

تحلیل انتقادی نظر ارشادی دادرسی مدنی

حسن محسنی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

عباس میرشکاری

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه علم و فرهنگ

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۹/۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۳/۳)

چکیده

در میان تصمیمات و اقدامات دادرسی مدنی، «نظر ارشادی» نادیده گرفته شده است، و شاید به این دلیل که معلوم نیست در زمره تصمیمات و اقدامات دادرسی باشد، کمتر به آن پرداخته شده است. این نظر در واقع راهنمایی و مشاوره‌ای است که دادرسی به طرفین دعوا می‌دهد؛ مشاوره‌ای که هیچ‌گونه توان اثباتی و اجرایی ندارد و اگرچه مضمون ممنوعیت تلقین نمی‌شود، با «امر ارشادی» در اصول فقه قابل مقایسه است. با عنایت به اینکه نظر ارشادی را نمی‌توان عمل قضایی به‌شمار آورد، ناسازگاری آن با اصول دادرسی همچون ابتکار عمل خصوصی و تسلط طرفین بر جهات و موضوعات، و مقابله‌اش در برخی مواقع با اصل بی‌طرفی و استقلال قوه قضایی، ممکن است موجب انتظار نامعقول از این قوه مستقل و بی‌طرف گردد. از این رو، پیشنهاد شده است در ایراد رد دادرسی یا در ارجاع پرونده به شعب، وجود نظر ارشادی مؤثر باشد.

واژگان کلیدی

استقلال و بی‌طرفی دادرسی، اصول دادرسی، امر ارشادی، عمل قضایی، نظر ارشادی.

مقدمه

دادرسی از آغاز تا پایان مسیر دادرسی تصمیم‌های مختلفی می‌گیرد؛ گاه تصمیم درباره ماهیت دعوا و قاطع آن به‌طور کلی یا جزئی است (حکم)؛ گاه نیز تنها در خصوص ماهیت دعوا یا قاطع آن است و یا آنکه هیچ‌یک از این دو ویژگی را ندارد (قرار). دستورهای اداری و گزارش‌های اصلاحی نیز از دیگر تصمیم‌های دادگاه هستند. در کنار همه این‌ها، باید «نظر ارشادی» را نیز بررسی کرد. این واژه زمانی به‌کار می‌رود که دادرسی ضمن صدور رأی، یکی از طرفین دادرسی را از وضعیت حقوقی آگاه و او را به انجام دادن یا ندادن کاری راهنمایی می‌کند. برای نمونه، ضمن صدور حکم به طلاق به درخواست مرد، زن را از امکان مطالبه حقوق مالی‌اش باخبر می‌سازد یا به یکی از طرفین دادرسی، راه صحیح دادخواهی را می‌آموزد. ماهیت این نظریات که به شیوه‌ارشادی بیان می‌شوند، معلوم نیست؛ به‌ویژه آنکه قانون‌گذار تنها به قاضی تکلیف نموده حکم موضوعات را در قوانین یافته و بر پایه آن رأی دهد و در قوانین موضوعه نمی‌توان مستندی برای دادن نظر ارشادی قاضی یافت. پیچیدگی موقعیت هنگامی روشن می‌شود که بی‌طرفی دادرسی و استقلال قضایی مطرح می‌گردد. بی‌طرفی هنگامی موضوع بحث قرار می‌گیرد که قاضی با دادن نظر به نفع یکی از طرفین اظهاراتی می‌کند که با طبیعت جایگاه وی به عنوان ثالث متعارض است و استقلال وقتی محل تردید قرار می‌گیرد که بیشتر ذی‌نفعان چنین دیدگاه‌هایی، با اقدامات قضایی مبتنی بر آن، دادگاه و قاضی را که دوباره به وی مراجعه کرده‌اند تحت فشار قرار می‌دهند. حال آنکه دادگاه و قاضی دوم مستقل است. همچنین هنگامی که به فقه مراجعه می‌کنیم، درمی‌یابیم که یکی از اعمالی که ترکش بر قاضی لازم است، تلقین است. به این معنا که دادرسی یکی از متداعیین را به چیزی که مستلزم ضرر دیگری است تلقین کند. از سوی دیگر، در فقه شاهد دو دسته دستور و امر هستیم؛ امر مولوی و ارشادی، که اولی لازم‌الاتباع و دومی عکس آن است. با وجود رواج استفاده از این نظر در دادگاه‌ها، تحقیق مستقلی به آن نپرداخته است. به‌نظر می‌رسد گره کار در حل این موضوع باشد که آیا نظر ارشادی عملی قضایی است یا خیر؟ اگر چنین است، هیچ‌یک از مباحث پیش‌گفته قابل طرح نخواهد بود. اما اگر نظر ارشادی چنین عملی نباشد، باید بحث کرد که چه ماهیت و آثاری دارد، ارشاد است یا تلقین؟ پرواضح است که موقعیت اصول دادرسی به‌ویژه اصل بی‌طرفی و اصل استقلال قاضی و دادگاه در دو فرض اخیر باید سنجیده شود. بر همین اساس، در نوشتار نخست این مقاله، به جایگاه نظر ارشادی در میان اعمال قضایی می‌پردازیم و در نوشتار دوم موقعیت این نظر در برخورد با برخی اصول دادرسی را بررسی می‌کنیم.

۱. جایگاه نظر ارشادی در میان اعمال قضایی

در این نوشتار، ابتدا به این موضوع خواهیم پرداخت که کدام اعمال قاضی، قضایی هستند (بند ۱) و سپس به رابطه میان نظر ارشادی و امر ارشادی و منع تلقین در فقه اشاره خواهیم نمود (بند ۲).

۱.۱. اعمال قضایی و نظر ارشادی

در جای دیگر بررسی شده که شناخت عمل قضایی در شناخت مرجع قضایی مؤثر است و به عنوان نتیجه بیان گردید «مرجع قضایی نهادی است ثالث که راجع به یک اختلاف حقوقی با اعمال و اجرای قوانین ماهوی و شکلی به طور معین تصمیم‌گیری قاطع می‌کند» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۵۵۷-۵۵۶) اما این بار شناخت عمل قضایی نه با این هدف بلکه به این منظور بررسی خواهد شد که موقعیت نظر ارشادی در میان اعمال مرجع قضایی مشخص گردد. در قانون آیین دادرسی مدنی، قانون‌گذار تنها یک بار از وظیفه ارشاد دادگاه سخن گفته و آن ناظر به فرضی است که طرفین برای سازش به دادگاه مراجعه نموده‌اند، ولی در این کار توفیق نمی‌یابند. در این صورت است که دادگاه پس از احراز این موضوع که ایشان حاضر به سازش نیستند، «آنان را برای طرح دعوا ارشاد خواهد نمود» (ماده ۱۸۹ این قانون). این کار مخالف اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعواست؛ به این معنا که دعوا فقط از سوی طرفین یک اختلاف آغاز می‌شود و دادگاه نمی‌تواند دعوایی را از پیش خود آغاز کند (ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی؛ غلامی و محسنی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۴-۲۰۲). با این حال، نظر ارشادی، حتی بیرون از شمول ماده ۱۸۹ است. در این نظر به طرفین ارائه طریق می‌شود؛ به این معنا که دادگاه مشخص می‌نماید که چه دعوایی طرح شود یا به چه دادگاهی مراجعه صورت گیرد. حال آنکه در فرض ماده ۱۸۹، دادگاه صرفاً ضمن اعلام ختم تلاش برای سازش، طرفین را به دادخواهی علیه یکدیگر ارشاد می‌کند؛ بدون اینکه مثلاً در خصوص نوع دعوا یا ماهیت آن اظهار نظر کرده باشد. بنابراین، نظر ارشادی ممکن است درباره ماهیت دعوا باشد، اما قاطع آن نیست؛ از این رو، نمی‌توان آن را «حکم» در معنای شناخته شده‌اش دانست. آیا این تصمیم، قرار نیست؟ مشکل در این است که قانون‌گذار قرار را عملی دانسته است که یا در خصوص ماهیت نیست، در حالی که قاطع است یا در خصوص ماهیت است، در عین اینکه قاطع نیست. نظر ارشادی نیز ظاهراً می‌تواند درباره ماهیت باشد، ولی قاطع نباشد. آیا این تشابه موجب نمی‌شود این نظر را قرار بدانیم؟ در این باره به نظر می‌رسد افزون‌بر اینکه «صدور عمل در قالب قرار در صورتی امکان‌پذیر و لازم است که صریحاً یا تلویحاً پیش‌بینی شده باشد» (شمس، ۱۳۸۳، ص ۲۳۹)، فرق میان مفهوم قاطع نبودن قرار و قاطع نبودن نظر ارشادی در این است که در اولی قاطع نبودن به صورت اصلی و به دلیل

وجود موانعی موقتی مانند سمت، اهلیت و نفع، یا موانعی دائمی مانند اعتبار امر قضاوت شده یا مسئله‌ای ناظر به صلاحیت دادگاه یا قاضی و مطرح نشدن دعوا به شکل صحیح قانونی در خصوص قرار عدم استماع، ایجاد می‌شود (ماده ۸۴ و ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی). اما در دومی قاطع نبودن به شکل جانبی و در حاشیه عمل قضایی صورت می‌پذیرد و هیچ‌یک از این عوامل لزوماً در صدور آن مطرح نیست و آن‌چنان که خواهیم دید، دادگاه در کنار عمل قضایی (قرار یا حکم) پیرامون ماهیت اظهار نظر می‌کند؛ پس اظهار نظر غیر قاطع در قرار اصل موضوع است، ولی اظهار نظر غیر قاطع در نظر ارشادی فرع آن اصل است. وانگهی، اظهار نظر ارشادی قابلیت اجرایی نیز ندارد. قابلیت اجرا را باید در اینجا به معنای اعم در نظر گرفت. قابلیت اجرا به معنای اخص مساوی است با عملیات اجرایی موضوع قانون اجرای احکام مدنی، ولی قابلیت اجرایی به معنای اعم، صرفاً به معنای فرایند تطبیق حکم بر موضوع است. پس حکم و قرار هر دو قابلیت اجرایی به معنای اعم را دارند؛ یعنی نتیجه تطبیق یک قاعده ماهوی یا شکلی بر موضوع هستند، ولی نظر ارشادی از هر دو معنای قابلیت اجرایی بی‌بهره است. این گونه است که تمایز واقعی قرار و نظر ارشادی با وجود تشابه صوری آشکار می‌شود. تلقی نشدن نظر ارشادی به عنوان گزارش اصلاحی یا دستور اداری نیز به نظر روشن است؛ چه، منشأ اولی تراضی و گذشت‌های متقابل طرفین است و مصدر دومی اراده قاضی در چارچوب قانون. حال آنکه سرچشمه نظر ارشادی به‌هیچ‌وجه تراضی و گذشت‌های طرفین اختلاف نیست و اگرچه قاضی آن را صادر می‌کند، ولی چارچوب قانونی ندارد. برای نتیجه‌گیری بهتر باید یادآور شد که تحلیل فعالیت قاضی به عنوان تصمیم و تقسیم این فعالیت به حکم یا قرار و ... زمانی است که دادرس در مقام انجام رسالت خود (کشف حقیقت یا فصل خصومت؛ ماده ۳ ق.آ.د.م؛ محسنی، ۱۳۸۷، ص ۲۹۵؛ کریمی، ۱۳۸۸، ص ۵۳) اقدام کند؛ این در حالی است که با نظر ارشادی، هیچ خصوصیتی پایان‌نگرفته است و هیچ حقیقتی نیز کشف نخواهد شد. با این تحلیل، نظر ارشادی از عمل قضایی و تصمیمات دادگاه، خروج موضوعی خواهد داشت؛ نظری است ساده که دادرس نه در مقام تصدی سمت قضایی، بلکه در جایگاه مشاور به یکی از طرفین دادرسی بیان می‌کند؛ بی‌آنکه بتوان آن را در قالب‌های شناخته‌شده اعمال و اقدامات جای داد. به بیان دیگر، نظر ارشادی اگرچه از مرجع قضایی صادر می‌شود، اما همان‌طور که همه اعمال این مراجع، قضایی نیستند؛ مانند تنظیم گزارش اصلاحی و دستور تعیین وقت، نظر ارشادی نیز با وجود آنکه ناظر به اختلاف حقوقی است، ولی در صدور آن قوانین ماهوی و شکلی اعمال و اجرا نمی‌شود و درباره این اختلاف به‌طور معین تصمیم‌گیری قاطع نخواهد شد و در شمار اعمال و تصمیمات قضایی دادگاه قرار نمی‌گیرد. اگر نظر ارشادی عمل قضایی نیست، پس چیست؟ پرسشی که در بند آتی بررسی خواهد شد.

۲.۱. رابطه نظر ارشادی و امر ارشادی و منع تلقین در فقه

در اصول فقه، امر یعنی دستور را به دو دسته مولوی و ارشادی تقسیم می‌کنند (مشکینی، ۱۳۷۱، ص ۷۴؛ فیاض، بی تا، ص ۳۸۸-۳۸۷). در دستور مولوی، برای امتثال امر، صواب و برای ترک آن، عقاب در نظر گرفته می‌شود (روزداری، ۱۴۰۹، ص ۱۰۴). در امر ارشادی، سخنی از صواب و عقاب نیست (سبزواری، ۱۴۱۹، ص ۵۹۸)، بلکه فقط مخاطب به انجام کاری که مصلحتی در آن پنهان است، فراخوانده می‌شود (غروی اصفهانی، ۱۳۶۱، ص ۱۴۰؛ حسینی یزدی، ۱۳۸۵، ص ۸۵-۸۴)؛ بی آنکه سخن از صواب و عقابی یا اساساً چنین منظوری مطرح باشد. در این معنا برخی آن را به نصیحت پزشک تشبیه کرده‌اند (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۹۶) که بیمار را از خوردن یا آشامیدن در ساعات یا از غذاهای معین منع می‌کند؛ بی آنکه همچون منع اکل و شرب در روزه باشد. دستور پزشک در اینجا امر ارشادی و دستور شارع در روزه امر مولوی است. همچنین برخی حکم ارشادی را به حکم مستحب و مکروه بخش کرده‌اند و برای آن از اصطلاحات «استحباب» یا «ترک اولی» استفاده نموده‌اند (حسینی یزدی، ص ۹۷-۹۶؛ ایروانی، ۱۳۲۹، ص ۱۰۴؛ آل‌الشیخ راضی، ۱۴۲۵، ص ۳۷۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ص ۳۴). در واقع، می‌توان نظر برخی علما را تکرار نمود که اگر با امر مولوی، شارع در مقام انشای یک حکم است، در امر ارشادی، در جایگاه اخبار از مصلحت است (مشکینی، ۱۳۷۱، ص ۷۴؛ خمینی، ۱۴۱۰، ص ۲۰۹-۲۰۸؛ روحانی، ۱۴۱۶، ص ۲۷۰-۲۶۵). پیش از آنکه پیرامون ارتباط نظر ارشادی با امر ارشادی اظهار نظر شود، بایسته است ارتباط این نظر با منع تلقین در فقه روشن گردد.

در فقه «منع تلقین» جزو آدابی است که ترکش بر قاضی واجب است؛ به نحوی که تلقین «حرام و ترکش واجب» اعلام شده است (سنگلجی، ۱۳۸۰، ص ۱۱۶ و ۱۱۷). تلقین یعنی اینکه قاضی یکی از متداعیین را به چیزی رهنمون شود که مستلزم وارد شدن ضرر بر طرف دیگر دعوی باشد؛ مانند آنکه قاضی مدعی را به چیزی که موجب پذیرفته شدن دعوایش گردد راهنمایی کند. استاد سنگلجی مصداق آن را فرضی می‌داند که قاضی به مدعی بگوید که دعوی خود را به نحو اجمال اظهار کرده‌ای؛ درحالی که لازم است آن را به نحو جزم و قطع مطرح کنی. فقها و از جمله محقق حلی فلسفه این ممنوعیت را جلوگیری از «فتح باب نزاع» دانسته‌اند؛ یعنی این راهنمایی قاضی موجب نزاع جدیدی می‌شود و کار قاضی ایجاد نزاع نیست. وظیفه او در اسلام «فصل خصومت و سد باب نزاع» است (درباره این هدف ر.ک. محسنی، ۱۳۸۷، ص ۳۰۰-۲۹۲). برای مطالعه رابطه منع تلقین و منع تحصیل دلیل در حقوق ایران ر.ک. محسنی، ۱۳۸۹، ش ۶۵، ص ۱۹۷-۱۸۷). آیا نظر ارشادی دادرسی به این معنا تلقین است؟ به نظر می‌رسد در مفهوم فقهی تلقین، دو عنصر نهفته است؛ یکی اینکه باید این یاد دادن موجب ضرر طرف دیگر باشد و دیگر اینکه موجب فتح باب نزاع شود. در اینکه اگر دادرسی راه صحیح طرح دعوا یا مرجع صالح یا دعوی درست را به یکی از طرفین رهنمون شود، ضرری متوجه طرف دیگر می‌شود، تردید است؛ همچنین در

اینکه این کار موجب فتح باب نزاع می‌گردد، باید تأمل کرد. به نظر می‌رسد نظر ارشادی تلقین نباشد که حرام است؛ چراکه قدر متیقن ضرر در راهنمایی آنجاست که دادرسی در جریان دادرسی با ارشاد نسبت به خواسته و دلیل از یکی جانب‌داری کند و با این کار نتیجه را به نفع یک طرف برگرداند. حال آنکه در نظر ارشادی دادرسی در پایان دادرسی نظر می‌دهد و نه در جریان آن و نظرش در نتیجه دعوا تأثیری ندارد. همچنین، فتح باب نزاع که مبنای منع تلقین است، ممکن است در ظاهر با نظر ارشادی متعارض به نظر برسد؛ چه بعد از نظر ارشادی، ذی‌نفع باب نزاع را دوباره باز می‌کند و دعوا را به شکل صحیح یا در مرجع صالح طرح می‌نماید. در این باره به نظر می‌رسد باید از این ظاهر گذشت، چراکه فتح باب نزاعی در فقه ممنوع است که راجع به ماهیت یک قضیه اظهار نظر قاطع شود؛ درحالی‌که در نظر ارشادی دیدیم که این اظهار نظر دارای ویژگی قطع‌کنندگی دعوا به‌طور اصلی نیست. از سوی دیگر، نظر ارشادی ناظر به حق دادخواهی است، نه حق ماهوی مبنای این حق. دادگاه فقط اعلام می‌کند که چگونه دادخواهی صحیح انجام شود، نه اینکه با این تلقین حق به ذی‌نفع داده شود. پس، نظر ارشادی دادگاه نه موجب ضرر است به‌نحوی که در جریان دادرسی ارائه شود تا نتیجه تغییر کند و نه موجب فتح باب نزاع است به‌گونه‌ای که حق ماهوی را با جانب‌داری به یک طرف بدهد. از این رو، بیش از همه به امر ارشادی در فقه نزدیک می‌شود. دادرسی، مصلحت یکی از طرفین دعوا را در انجام دادن یا ندادن کاری می‌بیند، پس او را به مصلحت دیده‌شده راهنمایی می‌کند؛ بی‌آنکه تبعیت نکردن از این نظر، ضمانت اجرایی در پی داشته باشد.

۲. موقعیت نظر ارشادی در رویارویی آن با برخی اصول دادرسی

نظر ارشادی با این ماهیت و مفهوم باید در رویارویی با اصول دادرسی سنجیده شود (بند ۱). اصولی همچون اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا و ادامه آن، یعنی اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا، اصل بی‌طرفی و اصل استقلال دادگاه و قاضی. همچنین لازم است برخی مصادیق این نظر بر پایه این تحلیل ارزیابی گردد (بند ۲).

۲.۱. نظر ارشادی و اصول اداره‌کننده دادرسی

دادرسی بر پایه اصولی اداره می‌شود که به «اصول اداره‌کننده دادرسی» اشتها دارند. این اصول به سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱. اصول مربوط به نقش متقابل دادرسی و اصحاب دعوا در جنبه شکلی دادرسی یعنی رسیدگی؛ ۲. اصول مربوط به این نقش‌ها در موضوع اختلاف از نظر امور حکمی و موضوعی؛ ۳. اصول ناظر به تمامیت و کلیت دادرسی از منظر رعایت انصاف و

کارآیی (نک: محسنی، ۱۳۸۹، ش ۳۱، ص ۹۶-۸۷). از نظر اصل ابتکار عمل خصوصی که مقرر می‌دارد هیچ دادگاهی به دعوی رسیدگی نمی‌کند مگر اینکه طرفین یا نمایندگان آن‌ها از وی خواسته باشند، نظر ارشادی توجیه‌پذیر نیست؛ چراکه یکی از طرفین اختلاف در نظم حقوقی ما نمی‌تواند صدور چنین نظری را از دادگاه بخواهد. همچنین، وقتی طرفین چنین نظری را نخواسته‌اند یا اینکه اساساً نمی‌توانند بخواهند، اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا ایجاد می‌کند دادگاه محدود به چیزی که از وی خواسته شده، نه بیشتر و نه کمتر، اظهار نظر کند. به بیان دیگر، موضوع نظر ارشادی از چارچوب خواسته طرفین و اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا خارج است. اصل بی‌طرفی دادرسی را که یکی از ناب‌ترین اصول دادرسی است، باید از منظر قاضی و به‌طور شخصی ارزیابی نمود (غمامی و محسنی، ۱۳۹۰، ص ۴۹ به بعد)؛ به این معنا که دادرسی نباید به یکی از طرفین گرایش داشته باشد به نحوی که از ایشان جانب‌داری کند. گرایش داشتن به یکی از طرفین دعوا اگر در جریان دادرسی بروز یابد، مانند آنچه که در فقه امامیه مطرح شد، از قبیل احترام بیشتر به یکی از طرفین، تعیین گروهی برای ادای شهادت، تعینت شهود، ضیافت یکی از متخاصمین، تلقین، ایقاف عزم عزیز از اقرار و تعتبه شهود، و در رأی قاضی بروز نماید، به‌طور قطع با اصل بی‌طرفی دادرسی که در فقه به «وجوب تسویه بین خصمین» معروف است، منافات دارد (برای مطالعه بیشتر ر.ک. سنگلی، ۱۳۸۰، ص ۶۴-۵۶). اما نظر ارشادی را نمی‌توان مساوی با نقض بی‌طرفی دانست، چون آن‌چنان که تحلیل شد در نتیجه دعوا مؤثر نیست. مشورت، حقوقی است که بر اساس شناخت مصلحت طرفین، بدون اینکه قاطع اصل دعوا باشد، نه در جریان دادرسی بلکه در پایان آن ارائه می‌شود؛ از این رو، منافاتی با بی‌طرفی دادرسی ندارد. اما بی‌طرفی دادرسی با استقلال محکمه ملازمه ندارد و استقلال قضایی نیز تلازمی با بی‌طرفی نخواهد داشت (غمامی و محسنی، ۱۳۹۰، ص ۵۴). استقلال قضایی به آن معناست که دادگاه باید بدون فشار درونی یا بیرونی اعمال خود را انجام دهد. فشار درونی مانند تبعیت نکردن از سلسله مراتب اداری دادگاه‌ها و دستگاه قضایی و فشار بیرونی یعنی دخالت دیگر قوای حاکمیت یا وجود رابطه قانونی یا قراردادی میان دادرسی و طرفین دعوا یا اظهار نظر ماهوی پیشین در موضوع دعوا مانند بندهای ب و ج ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی. اگر دادگاه مبادرت به صدور نظر ارشادی نماید، ممکن است یکی از طرفین دعوا به بهانه این نظر دعوی خود را به شکل توصیه‌شده‌ای از سوی دادگاه یا در مرجع پیشنهادی او طرح نماید و به این وسیله قصد تأثیرگذاری بر تشخیص قضایی دادگاه دوم را داشته باشد. برای اظهار نظر پیرامون موقعیت اصل استقلال مرجع قضایی و دادرسی و نظر ارشادی نخست باید زمینه تقابل را شناخت. نظر ارشادی یا متوجه توصیه‌ای است که در نهایت ذی‌نفع را به همان مرجع قضایی صادرکننده توصیه ارشادی یا مرجع قضایی دیگر برمی‌گرداند.

در خصوص مرجع قضایی دیگر می‌توان گفت اصل استقلال دادگاه و قاضی مانع از آن خواهد بود که یک مرجع قضایی برای مرجع قضایی دیگر، جز در زمینه‌های مصرح قانونی، تعیین تکلیف کند. در نظام حقوقی ما حتی عالی‌ترین مرجع قضایی، یعنی دیوان عالی کشور، این توانایی را ندارد که بر دادگاه پایین‌تر برابر ماده ۴۰۸ نظر خود را تحمیل کند: «دادگاه مرجوع‌الیه طبق استدلال هیئت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقتضی صادر می‌نماید». عبارت حکم مقتضی برای تأمین استقلال قضایی دادگاه مرجوع‌الیه پس از نقض رأی در هیئت عمومی شعب حقوقی در این ماده پیش‌بینی شده است. پس هنگامی که رأی عالی‌ترین مرجع نافی استقلال نیست، به طریق اولی نظر ارشادی که اساساً رأی به‌شمار نمی‌آید، نباید ناقض استقلال باشد. از این رو، امکان تصور نقض استقلال قضایی در این فرض منتفی است. اما در فرض نخست، یعنی جایی که به همان دادگاه دوباره مراجعه می‌شود، پرسش همچنان باقی است. در این فرض باید قائل به دو شق شد؛ شقی که در فاصله صدور نظر ارشادی قاضی دادگاه صادرکننده تغییر می‌کند و فرضی که چنین تغییری صورت نمی‌پذیرد. اساس اختلاف در آن است که ممکن است ادعا شود نظر ارشادی موجب می‌شود موقعیت ایراد رد دادرسی به استناد بند دال ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی تقویت شود که مقرر می‌دارد: «دادرس سابقاً در موضوع دعوی اقامه شده به عنوان دادرسی یا داور یا کارشناس یا گواه اظهار نظر کرده باشد». در این خصوص به نظر می‌رسد اگر دادرسی دادگاه تغییر کند، دادرسی جانشین مقید به این قبیل ارشادها نیست و با توجه به استقلال قضایی خود درباره دعوی دوم تصمیم می‌گیرد. اما اگر دادرسی تغییر نکرده باشد، باید از آغاز بررسی نمود که مقصود از اظهار نظر دادرسی چیست؟ آن‌چنان که پیش از این در جای دیگری تحلیل شد (غمامی و محسنی، ۱۳۸۵، ص ۲۷۹-۲۷۷)، مقصود، اظهار نظر ماهوی دادرسی در خصوص موضوع دعوا است، نه اظهار نظر شکلی. به این معنا که دادرسی پس از بررسی در وجود یا نبود حق در اصل و ماهیت دعوا، مبتنی بر نصوص قانونی به صورت موجه و مدلل اظهار عقیده کند. پس نظر دادگاه در خصوص امور مربوط به صلاحیت، تأمین خواسته، ایراداتی که موجب صدور قرار رد دعوا می‌گردد، مانع نیست. اظهار نظر باید به صورت حکم ناظر به ماهیت که قاطع دعوا است انجام شده باشد. پس در این فرض نیز باید گفت تغییر نکردن قاضی موجب مأخوذ نمودن وی نمی‌شود؛ چراکه نظر ارشادی اساساً عمل قضایی نیست. وانگهی هنگامی که زمینه ایراد رد دادرسی را به وجود نمی‌آورد، حتی به همان قاضی صادرکننده نیز تحمیل نمی‌شود؛ پس این قاضی می‌تواند از نظر ارشادی خود عدول کند. با این حال، اینکه بستر ایراد رد دادرسی فراهم نمی‌شود، به نظر برای اعتبار دستگاه قضایی کافی نیست. حتی این قاضی نیز از لحاظ روانی وابسته به نظر پیشین خود است؛ اگرچه عملش قضایی نباشد. به بیان دیگر، نظر ارشادی به طور معنوی دادرسی

صادرکننده را در این فرض، درگیر نوعی پیش‌داوری می‌کند که غیرضروری است. پس نباید به ممکن بودن ایراد رد دادرسی دلخوش نمود و بایسته است برای این چنین تعلق خاطر معنوی راهکاری جستجو کرد. به نظر می‌رسد با توجه به سکوت قوانین در این باره، دست‌کم از ناحیه طرف مقابل نظر ارشادی، ظن متعارفی برای جانب‌داری دادرسی به وجود می‌آید؛ از این رو، یا باید مقررات ناظر به رد دادرسی در این قسمت اصلاح شود یا اینکه در باب قواعد مربوط به ارجاع پرونده به شعب دادگاه‌ها، بازنگری شده، رئیس دادگستری بتواند به استناد اظهار نظر ارشادی مانع ارجاع پرونده به قاضی نظردهنده گردد. پس، با وجود اینکه نظر ارشادی با اصول بی‌طرفی و استقلال تعارض آشکاری ندارد، اما در فرضی که نظر ارشادی موجب بازگشت پرونده جدید به همان قاضی می‌گردد، بازنگری در قوانین بایسته است. با این‌همه، تحلیل این دیدگاه در برخی پرونده‌ها راهگشایی بهتری خواهد داشت که در بند آتی بررسی می‌گردد.

۲.۲. بررسی برخی مصادیق نظر ارشادی در رویه دادگاه‌ها

دادگاه‌ها در بسیاری از زمینه‌ها، اقدام به صدور نظر ارشادی می‌نمایند که شایسته بررسی است. ارشاد به تصحیح خواسته موضوع نظر ارشادی برخی محاکم بوده است. در برخی از دعاوی، دادگاه با خواسته بیان شده در دادخواست، خود را قادر به صدور رأی به نفع خواهان نمی‌بیند، برای همین او را درباره موضوع صحیح خواسته ارشاد می‌کند؛ چنان‌که وقتی دادخواستی به خواسته صدور شناسنامه مطرح می‌شود، دادگاه تصمیم‌گیری در این باره را مستلزم اثبات نسب خواهان به پدر و مادر واقعی خود دانسته، قرار رد دعوی خواهان را صادر می‌کند، اما اظهار می‌دارد: «خواهان در صورت بقا بر ادعا، به تقدیم دادخواست اثبات نسب به طرفیت پدر و مادر واقعی خودش و سپس ابطال شناسنامه مورد استفاده و صدور شناسنامه جدید با تاریخ تولد مورد نظر و مشخصات پدر و مادر واقعی ارشاد می‌شود» (دادنامه شماره ۵۷ به تاریخ ۸۶/۱/۲۹ صادره از شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره کلاس پرونده ۷۶۵/۴۴/۸۵). همچنین برخی دادگاه‌ها ارشاد به تکمیل خواسته را مد نظر قرار داده‌اند. گاه اگرچه دادگاه به خواسته مطلوب خواهان حکم می‌دهد، اما نزدیک‌تر کردن وی به خواسته‌اش را مستلزم تکمیل خواسته می‌داند. برای نمونه، شخصی علیه سازمان مسکن و شهرسازی دادخواستی به مطالبه اجرت‌المثل ارائه می‌دهد؛ دادگاه حکم به محکومیت خوانده به پرداخت اجرت‌المثل صادر می‌کند، اما اگرچه می‌داند خواسته نهایی خواهان، خلع ید خوانده است، با توجه به اینکه چنین خواسته‌ای در دادخواست ارائه نشده، نمی‌تواند در این باره حکمی صادر کند، بنابراین، اعلام می‌کند: «خواهان ارشاد می‌گردد به طریق مقتضی قانونی نسبت به خلع ید

خواننده اقدام نماید» (دادنامه شماره ۱۵۸۰ به تاریخ ۸۵/۱۱/۱۸ صادره از شعبه ۱۴۶ دادگاه عمومی تهران به شماره پرونده ۱۰۰۶/۸۲). ارشاد به ارائه دادخواست نیز موضوع دیگری است برای نظر ارشادی. برای نمونه شوهری دادخواست طلاق داده و زن شاید از روی ناآگاهی، حقوق مالی خود را مطالبه نکرده، دادگاه دور از انصاف می‌داند که زن را از حقوقش آگاه نسازد، چنان‌که می‌نویسد: «ارشاداً اعلام می‌شود نحله و بخشش پس از طلاق هم قابل مطالبه است و اگر تجدیدنظرخواه بعد از طلاق نحله‌ای از بابت ۳۷ سال زندگی مشترک قبلی نگرفته است مطابق بند ب ذیل تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌تواند به مطالبه آن دادخواست دهد» (دادنامه شماره ۲۲۸۹ به تاریخ ۸۴/۱۰/۲۸ صادره از شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران به کلاس پرونده ۲۲۶۹/۲/۸۴) در نمونه‌ای دیگر، دادگاه پس از صدور قرار رد دعوی خواهان به خواسته، اعتراض به تقاضای ثبت پلاک یک فرعی از ۸۳۸ قزوین، در پایان رأی خود می‌نویسد: «خواهان ارشاد می‌گردد نسبت به ابطال سند تقدیم عرض حال اقدام و با ارائه براهنی کافی در حق خود نائل آید» (دادنامه شماره ۴۳۴ مورخ ۷۴/۴/۱۸ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه عمومی قزوین به کلاس پرونده ۱۳۸۶/۷۳). ارشاد به تغییر نوع دعوا در آرای دادگاه‌ها نیز مشاهده می‌شود. این موضوع به‌ویژه زمانی دیده می‌شود که دادرس در مقام بررسی شکایت کیفری، شاکی را محق نمی‌بیند، پس وی را به طرح دعوی حقوقی ارشاد می‌کند. برای نمونه، در پرونده‌ای اداره ثبت احوال مدعی می‌شود که شخصی اقدام به جعل شناسنامه کرده است و دادگاه پس از رسیدگی به این نتیجه می‌رسد: «استناداً به اظهارات نماینده اداره شاکی در جلسه مورخه ۸۷/۵/۱۵ موضوع فاقد وصف مجرمانه بوده، به رد آن اظهارنظر و به تسلیم دادخواست حقوقی ارشاد می‌گردد» (دادنامه شماره ۱۱۱۶ مورخ ۸۷/۱۰/۲۴ به کلاس پرونده ۷۸۲ صادره از شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). یا در دادنامه دیگری، پس از صدور حکم به برائت متهمان، نوشته می‌شود: «در پایان شاکی را به تقدیم دادخواست ابطال اسناد رسمی صادره ارشاد می‌نماید...» (دادنامه شماره ۲۱۹۲ به تاریخ ۷۶/۱۲/۲۵ صادره از شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران به پرونده کلاس ۱۹۰۱/۷۶). در نمونه دیگری، دادگاه با تأیید دادنامه بدوی مبنی بر برائت از اتهام کلاهبرداری، اعلام می‌دارد: «بنابراین بر فرض که موضوع عدم انجام تعهد باشد امری حقوقی بوده و فاقد وصف جزائی می‌باشد و با عنایت به اینکه وجه التزام عدم تحویل به موقع طبق توافق طرفین روزانه معادل ده هزار تومان قید گردیده است، تجدیدنظرخواه ارشاد می‌گردد که برای احقاق حقوق خود با تنظیم دادخواست لازم به دادگاه صالح مراجعه و مطالبه حق نماید...» (دادنامه شماره ۹۹۲ به تاریخ ۷۹/۵/۱۷ صادره از شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به کلاس پرونده ۷۴۶). ارشاد درباره طرف دعوا را نیز باید بر این‌ها افزود. در

پرونده دیگری، شخصی شکایتی با عنوان انتقال مال به قصد فرار از دین علیه انتقال‌دهنده مطرح می‌کند. دادگاه بدوی انتقال‌دهنده را مجرم می‌شناسد، اما در خصوص انتقال‌گیرنده، با توجه به اینکه شکایتی علیه وی طرح نشده است، اظهار نظر نمی‌کند. شاکی به همین سبب تجدید نظرخواهی می‌کند. شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مقام صدور رأی می‌نویسد: «نسبت به اعتراض تجدیدنظرخواه از حیث عدم اظهار نظر دادگاه بدوی در مورد انتقال‌گیرنده که مستلزم رسیدگی به اتهام و احراز بزهکاری وی می‌باشد، مستنداً به ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی در امور کیفری قرار رد تجدیدنظرخواهی صادر و تجدیدنظرخواه جهت طرح شکایت جداگانه علیه انتقال‌گیرنده اموال به دادرسی ارشاد می‌گردد» (دادنامه شماره ۱۴۲۸ به تاریخ ۸۶/۹/۲۵ شماره کلاس پرونده ۱۳۹۵/۱۴۲۸/۹/۸۶). برای ارشاد درباره زمان طرح دعوا نیز نمونه‌ای موجود است. خواهان با توجه به ناتوانی‌اش در پرداخت مهریه، دادخواست تقسیط می‌دهد، در حالی که هنوز اجرائیه‌ای صادر نشده است. دادگاه بر این باور است: «نظر به اینکه قبول اعسار و تقسیط محکوم‌به مستلزم الزام مدیون به پرداخت دین بوده و مطابق آیین‌نامه (ماده ۱۸) قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی الزام به مدیون با صدور اجرائیه است و در ما نحن فیه اجرائیه مفقود است، لذا دعوی خواهان بدوی مسموع نبوده...»؛ بر همین اساس، در ادامه رأی می‌خوانیم: «خواهان را ارشاد می‌کند بعد از صدور اجرائیه درخواست تقسیط و اعسار کند» (دادنامه شماره ۲۴۶۱ مورخ ۸۳/۷/۲۸ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه عمومی خانواده). ارشاد درباره شیوه طرح دعوا مصداق دیگری است. شخصی که از طرفین دادرسی نبوده است، در قالب «اعاده دادرسی» نسبت به حکمی قطعی اعتراض می‌کند و شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین حکم صادر می‌کند: «قرار رد دادخواست اعاده دادرسی مشارالیه صادر می‌گردد و نامبرده ارشاد می‌شود که به صورت اعتراض ثالث با وجود شرایط مندرج در موارد ۱۷ و ۱۸ و ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی اقدام نماید» (دادنامه شماره ۱۷۳ به تاریخ ۸۴/۱/۳۱ به پرونده کلاس: ۸۸/۲۶/۸۴۳). در دادنامه دیگری می‌خوانیم: «خواستۀ دعوی خواهان مصادیق دعاوی تغییر نام خانوادگی موضوع ماده ۴۰ قانون ثبت احوال محسوب نمی‌شود تا در صلاحیت اداره ثبت احوال یا به تعبیر دادگاه در صلاحیت هیئت حل اختلاف ثبت احوال باشد. بنا به مراتب فوق پرونده به دادگاه صادرکننده قرار عدم صلاحیت اعاده می‌شود تا خواهان‌ها را ارشاد قانونی نمایند نسبت به استرداد دادخواست مطروحه اقدام و سپس وفق ماده ۱۷ قانون ثبت احوال برای انجام خواسته خود یعنی تکمیل سند سجلی خواهان ردیف دوم از جهت مشخصات پدر که لاجرم متضمن تغییر نام خانوادگی وی از نام خانوادگی مادر به نام خانوادگی پدر است اقدام کنند» (دادنامه شماره ۱۸/۱۹۹/۷۳ مورخ ۱۳۷۳/۴/۲۱ صادره از شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور). ارشاد درباره مرجع صالح در دادنامه شماره

۶ مورخ ۱۳۷۶/۱/۵ صادره از شعبه بیستم دیوان عدالت اداری آمده است: «نوع قرارداد منعقد شده میان خواهان و خواننده از شمول قانون استخدام کشوری خارج است و مشمول مادتين ۱۵۷ و ۱۵۹ و ماده ۲ قانون کار جمهوری اسلامی می‌باشد. بنابراین با وصف اینکه رسیدگی به موضوع از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است قرار رد شکایت شکایه از این حیث صادر و وی را به تقدیم دادخواست به اداره کل محل جهت مطالبه حداقل دستمزد و دیگر مزایا ارشاد می‌نماید». و ارشاد درباره پیشگیری از دعاوی محتمل مصداق جذاب دیگری است که در یک پرونده اتفاق افتاده است. در تاریخ ۸۸/۵/۵ آقای (الف) دادخواستی به طرفیت یکی از شرکت‌های خدماتی در زمینه تلفن همراه به خواسته «ایجاد مزاحمت و سلب آسایش، ورود به حریم زندگی خصوصی از طریق ارسال پیامک» ارائه داده، در شرح دادخواست اظهار می‌دارد: «خواننده، از سال‌های گذشته، با ارسال پیامک‌های مختلف برای اینجانب، مزاحمت‌های فراوانی به وجود آورده و آرامش روحی و روانی و خواب و استراحت اینجانب را برهم زده و علی‌رغم درخواست مبنی بر خودداری خواننده از ادامه مزاحمت و ارسال این‌گونه پیامک‌ها که برابر اظهارنامه در تاریخ ۸۷/۸/۲۷ به خواننده ابلاغ گردیده، نه تنها از ادامه مزاحمت امتناع نورزیده، بلکه تواتر ارسال آن را بیشتر نموده است که لیستی حاوی صد عدد از این پیامک‌ها به عنوان نمونه جهت استحضار دادگاه اعلام می‌دارد». دادگاه در تاریخ ۸۹/۷/۱۶ در دادنامه شماره ۵۸۳ به شماره پرونده ۲۶۷ این چنین صدور رأی می‌نماید: «نظر به اینکه تلفن و وسایل شنود و مکالمه اشخاص از جمله حریم خصوصی اشخاص بوده و می‌بایست برخوردار از مصونیت از تعرض باشد ... ارسال پیامک‌های گاه و بی‌گاه این آشفتگی روانی و ذهنی را در ذهن مخاطب ایجاد و باعث اختلال در روند عادی امور جاری شخص می‌گردد خصوصاً آنکه ورود به حریم خصوصی اشخاص مستلزم اذن و یا پس از ورود، کسب اجازه در بقای آن است ... نظر به اینکه فعل زیان‌بار از ناحیه خواننده دعوا با توجه به اقرار تلویحی خواننده ثابت و محرز است، لیکن تحصیل آثار زیان‌های معنوی و تأثیر آن بر مخاطب و همچنین هزینه‌های ناشی از این امر در محضر دادگاه متقن و مدلل نگردیده است از این حیث دادگاه دعوی خواهان را در مقام ممنوعیت خواننده از تکرار و استمرار مزاحمت‌ها و مطالبه خسارت دادرسی از این حیث وارد و ثابت تشخیص و ... حکم بر الزام و محکومیت خواننده دعوا به منع تکرار و استمرار مزاحمت (ارسال پیامک تبلیغاتی) ... از این مجرا صادر و اعلام می‌دارد و لیکن با توجه به اینکه مطالبه خسارت در سایر موارد مستلزم وجود فعل زیان‌بار، ورود ضرر و احراز رابطه سببیت بین آن دو است و این امر در محضر دادگاه مدلل و ثابت نگردیده است بر این اساس حکم بر بی‌حقی خواهان دعوا در این رابطه صادر و اعلام می‌دارد با قید این توضیح که در صورت استمرار وضعیت مذکور و طرح ادعای مجدد صدور

حکم در ماهیت مانع از تجدید دادخواست و مطالبه خسارت در آتیه از خواننده دعوا نخواهد بود. ارشاداً خواننده دعوا هدایت به آن می‌گردد که در مقام ارسال پیامک تبلیغاتی و سایر موارد از قبیل مذکور در ابتدا موافقت مخاطبان خویش را تحصیل تا مواجه با دعاوی مشابه نگردد». در تمامی این زمینه‌ها، دادگاه نه به‌طور اصلی درباره ماهیت اظهار نظر قاطع نموده و نه اینکه در مصادیق پیش‌گفته مانند تصحیح و تکمیل خواسته، نوع و شیوه و زمان دعوا، مرجع صالح و پیشگیری از تکرار دعاوی حقی برای یکی از طرفین دعوا تثبیت و تسجیل کرده باشد، بلکه پیرامون حق دادخواهی ایشان نظر ارشادی داده است. پس نظر ارشادی نه تنها از لحاظ ماهوی، حق یا تکلیفی را برای طرفین دادرسی به‌وجود نمی‌آورد، چیزی را هم اثبات نمی‌کند و برای هیچ‌یک از طرفین، حق یا الزامی هم ایجاد نمی‌نماید؛ چنان‌که در دادنامه‌ای می‌خوانیم: «بلامانع بودن تنظیم سند رسمی اجاره آقای... با اداره اوقاف صرفاً جنبه ارشادی داشته و دادنامه صادره متضمن هیچ‌گونه الزام و تحکیمی نسبت به تجدیدنظرخواه نمی‌باشد» (دادنامه شماره ۱۳۷۵ مورخ ۷۶/۱۱/۱۸ صادره از شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). حتی آن‌چنان که گفته شد، دادگاه، صادرکننده نظر ارشادی را نیز پایبند به نظرش نمی‌کند. برای نمونه، در پرونده کلاسه ۸۷۱۰۱، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان گیلان، در دادنامه شماره ۴۲۵ به تاریخ ۸۷/۵/۲۸، به اختیار شاکی برای طرح دعوی حقوقی تصریح کرد. شاکی نیز از راهنمایی دادگاه استفاده کرد، اما همان شعبه در دادنامه شماره ۱۹۴ به تاریخ ۸۷/۱۱/۲۹ خود نوشت: «عبارت ذیل دادنامه مارالذکر صرفاً در جهت ارشاد و ارائه طریق از ناحیه این دادگاه مرقوم گردیده است. فلذا طرح دعوی موصوف فاقد موقعیت قانونی است». پس پیرو آنچه که در خصوص ماهیت نظر ارشادی گفته شد، باید پذیرفت که نظریات ارشادی سند رسمی نیستند، چون با توجه به خروج موضوعی از اعمال قضایی، مشمول ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی پیرامون تعریف سند رسمی نمی‌شوند^۱ و حق یا تکلیفی ایجاد نمی‌کنند؛ از این‌رو، قابل اعتراض و شکایت نخواهند بود و نیز دارای قدرت آمره نیستند، لذا از اعتبار امر قضاوت‌شده برخوردار نخواهند بود.

نتیجه

نظر ارشادی عمل قضایی نیست و از آن خروج موضوعی دارد؛ نظری است ساده که دادرسی در مقام مشاوره به یکی از طرفین دادرسی اظهار می‌کند، بی‌آنکه بتوان آن را در قالب‌های شناخته‌شده اعمال قضایی قرار داد. مقایسه نظر ارشادی با امر ارشادی رواست؛ چراکه در هر دو، صادرکننده نظر، مصلحت مخاطبش را در انجام دادن یا ندادن کاری می‌بیند، پس او را به

۱. ماده ۱۲۸۷: اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد دیگر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد، رسمی است.

مصلحت دیده شده راهنمایی می‌کند، بی‌آنکه تبعیت نکردن از نظر یادشده ضمانت اجرایی در پی داشته باشد. اما نظر ارشادی با منع تلقین در فقه به دلیل تفاوت موضوع قابل قیاس نبوده، آثار آن را ندارد؛ زیرا برخلاف تلقین، در پایان دادرسی اعلام می‌شود و چون در نتیجه رسیدگی تأثیری ندارد، به ضرر یکی از طرفین نیست. از منظر اصول اداره‌کننده دادرسی نیز نظر ارشادی موافقتی با اصل ابتکار عمل اصحاب دعوا و اصل تسلط طرفین ندارد و اگرچه موجب نقض اصل بی‌طرفی دادرس و اصل استقلال دادگاه و قاضی نمی‌گردد، ولی در فرضی که موجب می‌شود ذی‌نفع دعوا را دوباره در همان دادگاه و نزد همان قاضی طرح کند، واجد ایراد است؛ چراکه دست‌کم از منظر طرف مقابل این دادرسی می‌تواند ظن متعارفی برای جانب‌داری باشد، پس توصیه می‌شود یا به عنوان ایراد رد دادرس پیش‌بینی شود یا اینکه از مصادیق منع ارجاع به همان قاضی یا شعبه باشد. قانون‌گذار یک بار به ارشاد طرفین به طرح دعوا در قانون آیین دادرسی مدنی اشاره نموده که به نظر متفاوت از نظر ارشادی است؛ چراکه نوع و ماهیت دعوا یا مرجع صالح در ارشاد برای طرح دعوا در پی شکست تلاش برای سازش مشخص نمی‌شود و فقط ختم کوشش برای سازش اعلام می‌گردد، ولی در نظر ارشادی پیرامون و جوانب تعیین تکلیف دادگاه پیرامون موضوع دعوا، بنا بر مصلحت طرفین دادرسی ارشادهایی انجام می‌شود. رویه قضایی در زمینه‌های بسیاری همانند تصحیح خواسته، تکمیل خواسته، ارائه دادخواست، تغییر نوع دعوا، طرف دعوا، زمان طرح دعوا، شیوه طرح دعوا و مرجع صالح، از نظر ارشادی استفاده می‌کند. اما از آنجا که نظر ارشادی برای طرفین دادرسی یا اشخاص ثالث یا دادگاه‌ها و حتی قاضی صادرکننده رأی هیچ‌گونه حق یا تکلیفی ایجاد یا اثبات نمی‌کند و سند رسمی چون در صلاحیت صادرکننده آن نیست و فاقد اعتبار امر قضاوت شده است، هیچ فایده‌ای در ارائه آن دیده نمی‌شود جز اینکه در مواقع نادری موجب پیشگیری از تکرار دعوی شود. به نظر می‌رسد برای رفع هرگونه شائبه جانب‌داری در دستگاه قضایی، قضات از صدور آن خودداری کنند. بهتر است یک قاضی به جای جانب‌داری از یکی از طرفین و نقض بی‌طرفی و تأثیرگذاری در نتیجه و رأی، با اظهار نظر ارشادی به نیاز معنوی ارائه طریق صحیح پاسخ دهد و به این ترتیب، بهترین راه حل را برگزیند؛ هرچند در این خصوص نیز شاید این ادعا ناصواب نباشد که اخلاق حرفه‌ای قضات یا ادب قضایی وظیفه معاضدت و مشاوره را به وکلای دادگستری و مشاوران حقوقی محول می‌کند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. سنگلجی، محمد (۱۳۸۰). آیین دادرسی در اسلام. قزوین، طه، چاپ سوم.

۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی. جلد ۳، تهران، دراک، چاپ دوم.
۳. شمس، عبدالله (۱۳۸۳). آیین دادرسی مدنی. جلد ۲، تهران، دراک، چاپ ششم.
۴. غمّامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۹۱). اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثناها و قیدهای آن، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار، شماره ۱.
۵. غمّامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۹۰). آیین دادرسی مدنی فراملی. تهران، شرکت سهامی انتشار.
۶. غمّامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۸۵). اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۷۴.
۷. کریمی، عباس (۱۳۸۸). ادله اثبات دعوا. تهران، میزان.
۸. محسنی، حسن (۱۳۸۹). اداره جریان دادرسی مدنی (بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی). با دیباچه دکتر ناصر کاتوزیان، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۹. محسنی، حسن (۱۳۸۷). عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار، شماره ۱.
۱۰. محسنی، حسن (۱۳۹۱). مفهوم مرجع قضایی. ارج‌نامه دکتر الماسی، مجموعه مقالات اهداشده به استاد دکتر الماسی، تهران، شرکت سهامی انتشار.

ب) عربی

۱. آل الشیخ راضی، شیخ محمدطاهر (۱۴۲۵). بدایه الوصول فی شرح کفایه الاصول. جلد ۶، ستاره.
۲. حسینی الروحانی، السید محمد (۱۴۱۶). منتقى الأصول. جلد ۵، هادی، ۱۴۱۶.
۳. حسینی یزدی، سیدمرتضی (۱۳۸۵). عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول. جلد ۴، فیروزآبادی.
۴. ایروانی، علی (۱۳۲۹). نه‌ایه‌النه‌ایه فی شرح الکفایه، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل‌البيت (ع) جلد ۲.
۵. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۰- الف). رسائل. جلد ۱، قم، اسماعیلیان.
۶. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۰- ب). کتاب الطهاره. جلد ۲، قم، مهر.
۷. روزدری، علی (۱۴۰۹). تقریرات آیه‌الله‌المجدد الشیرازی. جلد ۴، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.
۸. سبزواری، حسن (۱۴۱۹). وسیله الوصول إلى حقائق الأصول. قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۹. طباطبایی، محمدحسین (۱۴۱۲). تفسیر المیزان. جلد ۸، قم، جامعه مدرسین.
۱۰. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۶۱). نه‌ایه‌الدرایه فی شرح الکفایه. جلد ۱، قم، سیدالشهدا.
۱۱. فیاض، محمداسحاق، (بی‌تا). تعالیق مبسوطه. قم، انتشارات محلاتی، جلد ۱۰.
۱۲. مشکینی، شیخعلی (۱۳۷۱). اصطلاحات الاصول. دفتر نشر الهادی.
۱۳. مکارم شیرازی، ناصر، (بی‌تا). الأمثل فی تفسیر کتاب‌الله‌المتزل. جلد ۱۰.