوا در استماع گواهی

در فقه، نقش درخواست مدعی در استماع شهادت، مورد توجه قرار گرفته و بسیاری از فقها در خصوص لزوم استناد مدعی به گواهی و درخواست استماع آن، اظهار نظر کرده اند. در حقوق، وضعیّت گواهی از جهت لزوم درخواست و استناد از جانب اصحاب دعوا یا اختیار ابتدایی دادگاه در این زمینه، مشخص نیست و به بررسی و تحلیل نیاز دارد.

### ۱-۲- بررسی موضوع در فقه

فقهای امامیه برای استماع شهادت شهود توسط قاضی، درخواست مدعی را لازم شناخته اند (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۵۹/۸؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۶۵/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۹: ۴۴۰/۳، علامه حلی، بی تا: ۱۸۷/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۵: ۸۵/۴؛ مامقانی، بی تا: ۴۷۸؛ طباطبائی، ۱۴۰۴: ۳۹۶/۲؛ طباطبائی، بی تا: ۷۳۶). حتی در یکی از منابع، به صراحت بر بی اعتباری بینه ای که بدون درخواست مدعی استماع شده باشد، تاکید شده است (طباطبائی، بی تا: ۷۳۶). در استدلال بر این مطلب، گفته شده است که استماع شهادت شهود، حق مدعی است و بدون درخواست او، کسی نمی تواند آن را انجام دهد (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۵۹/۸؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۸۵/۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۶۵/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۹: ۴۴۰/۳؛ جعی عاملی، بی تا: ۳۶۹/۲؛ طباطبائی، بی تا: ۷۳۶).

علاوه بر این، مشهور فقهای امامیه، صدور حکم پس از ادای شهادت و بر اساس آن را نیز مشروط به درخواست مدعی کرده اند (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۵۹/۸؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۸۵/۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۹: ۴۴۰/۳؛ علامه حلی، بی تا: ۱۸۷/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۴۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۵: ۸۵/۴؛ مامقانی، بی تا: ۴۷۸).

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۲۴

همچنین در خصوص احضار شهود توسط مدعی، برخی به صراحت، این کار را حق مدعی شناخته و قاضی را از این که مدعی را به چنین کاری امر کند، ممنوع شناخته اند (علامه حلی، ۱۴۱۹: ۴۴۰/۳؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۶۵/۲) و عده‌ای برای قاضی اختیار ارشاد مدعی به احضار شهود خود را قائل شده‌اند (نراقی، ۱۴۰۵: ۵۵۸/۲؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۹۱/۴۰؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۳۳۰/۱) و سخن کسانی که اجازه داده‌اند قاضی، مدعی را امر به احضار شهود کند، بر امر ارشادی حمل شده است (طباطبائی، ۱۴۰۴: ۳۹۶/۲؛ نراقی، ۱۴۰۵: ۵۵۸/۲؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۹۱/۴۰).

در خصوص ادای شهادت نیز، قاضی از این که شاهد را به ادای شهادت امر کند، منع شده است (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۵۹/۸؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۸۵/۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۶۵/۲).

در مقابل این دیدگاه‌ها که مبتنی بر عدم اختیار قاضی در شهادت شهود و ابتکار و اختیار مدعی در این خصوص است، در یکی از منابع فقهی، صراحتاً به قاضی اجازه داده شده است که بدون درخواست مدعی، شهادت شهود را استماع نماید (نراقی، ۱۴۰۵: ۵۵۹/۲) و در منبعی دیگر، این مطلب به عنوان یک مطلب قابل طرح، مطرح شده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۹۲/۴۰). فقیه دیگری با صراحت بیشتری، این که استماع شهادت، حق مدعی باشد را رد کرده و بر لزوم استماع شهادت شهود بدون نیاز به درخواست مدعی، حتی در مواردی که شاهد، خودش حاضر شده و مدعی او را احضار نکرده است و اعتبار شهادتی که بدون درخواست مدعی، استماع شده است، تأکید کرده است (کنی طهرانی، بی تا: ۱۴۹).

یکی از فقهای معاصر نیز اعلام کرده است که اقامه دعوا نزد قاضی به معنای این است که مدعی، اختیار رسیدگی به دعوا را به قاضی واگذار می‌کند؛ پس قاضی می‌تواند تحقیق کند و در جستجوی واقع و دستیابی به دلیل آن برآید و به هر آن چه که در کشف واقع دخالت دارد، متوسل شود. البته مدعی می‌تواند از دادرسی و صدور

حکم، منصرف شود ولی تا وقتی که منصرف نشده، قاضی اختیار دارد آن چه را که وظیفه قضاوت او اقتضا دارد، انجام دهد (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۴۲۱).

در برخی از منابع نیز بر لزوم سؤال قاضی از مدّعی در خصوص معرفی شهود، به خاطر این که چنین کاری، مقدمه دادرسی بوده - که وظیفه قاضی است - تأکید شده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۶۹/۴۰؛ کنی طهرانی، بی تا: ۱۴۷). همچنین، امکان صدور حکم بدون درخواست مدّعی پس از ادای شهادت و بر اساس آن، به عنوان یک مطلب قابل طرح به خاطر وظیفه قاضی در دادرسی، مطرح شده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۹۲/۴۰). یکی از فقها، حتی دستور قاضی به ادای شهادت توسط شهود را از باب امر به معروف و نهی از منکر، اجازه داده است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۳۳۵/۱).

از مجموع آن چه که از فقها نقل شد می توان نتیجه گرفت که بر اساس دیدگاه غالب در فقه، استناد به شهادت و درخواست استماع شهادت شهود و صدور حکم بر اساس آن، در اختیار مدّعی است و قاضی در این زمینه اختیاری ندارد و نمی تواند راساً و بدون درخواست مدّعی، به شهادت شهود متوسّل شود و با استماع شهادت شهود، به استناد آن، حکم صادر نماید. در مقابل، عدّه کمتری، برای قاضی در توسّل به شهادت شهود و استماع آن و صدور حکم بر اساس آن، قائل به اختیار شده و درخواست مدّعی را لازم نشناخته اند.

در تحلیل دیدگاه های فقها در خصوص موضوع مورد بحث، دیدگاه اکثریت که استناد به شهادت را حقّ مدّعی دانسته و استماع شهادت بدون درخواست مدّعی را اجازه نداده است، قابل انتقاد به نظر می رسد و دیدگاه اقلیت که در مقابل دیدگاه اکثریت است و استناد به شهادت را حقّ مدّعی ندانسته و استماع شهادت را بدون درخواست مدّعی، امکان پذیر دانسته، قابل قبول تر به نظر می رسد؛ زیرا اگرچه تا پیش از مطرح شدن اختلاف در نزد قاضی، یک رابطه خصوصی بین اصحاب دعوا مطرح است و مدّعی به اختیار خود می تواند در خصوص اقامه آن نزد قاضی تصمیم بگیرد، ولی با طرح موضوع نزد قاضی، مسأله از یک رابطه خصوصی صرف خارج شده و با

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۲۶

درگیر شدن قاضی به عنوان نماینده حاکمیت، مسأله، طرف جدیدی پیدا می کند که حاکمیت است و با ورود این طرف جدید، موضوع از یک مسأله خصوصی صرف، خارج شده و جنبه عمومی نیز پیدا می کند. در رابطه جدید، یک طرف، اصحاب دعوا هستند با اختلافی که خصوصی است و یک طرف، حاکمیت است که رابطه آن با افراد خصوصی، یک رابطه عمومی است. در این رابطه، حاکمیت وظیفه دارد با به کارگیری اختیارات عمومی و با استفاده از ابزار مشروع، به تعیین تکلیف اختلافات با اثبات واقعیت موضوع مورد اختلاف پردازد. بنابراین، استفاده از ابزار اثبات موضوع، اختیار قاضی است و قاضی برای انجام وظیفه خود در اثبات واقعیت موضوع مورد اختلاف و تعیین تکلیف دعوا بر اساس چنین اثباتی، نیاز به این اختیار دارد و نباید استفاده قاضی از این ابزار را در هر حال، منوط به درخواست مدعی کرد. در غیر این صورت، دست قاضی در انجام وظیفه خود که تعیین تکلیف دعوا بر اساس اثبات واقعیت موضوع مورد اختلاف است، بسته می شود و قادر به انجام تکلیف خود به نحو شایسته نخواهد بود و کار اثبات موضوع دعوا با مشکل مواجه می شود و به صورت ناقص و پر ایراد انجام خواهد شد.

این مطلب در خصوص شهادت نیز که یکی از مهم ترین ادله اثبات دعواست، وجود دارد و نباید در مورد دعوایی که اقامه شده و با اقامه آن، قاضی مکلف به تعیین تکلیف آن به کمک ادله اثبات شده است، استفاده از شهادت را صرفاً حق مدعی شناخت و قاضی را در موارد عدم درخواست مدعی از استفاده از این دلیل مهم، ممنوع دانست و او را از این وسیله مهم برای رسیدن به واقعیت موضوع دعوا، محروم کرد.

به عبارت دیگر، جنبه عمومی دادرسی و وظیفه حل اختلاف بین مردم، اقتضا دارد ابزاری که برای اثبات دعوا، پیش بینی شده و نیز احکام مربوط به آن، جنبه عمومی داشته و خارج از اراده و خواست اصحاب دعوا باشد و اصحاب دعوا نتوانند با اراده خود، این ادله را کم یا زیاد کنند یا تغییر دهند و امری را که دلیل است از عداد ادله

خارج کنند یا چیزی را که دلیل نیست به عنوان دلیل قلمداد کنند. لازمه این مطلب آن است که استفاده قاضی از دلیل در دادرسی، منوط به درخواست مدعی نباشد؛ زیرا در صورت منوط بودن و عدم امکان استفاده قاضی در صورت عدم درخواست مدعی، در عمل مدعی توانسته است امری را که به عنوان دلیل در دادرسی مقرر شده است، از دلیل بودن خارج نماید و این حکم را کنار گذارد.

آن چه که گفته شد در مورد ادله ای است که اعتبار آنها بر اساس کاشفیت آنها از واقع است، که عمده ادله اینچنین هستند و شهادت نیز از جمله آنها است و قابل انکار نیست که عادلانه بودن دادرسی، زمانی به نحو کامل تأمین است که قاضی با استفاده از ادله اثبات، به واقعیت موضوع مورد اختلاف برسد و آن را کشف نماید و رأی خود را بر اساس چنین کشفی، صادر نماید و اختلاف طرفین را با کشف و اعلام چنین واقعیتی، حل نماید. اما در موارد عدم امکان چنین کشفی، تعیین تکلیف دعوا بر اساس سوگند - که جنبه کشف واقع در آن ضعیف است و صرفنظر از میزان کاشفیت آن از واقع، موجب اثبات قضایی می شود - پیش بینی شده است. منوط شدن چنین دلیلی به درخواست مدعی، با آن چه که گفته شد، مغایر نبوده و منطقی و قابل توجیه است.

آن چه گفته شد، مربوط به وضعیّت لزوم یا عدم لزوم استناد به شهادت در فقه بود، اما «تحقیق محلی» یک نهاد حقوقی است که در قوانین و در کنار «گواهی» مقرر شده و رابطه آن با گواهی، محلّ بحث است (ر.ک: حسن زاده، ۱۳۹۲: ۲۶۵ به بعد) و نهاد مشابه آن در فقه، «استفاضه» یا «شیاع» است و تطبیق یا عدم تطبیق آن چه در حقوق با عنوان «تحقیق محلی» مطرح شده با نهاد استفاضه یا شیاع در فقه نیز محلّ بحث و گفتگو است (ر.ک: حسن زاده، ۱۳۹۳: ۳۶؛ ابوعطا و بهارلو، ۱۳۹۶: ۴۰-۳۸). با وجود این، در فقه تصریحاتی که در خصوص لزوم استناد به شهادت شده، در باره استفاضه و شیاع یافت نشده است.

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۲۸

در قانون آئین دادرسی مدنی، نه به اختیار دادگاه و امکان استماع گواهی گواهان، بدون این که اصحاب دعوا به گواهی، استناد کرده باشند و نه به ممنوع بودن چنین کاری، تصریح نشده است. همین مطلب، سبب اظهارنظرهای متفاوت شده، به این ترتیب که با وجود این که برخی، استناد و درخواست اصحاب دعوا را در گواهی لازم شناخته و اختیاری برای دادگاه در استماع گواهی بدون استناد و درخواست اصحاب دعوا قائل نشده اند (شمس، ۱۳۸۹: ۱۵۸؛ همو، ۱۳۹۰: ۲۵۲/۳؛ صدرزاده افشار، ۱۳۷۰: ۷؛ کریمی، ۱۳۹۱: ۳۶) بعضی دیگر، به چنین اختیاری برای دادگاه قائل شده اند (مهاجرى، ۱۳۸۹: ۳۶۲/۲ و ۳۸۳؛ همو، ۱۳۸۰: ۱۷۷/۲؛ همو، ۱۳۹۰: ۳۹۴/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱/۴۵؛ زراعت، ۱۳۸۹: ۵۴۱). یکی از نویسندگان نیز اگرچه بر اختیار دادگاه در استماع گواهی، بدون درخواست اصحاب دعوا تصریح کرده (حیاتی، ۱۳۹۰: ۴۲۶) در بیانی دیگر، به گونه ای سخن گفته است که عدم اختیار دادگاه در این خصوص، از آن استنباط می شود (حیاتی، ۱۳۹۰: ۱۳۸).

در تحلیل حقوقی موضوع لازم است توجه شود که قانونگذار بر خلاف این که در کارشناسی (ماده ۲۵۷ ق.آ.د.م.) و همچنین در معاینه محل (ماده ۲۴۸ ق.آ.د.م.) به اختیار ابتدایی قاضی در ارجاع به کارشناسی و انجام معاینه محل، تصریح کرده است در گواهی، نه در قانون مدنی و نه در قانون آئین دادرسی مدنی، چنین تصریحی نکرده است. تنها ماده ای که در این خصوص، ممکن است محل بحث واقع شود، ماده ۲۴۲ ق.آ.د.م. است که در آن اعلام شده است: «دادگاه می تواند به درخواست یکی از اصحاب دعوا همچنین در صورتی که مقتضی بداند گواهان را احضار نماید ....» سؤالی که در خصوص این ماده، مطرح است این است که آیا این ماده صرفاً در خصوص دعوت گواهان برای حضور در دادگاه جهت ادای گواهی است، در حالی که پیش از آن، به گواهی ایشان، استناد شده و اصحاب دعوا با معرفی گواهان، درخواست استماع گواهی آنها را کرده اند، یا این که منظور قانونگذار، اعطای اختیار



دعوت و احضار گواهان برای ادای گواهی، به دادگاه، در هر حال (اعم از این که پیش از آن، درخواست استماع گواهی آنها شده یا نشده باشد) است؟

در بررسی این مطلب، می توان گفت گرچه در نگاه اولیه به این ماده، شاید بتوان اختیار ابتدایی دادگاه در احضار گواهان را دریافت کرد، ولی دقت در مجموع مقررات و مواد قانونی مربوط به گواهی، پذیرش چنین برداشتی را دشوار می سازد؛ زیرا از طرفی اگر قانونگذار، قصد بیان چنین مطلبی را داشت، مانند کارشناسی و معاینه محل، در همان مواد ابتدایی و در شروع بیان احکام این دلیل (گواهی) و با بیان صریح، به این مطلب می پرداخت.

از طرف دیگر، با ملاحظه مواد دیگر ق.آ.د.م. در خصوص گواهی، به خصوص ماده ۲۳۲ آن قانون، مطلبی که به ذهن می رسد این است که در ماده ۲۴۲ صرفاً احضار گواهانی که از قبل، به گواهی آنها استناد شده و درخواست استماع گواهی آنها شده است، موردنظر و بیان قانونگذار است. در ماده ۲۳۲ ق.آ.د.م. اعلام شده است: «هر یک از طرفین دعوا که متمسک به گواهی شده اند، باید گواهان خود را در زمانی که دادگاه تعیین کرده حاضر و معرفی نمایند.» حکم مقرر در این ماده را می توان قاعده اصلی در موضوع مورد بحث دانست که ماده ۲۴۲ فرع و استثنای بر آن است. توضیح این که به موجب قاعده مقرر در ماده ۲۳۲، دادگاه تکلیفی در احضار گواهان ندارد، بلکه استناد کننده به گواهی، لازم است گواهان خود را برای ادای گواهی در دادگاه حاضر نماید، بدون آن که لازم باشد از طرف دادگاه دعوت شوند. اما ماده ۲۴۲ در تکمیل این مطلب، اعلام کرده است در صورتی که احضار گواهان لازم باشد، دادگاه چنین کاری را می تواند انجام دهد و از انجام چنین کاری، ممنوع نیست. مانند این که استناد کننده به گواهی، اعلام نماید که گواهان، بدون دعوت دادگاه و بدون ابلاغ احضارنامه از طرف دادگاه، حاضر به حضور در دادگاه نیستند، یا خود دادگاه بدون اعلام اصحاب دعوا، چنین مطلبی را احساس نماید. در چنین شرایطی دادگاه می تواند به ابلاغ احضارنامه به گواهان برای حضور در دادگاه جهت

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۳۰

ادای گواهی اقدام نماید. پس نمی توان این ماده (۲۴۲) را شامل حالتی نیز دانست که اصحاب دعوا، استناد به گواهی نکرده باشند.

مطلب قابل بررسی دیگر، وضعیّت امکان یا عدم امکان استناد به ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. در شناسایی اختیار ابتدایی برای دادگاه در استماع گواهی گواهان - بدون آن که اصحاب دعوا به گواهی استناد کرده باشند - است. در خصوص قلمرو اختیار دادگاه در انجام تحقیقات برای کشف واقع، بر اساس ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. بحث ها پایان نیافته است، اما آن چه که مورد اتفاق است این است که این ماده، اختیار مطلق و بی حدّ و حصر انجام هر تحقیقی را به هر نحو، به قاضی اعطا نمی کند و اختیار دادگاه در انجام تحقیقات بر اساس این ماده، تا آن حدّ گسترده نیست که دادگاه با نقض بی طرفی، به تحصیل دلیل به نفع یکی از اصحاب دعوا اقدام نماید.

در تبیین محدوده اختیار دادگاه در انجام تحقیقات بر اساس ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. یکی از استادان حقوق دادرسی مدنی، این اختیار را ناظر به امکان توسّل ابتدایی دادگاه به ادله ای معرفّی کرده که پیش از آن، مستلزم درخواست اصحاب دعوا بوده، ولی این ماده، اختیار نقض مقرّرات مربوط به تعداد ادله و اعتبار آنها و زمان ارائه و استناد به آنها را به دادگاه نمی دهد و دادگاه نمی تواند به استناد این ماده، اهمال و قصور مدّعی را جبران نموده و کوشش نماید تا ادعای او ثابت شود، یا در نقش وکیل اصحاب دعوا ظاهر شود (شمس، ۱۳۸۹: ۵۵ و ۵۹؛ همو، ۱۳۹۰: ۱۱۷/۳ و ۱۲۱).

استاد دیگری، آزادی تحقیق بر اساس ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. را ناظر به دلایلی دانسته است «که دو طرف، زمینه ارائه آن را فراهم کرده اند؛ مانند خواستن و ملاحظه پرونده ثبتی در دعوی مالکیت و معاینه محلّ و تحقیق از گواهان و مانند اینها»، و این آزادی تحقیق را محدود به دو قاعده شناخته است: نخست، این که «این آزادی نباید به قواعد مربوط به اعتبار دلایل صدمه بزند»؛ و دیگر این که اختیار دادرسی نباید به گونه ای

اعمال شود که او را از بی طرفی خارج سازد و او را در معرض اتهام جانبداری قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۵/۱ و ۴۶).

یکی از حقوقدانان نیز با تقسیم ادله اثبات دعوا به: ادله اخباری و ادله احرازی، اختیار دادگاه به موجب ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. را ناظر به ادله احرازی دانسته است؛ نه ادله اخباری (ر.ک. کریمی، ۱۳۹۱: ۳۵-۳۷).

در تحلیل ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. می توان گفت: این ماده، بیان کننده قاعده عمومی اختیار دادگاه در انجام تحقیقات برای کشف واقع و نقش فعال قاضی در دادرسی و منحصر و محدود بودن او به ادله ای است که اصحاب دعوا ارائه و به آن استناد می کنند و نفی نقش انفعالی دادگاه در حدّ یک ناظر است. اما این اختیار گسترده دو محدوده مهم دارد: نخست این که در این وادی نیز دادگاه، مکلف به رعایت بی طرفی است و نباید این اختیار را به گونه ای اعمال نماید که مستلزم خروج از بی طرفی و جانبداری از یکی از اصحاب دعوا باشد؛ دوم این که مقررات و احکام ویژه در هر یک از ادله اثبات دعوا لازم است رعایت شود. بنابراین، وقتی که قانونگذار به صراحت، درخواست و استناد خواهان را در سوگند، لازم دانسته است (ماده ۲۸۳ ق.آ.د.م.) به استناد ماده ۱۹۹ نمی توان تأیید کرد که دادگاه بتواند راساً قرار اتیان سوگند صادر نماید.

پس در خصوص امکان استناد به ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. در شناسایی اختیار دادگاه در استماع گواهی، بدون لزوم درخواست اصحاب دعوا می توان گفت که اگر از مقررات مربوط به گواهی، چنین مشخص شود که قانونگذار چنین اختیاری را برای دادگاه به رسمیت نشناخته است، نمی توان به استناد قاعده کلی مقرر در ماده ۱۹۹، به وجود چنین اختیاری برای دادگاه قائل شد.

تردید در امکان استناد به ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. در تأیید اختیار دادگاه در استماع گواهی بدون درخواست اصحاب دعوا، زمانی جدی تر می شود که با مقایسه متن این ماده در ق.آ.د.م. کنونی با متن مشابه آن در ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م. سابق، ملاحظه می شود

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۳۲

که عبارت «از معاینه محلّ و تحقیق از گواه ها و مسجّلین اسناد» حذف شده است. حذف این مثال ها در ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. کنونی، اگرچه ممکن است به قصد قانونگذار در توسعه اختیار دادگاه در تحقیق برای کشف واقع و مقید نبودن به هیچ نمونه و مثالی، تلقی شود همچنین ممکن است به احتیاط قانونگذار در خصوص برخی از مثال های یاد شده، به ویژه در خصوص تحقیق از گواه ها و عقب نشینی او، تفسیر شود.

تردید در امکان استنباط اختیار ابتدایی دادگاه در استماع گواهی (بدون درخواست اصحاب دعوا) از مواد ق.آ.د.م. کنونی، زمانی به اوج خود می رسد که به وضعیّت این موضوع در فقه، توجه نمائیم که همان طور که پیش از این بررسی شد، نظر مشهور و غالب در فقه، نفی چنین اختیاری و لزوم درخواست برای استماع گواهی گواهان است. بعید نیست که عدم تصریح قانونگذار در ق.آ.د.م. کنونی به اختیار ابتدایی دادگاه در استماع گواهی و نیابردن مثال «تحقیق از گواه ها» در ماده ۱۹۹ آن قانون، با در نظر گرفتن وضعیّت موضوع در فقه و به منظور ایجاد هماهنگی قانون با فقه در این خصوص بوده باشد.

با وجود همه آن چه که گفته شد، در استدلال بر پذیرفتن اختیار ابتدایی برای دادگاه در استماع گواهی گواهان می توان گفت که آن چه در نقد دیدگاه اکثریّت در فقه پیش از این گفته شد، اقتضا دارد تا بیان های نامشخص و دو پهلوئی قانونگذار - از جمله در گواهی - را در جهت تأیید اختیار ابتدایی قاضی در بررسی ادله اثبات دعوا، تفسیر نمائیم و جز در مواردی که در قانون به لزوم درخواست اصحاب دعوا تصریح شده است بر چنین مطالبی اصرار نکنیم. بنابراین، در خصوص گواهی نیز با توجه به عدم تصریح قانونگذار به لزوم درخواست مدعی، مناسب تر است قائل به چنین لزومی نشویم و با تفسیر گسترده از ماده ۲۴۲ ق.آ.د.م. اختیار ابتدایی قاضی را در بررسی و استماع گواهی - بدون این که مدعی به این دلیل، استناد کرده باشد - بپذیریم. چنین دیدگاه و تفسیری، اگرچه خلاف دیدگاه غالب در فقه است ولی

مخالف شرع محسوب نمی شود؛ زیرا در فقه - همان طور که پیش از این نقل شد - دیدگاه مقابل هم وجود دارد و برخی از فقها، استناد و درخواست مدعی را برای استماع شهادت، لازم نشناخته اند.

با این حال، در بررسی این دلیل نیز لازم است دادگاه به شیوه ای عمل کند که اقدام او مستلزم جانبداری و خروج از بی طرفی نباشد. بنابراین، نباید دادگاه وقت زیاد صرف تحقیق برای یافتن شهود احتمالی به نفع خواهان نماید، اما اگر در مذاکرات و اظهارات اصحاب دعوا در دادگاه، مشخص شود که کسانی شاهد موضوع مورد اختلاف بوده اند، دادگاه می تواند در فرض عدم استناد خواهان نیز ایشان را به جلسه دادرسی دعوت نموده و اظهاراتشان را استماع نماید.

در تحلیل تفاوت بیان قانونگذار در گواهی نسبت به ادله ای که در آنها به اختیار ابتدایی قاضی، تصریح شده (کارشناسی و معاینه محل) می توان به این نکته توجه کرد که طبیعت آن ادله (کارشناسی و معاینه محل) به گونه ای است که دادگاه می تواند صرفنظر از اظهارات اصحاب دعوا، ضرورت انجام آن دلیل را احساس نماید. اما در گواهی، قاضی نمی تواند بدون اظهارات و معرفی اصحاب دعوا از وجود گواهان، باخبر شود تا استماع اظهارات آنها را راساً لازم ببیند. پس حداقل، معرفی اصحاب دعوا لازم است و با معرفی گواهان، بعید است که مدعی به گواهی آنها استناد نکند.

علاوه بر آن چه که گفته شد، توجه به این مطلب هم لازم است که در حقوق، گواهی نیز دو حالت دارد: حالت واجد شرایط شرعی و قانونی؛ و حالت جمع نبودن این شرایط. در حالت دوم، گواهی به عنوان مصداقی از امارات قضایی، مشمول مقررات اماره قضایی می شود و در امارات قضایی، مسلم است که استناد مدعی، لازم نیست و قاضی می تواند راساً امارات قضایی را مورد توجه و بررسی قرار دهد. پس اگر هم به خاطر رعایت و هماهنگی با نظر غالب در فقه، استناد مدعی به شهادت را لازم بدانیم، باید این حکم را منحصر به حالت نخست (واجد شرایط بودن شهادت) کنیم. در تقویت چنین تفکیکی می توان مواد ۱۷۵ و ۱۷۶ ق.م.ا. را مورد توجه قرار داد

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۳۴

که در آن صراحتاً حالت جمع بودن شرایط شهادت و تحقق بینه شرعی، از حالت جمع نبودن شرایط، جدا شده و در خصوص حالت دوم، تصریح شده است که گواهی به عنوان اماره قضایی می تواند مورد توجه قرار گیرد.

### ۳- نقش درخواست اصحاب دعوا در صدور قرار تحقیق محلی

در خصوص نقش درخواست اصحاب دعوا در صدور قرار تحقیق محلی و وضعیّت اختیار ابتدایی دادگاه در صدور چنین قراری، در قانون با مواد ناهماهنگی مواجه هستیم که سبب اظهارنظرهای مختلف و متفاوت شده است. این بیان های نامشخص قانون و دیدگاه های متفاوت حقوقدانان، تمرکز بر موضوع و تحلیل و بررسی آن را می طلبد.

#### ۳-۱- وضعیّت بیان قانونگذار و دیدگاه های حقوقدانان

ق.آ.د.م. در وضعیّتی شبیه آن چه در گواهی است و پیش از این توضیح داده شد، در تحقیق محلی نیز نه به عدم اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی (بدون درخواست اصحاب دعوا) و نه به اختیار دادگاه در این خصوص، تصریح نکرده است؛ بلکه بر عکس، بیان مواد ۲۴۹ و ۲۵۶ آن قانون و ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م. سابق، به گونه ای است که موجبات برداشت های متفاوت از قانون را فراهم کرده است.

توضیح این که در ماده ۲۴۹ ق.آ.د.م. اعلام شده است: «در صورتی که طرفین دعوا یا یکی از آنان به اطلاعات اهل محلّ استناد نمایند، اگرچه به طور کلی باشد و اسامی مطلعین را هم ذکر نکنند دادگاه، قرار تحقیق محلی را صادر می نماید....» در ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م. سابق نیز اعلام شده بود: «... هرگاه یک طرف یا طرفین به اطلاع اهل محلّ متمسک شوند اگرچه به طور کلی ذکر کنند و اسامی مطلعین را نبرند دادگاه تحقیق محلی می نماید.» همان طور که ملاحظه می شود در این مواد، صحبت از درخواست یک طرف یا هر دو طرف اصحاب دعواست و هیچ سخنی از اختیار

ابتدایی دادگاه (بدون درخواست اصحاب دعوا) به میان نیامده است. این در حالی است که در ماده ۲۴۸ ق.آ.د.م. کنونی و در ماده ۴۳۶ ق.آ.د.م. سابق به صراحت به اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار معاینه محلّ - بدون این که اصحاب دعوا درخواست کرده باشند - تصریح شده است.

با وجود این، در ماده ۲۵۶ ق.آ.د.م. اعلام شده است: «عدم تهیّه وسیله اجرای قرار معاینه محلّ یا تحقیق محلّی توسط متقاضی، موجب خروج آن از عداد دلایل وی می باشد و اگر اجرای قرار مذکور را دادگاه لازم بداند، تهیّه وسایل اجرا در مرحله بدوی با خواهان دعوا و در مرحله تجدید نظر با تجدید نظرخواه می باشد...» در این ماده، مشخص نیست که آیا قید «اگر اجرای قرار مذکور را دادگاه لازم بداند» صرفاً مربوط به قرار معاینه محلّ است و یا قرار تحقیق محلّی را نیز در بر می گیرد؟

علاوه بر مواد یاد شده، وضعیّت ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. و امکان یا عدم امکان استناد به این ماده در شناسایی اختیار ابتدایی صدور قرار تحقیق محلّی برای دادگاه، بر پیچیدگی موضوع افزوده است.

این بیان های نامشخص قانون، سبب شده است تا در خصوص اختیار یا عدم اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلّی، نظرهای متفاوتی از سوی حقوقدانان اظهار شود و در حالی که برخی، نظر به اختیار دادگاه در صدور قرار تحقیق محلّی، بدون درخواست اصحاب دعوا داده اند (متین دفتری، بی تا: ۴۳۷/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴ a: ۱۰۵/۱؛ مدنی، ۱۳۷۵: ۵۰۹/۲)، در مقابل، عده ای قائل به چنین اختیاری برای دادگاه شده و بر این اعتقادند که دادگاه می تواند در صورتی که انجام تحقیق محلّی را لازم ببیند راساً قرار تحقیق محلّی صادر نماید (شمس، ۱۳۸۹: ۵۵، ۵۶ و ۲۱۶؛ همو، ۱۳۹۰: ۱۲۲/۳ و ۳۴۷؛ صدرزاده افشار، ۱۳۷۰: ۱۵۶؛ مهاجری، ۱۳۸۹: ۱۳۹۶/۲ و ۴۱۴-۴۱۶؛ همو، ۱۳۹۰: ۴۰۶/۱؛ کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۹؛ زراعت، ۱۳۸۹: ۵۵۶-۵۵۷). سخن برخی از نویسندگان نیز در این خصوص، حاوی اظهارنظرهای متعارض است (ر. ک. حیاتی، ۱۳۹۰: a: ۱۵۸؛ همو، ۱۳۹۰: b: ۴۴۵؛ بهرامی، ۱۳۸۹: ۲۹۵ و ۳۰۴).

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۳۶  
در رویه قضائی نیز دیدگاه اختیار دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی بدون  
درخواست اصحاب دعوا، طرفدارانی دارد (ر.ک. نوبخت، ۱۳۷۲: ۹۰؛ زراعت، ۱۳۸۹:  
۵۵۷).

در سخن کسانی که به عدم اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی قائل  
شده اند، اقدام دادگاه در انجام تحقیق محلی بدون آن که اصحاب دعوا آن را  
درخواست کرده باشند تحصیل دلیل، شناخته شده و از این جهت، آن را ممنوع  
شناخته اند (ر.ک. متین دفتری، بی تا: ۴۳۷/۲؛ مدنی، ۱۳۷۵: ۵۰۹/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴  
b: ۱۰۵/۲). علاوه بر این، به لحن ماده ۲۴۹ ق.آ.د.م. نسبت به ماده ۲۴۸ آن قانون نیز  
استناد شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴ b: ۱۰۵/۲).

در مقابل، طرفداران اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی، به ماده  
۱۹۹ ق.آ.د.م. استناد کرده و اقدام دادگاه در انجام تحقیق محلی، بدون درخواست  
اصحاب دعوا را با اختیار گسترده دادگاه در کشف واقع بر اساس ماده یاد شده، توجیه  
کرده اند (ر.ک. شمس، ۱۳۸۹: ۵۵، ۵۶، ۶۰ و ۲۱۶؛ همو، ۱۳۹۰: ۱۲۱/۳-۱۲۲-۳۴۶-  
۳۴۷؛ مهاجری، ۱۳۸۹: ۳۹۶/۲؛ بهرامی، ۱۳۸۹: ۳۰۴؛ زراعت، ۱۳۸۹: ۵۵۷؛ حیاتی،  
۱۳۹۰: a: ۴۴۵). علاوه بر این، به ماده ۲۵۶ ق.آ.د.م. نیز استناد شده است (شمس،  
۱۳۸۹: ۲۱۶؛ همو، ۱۳۹۰: ۳۴۷/۳؛ مهاجری، ۱۳۸۹: ۴۱۴/۲-۴۱۶؛ حیاتی، ۱۳۹۰:  
b: ۴۴۵).

## ۲-۳- تحلیل و بررسی

در تمرکز بر موضوع مورد بحث و تحلیل آن، بیان ماده ۲۴۹ ق.آ.د.م. قابل توجه  
و قابل تأمل است. در این ماده، صدور قرار تحقیق محلی به درخواست اصحاب دعوا،  
مقرر شده و هیچ سخنی از این که دادگاه نیز بتواند راساً و بدون درخواست اصحاب  
دعوا، اقدام به صدور قرار تحقیق محلی و انجام آن نماید، به میان نیامده است. این در  
حالی است که در ماده قبل از آن، یعنی در ماده ۲۴۸ همان قانون، صدور قرار معاینه



محلّ با درخواست اصحاب دعوا یا به تشخیص دادگاه و بدون درخواست اصحاب دعوا، مقرر شده است.

عدم تصریح قانونگذار در ماده ۲۴۹ به اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلّی، در نگاه اول، عدم وجود چنین اختیاری برای دادگاه را به ذهن القا می کند. این ذهنیت، زمانی قوّت می گیرد که به تفاوت بیان این ماده با ماده قبل آن توجه نمائیم؛ زیرا وجود ماده ۲۴۸ و بیان قانونگذار در آن ماده، این شبهه را که قانونگذار در ماده ۲۴۹ در مقام بیان تفصیلی نبوده، از بین برده، و این احتمال را در ذهن تقویت می کند که قانونگذار با توجه به همه حالت ها و در مقام بیان تفصیلی، صرفاً حالت درخواست اصحاب دعوا را مجوّز صدور قرار تحقیق محلّی شناخته است، و با وجود توجه به حالت عدم درخواست اصحاب دعوا، اختیاری در این حالت برای دادگاه در صدور قرار تحقیق محلّی قائل نشده است.

شباهت تحقیق محلّی با گواهی<sup>۱</sup> نیز در این بحث، قابل توجه است؛ زیرا از طرفی، شباهت تحقیق محلّی با گواهی، آنقدر زیاد است که چه بسا بتوان آن را نوعی از گواهی به حساب آورد. از طرف دیگر، همان طور که پیش از این بحث شد قانونگذار در گواهی، تصریح به اختیار ابتدایی دادگاه در استماع گواهی گواهان، بدون آن که اصحاب دعوا به گواهی استناد کرده باشند، نکرده است. از جمع این دو نکته می توان نتیجه گرفت که نظر قانونگذار بر این بوده است که در گواهی و تحقیق محلّی، شیوه واحدی در خصوص نکته مورد بحث، اتخاذ نماید و در شناسایی اختیار ابتدایی دادگاه در استناد و رسیدگی به این دو دلیل، احتیاط کرده است.

اما بیان ماده ۲۵۶ ق.آ.د.م.، همه آن چه که گفته شد را با تردید جدّی مواجه می سازد؛ زیرا در این ماده در ابتدا از قرار معاینه محلّ و همچنین تحقیق محلّی صحبت می

---

۱- برای مطالعه رابطه تحقیق محلّی و گواهی ر.ک: حسن زاده، مهدی، «تحلیل رابطه تحقیق محلّی و گواهی»، مجله حقوق خصوصی، سال دهم، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، صص ۲۸۲-۲۶۵.

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۳۸

کند و در ادامه، با عبارت «... اگر اجرای قرار مذکور را دادگاه لازم بداند...»، به اختیار ابتدایی دادگاه تصریح کرده است؛ که در این حالت، اگر این عبارت را شامل قرار تحقیق محلی نیز بدانیم به موجب این ماده، دادگاه می تواند در مواردی که لازم بداند، راساً قرار تحقیق محلی صادر نماید. اطلاق سخن قانونگذار در این ماده، چنین برداشتی را تأیید می کند.

تحول قانونگذاری در این زمینه نیز مؤید این مطلب است؛ زیرا در ق.آ.د.م. سابق در ماده ۴۳۵ اعلام شده بود: «هزینه تحقیقات محلی به عهده طرفی است که آن را خواستار شده و اگر تحقیقات نامبرده را طرفین خواسته باشند هزینه آن به عهده طرفین خواهد بود»؛ و در ماده ۴۴۱ مقرر شده بود: «عدم تهیه وسیله اجرای قرار معاینه محلی توسط متقاضی، موجب خروج معاینه محل از عداد دلائل می باشد؛ و اگر معاینه محلی را دادگاه لازم بداند...» همان طور که ملاحظه می شود، در قانون سابق در دو ماده جدا از هم، در خصوص هزینه و وسیله اجرای قرار های تحقیق محلی و معاینه محل، احکامی وضع شده بود و صرفاً در ماده ۴۴۱ در خصوص معاینه محل، عبارت «اگر معاینه محلی را دادگاه لازم بداند» آمده بود و در ماده ۴۳۵ در مورد تحقیق محلی، چنین عبارتی نیامده بود. در ق.آ.د.م. کنونی با حذف ماده ۴۳۵ قانون سابق، در ماده ۲۵۶ که جایگزین ماده ۴۴۱ قانون سابق شده، تحقیق محلی نیز اضافه شده است، که نشان دهنده اراده قانونگذار بر این مطلب است که خواسته است از نظر حکم مقرر در ماده ۲۵۶، معاینه محل و تحقیق محلی، وضعیت یکسان داشته، و تابع یک حکم باشند.

تغییر عبارت «اگر معاینه محلی را دادگاه لازم بداند» در ماده ۴۴۱ ق.آ.د.م. سابق به عبارت «اگر اجرای قرار مذکور را دادگاه لازم بداند» در ماده ۲۵۶ ق.آ.د.م. کنونی نیز قابل تأمل است و می تواند نشان دهنده این باشد که قانونگذار خواسته است با این تغییر عبارت، تحقیق محلی را نیز مشمول این عبارت قرار دهد و اگر نظر قانونگذار همانند سابق صرفاً به قرار معاینه محل بود، نه تنها می بایست از چنین تغییر عبارتی خودداری

می کرد، بلکه حفظ عبارت سابق برای جلوگیری از ایجاد توهم شمول این عبارت بر قرار تحقیق محلی، لازم و ضروری بود.

چنین تغییر عبارتی، شبیه و در راستای تغییر عبارتی است که در ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. اتفاق افتاده است که با حذف بخش ابتدایی ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م. سابق که در آن به ممنوعیت تحصیل دلیل تصریح شده بود، اراده قانونگذار بر تمایل به توسعه اختیار دادگاه در استناد و توسل به ادله اثبات دعوا، نمایان شده است.

اما سؤالی که مطرح است این است که اگر نظر قانونگذار در ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ بر شناسایی اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی بوده است چرا عبارت ماده ۲۴۹ را تغییر نداده است و قید اختیار ابتدایی دادگاه را در آن اضافه نکرده و آن را با ماده ۲۴۸ در معاینه محل، هماهنگ نکرده است؟ در پاسخ شاید بتوان نیامدن قید اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی در ماده ۲۴۹ را چنین توجیه کرد که برخلاف معاینه محل - که در مواردی که موضوع دعوا به گونه ای مربوط به اتفاقاتی است که در محل خاصی روی داده است، دادگاه حتی بدون درخواست اصحاب دعوا، معاینه محل را لازم و ضروری می بیند و با انجام آن حتی بدون حضور و مشارکت اصحاب دعوا می تواند به نشانه های قابل توجهی در کشف واقعیت موضوع دعوا دست یابد - در تحقیق محلی، وضعیت به گونه ای است که ابتکار و نقش اصحاب دعوا، مهم و اثرگذار است و کمتر اتفاق می افتد که بدون درخواست اصحاب دعوا، دادگاه انجام تحقیق محلی را ضروری تشخیص دهد. به عبارت دیگر، در تحلیلی شبیه آن چه پیش از این در گواهی گفته شد، تا اصحاب دعوا از وجود مطلعین محلی سخن نگفته باشند، دادگاه بر وجود چنین مطلعینی آگاه نمی شود تا تحقیق از ایشان را لازم بداند و در فرض مطرح شدن چنین مطلعینی نیز طرف ذینفع به اطلاعات آنها استناد کرده و از دادگاه درخواست تحقیق محلی می کند.

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۴۰

وانگهی، در صورت صدور قرار تحقیق محلی صرفاً به تشخیص دادگاه، انجام چنین تحقیقی نیز در صورتی که اصحاب دعوا در آن مداخله و مشارکت نکنند، با اشکال مواجه می‌شود؛ زیرا در انجام تحقیق محلی به درخواست اصحاب دعوا، دادرس در محل حاضر می‌شود و اظهارات اشخاص را که اصحاب دعوا معرفی و حاضر می‌کنند استماع می‌کند. اما اگر خود دادگاه راساً اقدام به صدور قرار تحقیق محلی نماید و در محل حاضر شود و اصحاب دعوا که درخواستی نداشته‌اند اقدام به معرفی و حاضر کردن مطلعان نکنند، دادرس از چه کسانی می‌تواند تحقیق کند و اظهارات چه کسانی را می‌تواند استماع کند؟ بنابراین، چه بسا به دلیل این که در عمل، غالباً تحقیق محلی با درخواست اصحاب دعوا قابل انجام است و بدون آن، انجام آن یا غیر ممکن یا با اشکال مواجه است، قانونگذار صرفاً حالت غالب و قابل انجام آن را که با درخواست اصحاب دعواست، مورد توجه قرار داده و از آوردن حالت استثنایی و مشکل دار آن، صرف‌نظر کرده است. نتیجه این که، با چنین تحلیلی نباید از عبارت ماده ۲۴۹ ق.آ.د.م، انحصار صدور قرار تحقیق محلی به درخواست اصحاب دعوا و نفی صدور قرار تحقیق محلی به تشخیص دادگاه و بدون درخواست اصحاب دعوا را دریافت کرد.

با وجود آن چه که گفته شد، این نکته نیز در تحلیل ماده ۲۵۶ ق.آ.د.م. قابل تأمل است که پس از این که در ابتدای ماده، از هر دو قرار معاینه محل و تحقیق محلی، سخن به میان آمده، در عبارت مورد بحث («اگر اجرای قرار مذکور را دادگاه لازم بداند») واژه «قرار» به صورت مفرد آمده است، در حالی که اگر به صورت جمع (قرار های) آمده بود، تردیدی در شمول آن بر قرار تحقیق محلی باقی نمی‌ماند.

استناد به ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. نیز در این بحث، قابل توجه می‌باشد؛ زیرا همان طور که پیش از این گفته شد، حکم مقرر در این ماده، یک قاعده عمومی در اثبات در دعاوی مدنی است که می‌تواند استثنائاتی در هر یک از ادله به طور خاص داشته

باشد. بنابراین، اگر از مقررات مربوط به تحقیق محلی، چنین برآید که قانونگذار در این دلیل، اختیار ابتدایی دادگاه را به رسمیت نمی‌شناسد و درخواست اصحاب دعوا را ضروری می‌داند، به استناد قاعده عامّ ماده ۱۹۹ نمی‌توان چنین اختیاری را برای دادگاه به رسمیت شناخت؛ همان طور که وقتی در سوگند، قانونگذار به صراحت (ماده ۲۸۳ ق.آ.د.م.) درخواست خواهان را لازم می‌داند، نمی‌توان به استناد ماده ۱۹۹ اختیار ابتدایی آن را برای دادگاه قائل شد.

همچنین در صورتی که از مقررات مربوط به تحقیق محلی، نظر قانونگذار بر تأیید اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی، استنباط شود، ضرورتی به استناد به ماده ۱۹۹ نیست، اما اگر از مجموع مقررات مربوط به تحقیق محلی، نظر قانونگذار بر نفی یا تأیید اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی، به دست نیاید استناد به ماده ۱۹۹ می‌تواند راهگشا باشد.

با وجود این، حذف عبارت «از معاینه محلّ و تحقیق از گواه ها و مسجّلین اسناد» از ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. کنونی که جایگزین ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م. سابق شده است - به شرحی که پیش از این در گواهی توضیح داده شد- در خصوص تحقیق محلی نیز امکان استناد به ماده ۱۹۹ را با مانع مواجه ساخته است؛ زیرا در زمان ق.آ.د.م. سابق، با وجود مثال «تحقیق از گواه ها» در ماده ۳۵۸ آن قانون و تسرّی آن به تحقیق محلی - با توجه به اطلاق گواهی بر تحقیق محلی در ادبیات حقوقی - امکان استناد به آن ماده برای شناسایی اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی، با دشواری کمتری مواجه بود.

با وجود همه آن چه که در تحلیل وضعیّت تحقیق محلی از نظر موضوع مورد بحث گفته شد، با در نظر گرفتن مطالبی که پیش از این و در تحلیل فقهی و حقوقی وضعیّت گواهی از این نظر گفته شد و بر جنبه عمومی دادرسی و نقش و تکلیف قاضی در اثبات دعوای بر اساس تلاش برای کشف واقع به کمک ادله و ابزار قانونی تأکید گردید، در تحقیق محلی نیز مقتضی است اختیار دادگاه در استناد و استفاده از

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۴۲

تحقیق محلی، حتی در موارد عدم استناد اصحاب دعوا پذیرفته شود و بر لزوم درخواست اصحاب دعوا اصرار نشود.

در عین حال، اقدام دادگاه در این خصوص نیز لازم است به گونه ای نباشد که مستلزم جانبداری و خروج از بی طرفی باشد و نباید در راستای نفع یکی از طرفین به طور خاص و بدون این که در مذاکرات و اظهارات اصحاب دعوا از مطلعین محلی سخنی به میان آمده باشد، وقت زیاد، صرف یافتن مطلعین محلی احتمالی نماید؛ بلکه به این دلیل، زمانی متوسل شود که حداقل در اظهارات اصحاب دعوا، از اطلاع اهل محل، سخن به میان آمده باشد؛ اگرچه درخواست تحقیق از آنها مطرح نشود.

## نتیجه

از مجموع آن چه که در این مقاله گذشت، می توان نتیجه گرفت که بیان قانونگذار و تحوّل قانونگذاری در خصوص ضرورت درخواست اصحاب دعوا در استناد به گواهی و تحقیق محلی یا اختیار ابتدایی دادگاه در بررسی این دو دلیل، نامشخص و مضطرب است. از طرفی، در هیچ یک از این دو دلیل، به اختیار ابتدایی دادگاه، تصریح نشده است و از طرف دیگر، در هر یک از این دو دلیل، مواد و بیاناتی وجود دارد که قابل حمل به اختیار ابتدایی دادگاه است. همچنین از طرفی، با حذف مثال های ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م. سابق، از جمله مثال «تحقیق از گواه ها» و نیامدن این مثال ها در ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. کنونی، راه توسل به قاعده عامّ اختیار دادگاه در استناد و توسل به ادله اثبات دعوا در این ماده با دشواری بیشتر همراه شده و از طرف دیگر، با اضافه کردن تحقیق محلی در ماده ۲۵۶ ق.آ.د.م. کنونی که جایگزین ماده ۴۴۱ ق.آ.د.م. سابق شده، امکان تأیید اختیار ابتدایی دادگاه در صدور قرار تحقیق محلی، تقویت شده است. به نظر می رسد دلیل این تردید ها و اضطراب ها، از طرفی، دغدغه قانونگذار از جهت خروج قاضی از بیطرفی و تحصیل دلیل شناخته شدن اقدام دادگاه

۱۴۳ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۰ - بهار و تابستان ۹۸

در استماع گواهی یا انجام تحقیق محلی، بدون درخواست اصحاب دعوا، و از طرف دیگر، تمایل قانونگذار به توسعه هرچه بیشتر اختیار دادگاه در توسل به ادله اثبات دعواست. از نظر فقهی، نظر غالب و مشهور، مقید بودن قاضی به درخواست اصحاب دعوا در استماع گواهی و عدم اختیار ابتدایی دادگاه در این خصوص است. با این حال، نظر مقابل نیز وجود دارد و برخی از فقها، استماع شهادت را منوط به استناد و درخواست مدعی نمی دانند. در تحلیل نهایی موضوع، با توجه به جنبه عمومی دادرسی و تکلیف قاضی به تعیین تکلیف دعوا بر اساس تلاش برای کشف واقع، می توان دیدگاه و تحلیل هایی را ترجیح داد که دست قاضی را در استفاده از گواهی و تحقیق محلی برای رسیدن به واقعیت موضوع مورد اختلاف، باز می گذارد و او را محدود به درخواست اصحاب دعوا نمی کند.

## منابع

- ابن برآج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، **المهذب**؛ ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابو عطا، محمد؛ بهارلو، آرمان (۱۳۹۶)، **اخبار مستند به شیاع به عنوان دلیل اثبات**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۶، ۳۱-۵۲.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۹)، **بایسته های ادله اثبات**، ج ۲، تهران: نگاه بینه.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (بی تا)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۲، قم: مکتبه بصیرتی.
- حسن زاده، مهدی (۱۳۹۳)، **استفاضه و نقش آن در اثبات دعاوی**، مجله حقوقی دادگستری، ۷۸، ۳۱-۴۶.
- حسن زاده، مهدی (۱۳۹۲)، **تحلیل رابطه تحقیق محلی و گواهی**، حقوق خصوصی، ۲/۱۰، ۲۶۵-۲۸۲.
- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق)، **قواعد الاحکام**؛ ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، **ارشاد الأذهان الی أحكام الایمان**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

بررسی نقش درخواست اصحاب دعوی مدنی در استماع گواهی و انجام تحقیق محلی - ۱۴۴

- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (بی تا)، **تحریر الأحكام**، ج ۲، بی جا: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی، محمد بن ادریس (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۵ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، **آئین دادرسی مدنی (۲)**، تهران: میزان.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، **آئین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، ج ۲، تهران: میزان.
- زراعت، عباس (۱۳۸۹)، **محصای قانون آئین دادرسی مدنی**، ج ۳، تهران: ققنوس.
- شمس، عبد الله (۱۳۹۰)، **آئین دادرسی مدنی**، ج ۳، ۲۰، تهران: دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۹)، **ادله اثبات دعوا**، ج ۹، تهران: دراک.
- صدرزاده افشار، سید محسن (۱۳۷۰)، **ادله اثبات دعوی در حقوق ایران**، ج ۲، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۰۴ق)، **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل**، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طباطبائی، سید محمد (بی تا)، **کتاب المناهل**، بی جا: مؤسسه آل البيت (ع).
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۵۱)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۸، بی جا: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴ش)، **اثبات و دلیل اثبات**، ج ۱ و ۲، ج ۳، تهران: میزان.
- کریمی، عباس (۱۳۹۱)، **ادله اثبات دعوا**، ج ۳، تهران: میزان.
- کنی طهرانی، ملا علی (بی تا)، **کتاب القضاء** (چاپ سنگی)، بی جا: بی نا.
- مامقانی، عبد الله (بی تا)، **مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و الیقین** (چاپ سنگی)، بی جا: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
- متین دفتری، احمد (بی تا)، **آئین دادرسی مدنی و بازرگانی**، ج ۲، تهران: مجلد.
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۵)، **آئین دادرسی مدنی**، ج ۲، ج ۴، تهران: گنج دانش.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۰۸ق)، **کتاب القضاء**، قم: مکتبه امیر المومنین (ع).
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۱ق)، **کتاب القضاء**، ج ۱، قم: الخیام.
- مهاجری، علی (۱۳۸۰)، **شرح قانون آئین دادرسی مدنی**، ج ۲، تهران: گنج دانش.



۱۴۵ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۰ - بهار و تابستان ۹۸

- مهاجری، علی (۱۳۹۰)، **قانون آئین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: فکرسازان.

- مهاجری، علی (۱۳۸۹)، **مبسوط در آئین دادرسی مدنی**، ج ۲، ج ۲، تهران: فکرسازان.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۶۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۰، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۰۵ق)، **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۲، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).

- نوبخت، یوسف (۱۳۷۲)، **اندیشه های قضائی**، ج ۴، تهران: کیهان.

