

نگارخانه

فصلنامه علمی

وابسته به بنیاد فرهنگی خدماتی امام حسن عسکری (ع)

سال دوم، تابستان ۱۴۰۱

شماره پنجم

- قرآن پژوهی سیاست جنایی اسلام در اصلاح مجرمین / سید محمد حسینی دره صوفی
- روش‌های درمان روانه در متون دین اسلام / حفیظ الله محمدی
- عوامل نشاط روحی و معنوی در متون دینی / سید رضی قادری
- قلمرو اطاعت از مافوق از منظر فقه امامیه / سید رضا علوی
- مشروعیت نهاد دادرسی در نظامی قضایی اسلام / محمدعلی علی دادی
- جرایم و مجازاتهای نقض مالکیت فکری در حقوق افغانستان / محمد شریف حامدی
- نگاهی نو به معنای اهل بیت و ارائه معنایی تفصیلی یافته از آن / محمد جعفر میلان نورانی و ...

عنوان: فصلنامه علمی نیسم کوثر
مدیر مسئول و سردبیر: سید محمد حسینی دره صوفی
ویراستار: سید محمد نقوی
گرافیسیت: سید محمود محسنی
شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه
قیمت: ۲۰,۰۰۰ تومان
صاحب امتیاز: بنیاد فرهنگی خدماتی امام حسن عسکری (ع)
شماره تماس: ۰۰۹۸۹۳۵۳۹۶۹۷۷۶
سایت فصلنامه: nasimekosar.blog.ir
ایمیل: nasimkosar1399@gmail.com
دفتر مرکزی و محل چاپ: ایران: قم.



سال دوم، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۵

مشروعیت نهاد دادرسی در نظامی قضایی اسلام

محمدعلی علی دادی^۱

چکیده

در مشروعیت نهاد دادرسی دو نظریه مطرح شده است. دیدگاه اول؛ کسانی بودند که قائل به عدم مشروعیت آن بود. آن‌ها می‌گفتند که مسبوق به سابقه نیست. چنین چیزی در صدر اسلام وجود نداشته. و آن‌ها بر این باور بودند که قضاتی که در نهاد دادرسی در منصب قضاوت انجام وظیفه می‌کنند مجتهد نیستند؛ لذا مشروعیت ندارند. برای اثبات مدعی‌شان ادله‌ای متخلف (قیاس منطقی، اصالة‌العدم، روایات، تزییع حق و...) ارائه کردند که پذیرفته نشد. دیدگاه دوم: در مقابل آنان، کسانی هستند که قائل به مشروعیت آن است. دلایل مخالف را پاسخ دادند و دیدگاه مشروعیت را تقویت کرده است. چون ادله دیدگاه اول استحکامات لازم را ندارد و از مبانی سستی برخوردار است.

کلیدواژگان: مشروعیت، نهاد دادرسی، نظام قضایی و اسلام.

❁ مقدمه

باتوجه به تحول و تکامل بشر از لحاظ علم و دانش در حوزه‌های مختلف (علمی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و...) باعث شده است. که مسائل جدید در بستر زمان، در جامعه تحقق پیدا کند که بسیاری از آن‌ها در صدر اسلام وجود نداشته‌اند. امروزه حادث شده است که از آن‌ها به مسائل مستحدثه تعبیر می‌شود. اما صرف وجود مسائل مستحدثه مشکلی ندارد. آنچه که مورد مطالعه و مذاقه دانشمندان اسلامی واقع شده است. مسأله مشروعیت و عدم مشروعیت آن‌ها است. در واقع مسأله فقهی آن‌ها قابل بررسی و تحلیل است. آیا جایگاه مسائل مستحدثه در فقه در کدام از یکی از عقود معین قرار دارد یا نه اصلاً قابل گنجاندن در آن نیست بلکه یک عقد نا معین و جدید است؟ یکی از آن مسائل مستحدثه، مشروعیت نهاد دادرسی است. که در صدر اسلام در نظام قضایی در بخش شکلی و کیفری وجود نداشته. امروزه علاوه بر دادگاه، نهاد دادرسی هم وجود دارد. پس در اینجا چند سؤال مطرح است. آیا نهاد دادرسی مشروعیت دارد یا ندارد؟ ادله قائلین به عدم مشروعیت است، چیست؟ آیا مستندات آن‌ها قابل رد است؟ و ادله کسانی که معتقد به مشروعیت آن است؛ چیست؟ نویسنده باتوجه به توانای علمی و ظرفیت این مقاله تلاش می‌کند که سؤالات مطرح شده را پاسخ بدهد.

❁ ۲. مفهوم شناسی نهاد دادرسی

واژه «مشروعیت» عربی و مصدر است از «شرع» گرفته شده است. ممکن مصدر جعلی باشد. در لغت به معنی بیان و آشکار شدن، استعمال شده است.^۱ (محمود، بی‌تا: ج ۳، ص ۲۹۱؛ جرجانی، ۱۴۰۵: ج ۱، ۱۶۷).

در اصطلاح به معنی «پیمودن راه و طریق است که انسان اعتقاداً و عملاً باور دارد که موافق حکم الهی است»^۲. (محمود، بی‌تا: ج ۳، ص ۲۹۱). «دادسراها به عنوان مبنایی‌ترین نهاد در ساختار نظام عدالت کیفری، اقدام به کشف جرم، تعقیب و تحقیق از متهم و جمع آوری و حفظ آثار و ادله ارتکاب جرم نموده تا حقوق افراد جامعه (اعم از بزه‌دیده، شاکی و حتی خود متهم) محفوظ، نظم، امنیت قضایی و اجتماعی حاصل شود. بدین‌سان دادسرا نهادی است که وظیفه آن حفظ حقوق عامه و تعقیب کیفری بزهکاران از جهت جنبه عمومی است.

۱. «المشروع: لغة: مأخوذ من الشرع، وهو البیان والإظهار،»

۲. «وقیل: ما جعله الله تعالی شریعة لعباده: أي طریقاً و مذهباً یسلکونه اعتقاداً و عملاً علی وفق ما

شرع.»

مشروعیت نهاد دادسرا در نظامی قضایی اسلام * ۸۷

به بیان دیگر دادسرا یک نهاد قضایی است که بدون آنکه حق دادرسی و صدور حکم داشته باشد. وظیفه اصلی اش تعقیب و تحقیق جرایم کشف شده یا اعلام شده و در صورت احراز وقوع جرم، آماده سازی کیفرخواست عمومی جهت ادامه رسیدگی و صدور حکم در دادگاه کیفری است.». (جوانمرد، ۱۳۹۳: ص ۶۳).

پس نهاد دادسرا مرجع قضایی است که وظیفه رسیدگی به جرایم را به صورت مقدماتی بر عهده دارد. اگر فردی قصد شکایت از فرد دیگر را دارد؛ ابتداً باید به دادسرا مراجعه نماید تا با تنظیم شکواییه رسیدگی‌های مقدماتی آغاز گردد. و نیز وظایف دادسرا در چهار دسته مهم دسته‌بندی می‌شود که عبارت است از: ۱. کشف جرم، ۲. تعقیب متهم، ۳. تحقیقات مقدماتی ۴. اجرای احکام کیفری. (ماده ۱، ق، آ، د، ک).

❁ ۲. اقوال در مسأله

آنچه محل بحث است مشروعیت و عدم مشروعیت دادسرا در قانون آیین دادرسی کیفری اسلام است. در این زمینه از لحاظ فقهی دو نظریه وجود دارد:

❁ ۲.۱. قائلین به عدم مشروعیت

برخی فقیهان قائل به عدم مشروعیت نهاد دادسرا هستند. آن‌ها ادعا دارند که در صدر اسلام چیزی تحت عنوان نهاد دادسرا نداریم. بنابراین، بعضی از آیات مثل آیت الله یزدی و... می‌گفتند نهاد دادسرا، نا مشروع است. در مجلس ایران در زمان که ایشان رئیس قوه قضائیه بود. نهاد دادسرا را حذف کرد! چند سال نهاد دادسرا و دادستان در نظام قضایی کیفری ایران وجود نداشت.

❖ ۲.۱۱. مستندات این دیدگاه

❁ ۲.۱.۱. قیاس منطقی

اولین استناد آن‌ها این است که از لحاظ تاریخی نهاد دادسرا در صدر اسلام وجود نداشته و قابل اثبات نیست؛ لذا مشروعیت ندارد. یعنی هر امری که در صدر اسلام وجود نداشته و امروزه تازه به وجود آمده، مسائل مستحدثه شمرده می‌شود و مشروعیت ندارد. به نظر نویسندگان این مبنا؛ در واقع از یک صغری و کبری قیاس منطقی تشکیل شده است. در نهایت نتیجه آن عدم مشروعیت نهاد دادسرا می‌شود. صغری: نهاد دادسرا از مسائل مستحدثه

است. کبری: هر مسائل مستحدثه‌ی نامشروع است. نتیجه: پس نهاد دادسر نا مشروع است. (مظفر، ۱۳۷۸: ص ۲۲۴).

این قیاس صحیح نیست. چون مباحث عقلی است. اولاً: بین احکام عقلی و احکام شرعی در همه جا ملازمه وجود ندارد. ثانیاً: کی گفته است که هر مسائل مستحدثه‌ای نا مشروع است؟ چون تالی فاسد دارد و باعث عسر و حرج و اختلال نظام در جامعه می‌شود. لذا مسائلی فراوانی وجود دارد که در صدر اسلام وجود نداشته یا مبتلا به نبوده. همان‌طور که برعکس آن هم، صادق است مانند ملک یمین (کنیز) که در صدر اسلام برده داری بوده و برده از جزء اموال و سرمایه مردم شمرده می‌شدند و نقش مهم در اقتصاد جامعه آن زمان داشته است و یکی از اقسام ازدواج شمرده می‌شده و قابل تحلیل بودند.^۱ (عاملی، ۱۴۱۴: ج ۱۲، ص ۶۶). ولی امروزه اصلاً موضوعیت ندارد؛ لذا احکام فقهی آن هم کاربردی ندارد.

❁ ۲.۱۲. اصل عدم العدم

قاضی باید مجتهد باشد. ما شک می‌کنیم که غیر مجتهد را می‌توانیم قاضی قرار بدهیم یا نه؟ اصل عدم قضاء است. (لا ولایت لأحد علی احد)^۲ (نجف آبادی، ۱۴۱۷ هـ ق: ص ۸). چه در ولایت کبری (اصل حاکمیت، سلطان، ولی فقیه) و چه در ولایت صغری؛ کسی که قاضی بشود؛ باید اول قضاوت اثبات شود. حالا ما شک می‌کنیم برکسی که لیسانس حقوق دارد؛ آیا می‌تواند قاضی بشود؟ اصل عدم قضاوت است؛ چون مجتهد نیست.

در این زمینه مرحوم کاشف الغطاء در رد علمای طاغوت می‌فرماید: «بدان به تحقیق که (کسی) حکومت، سلطنت و ولایت در جسم و مال مردم ندارد چون سلطنت و ولایت منحصر به خداوند متعال است ... و او مالک حقیقی است.»^۳ (نجفی، ۱۴۲۳ هـ ق: ص ۱۱).

❁ ۲.۱۲.۱. بررسی اصالة عدم القضاء

در این جا لازم است برای روشن شدن اصالة العدم، اقسام شک را به صورت خلاصه ذکر

۱. «اقسام النکاح ثلاثة: دائم، و منقطع، و ملک یمین.»

۲. «أصل حاکمیت الإنسان علی مصیره، و آتیه لا ولایة لأحد علی أحد، الذي هو أساس قانون انتخاب الناس و مشروعیتة الحكومة الإسلامية.»

۳. «اعلم أنه لا حكومة و لا سلطنة و لا ولایة لأحد من المخلوقین علی أمثاله فی بدن أو مال، و لا سلطنة له علی نفسه أو ماله و إنما الولاية و السلطنة لله تعالی لأنه المالك الحقیقی»

کنیم.

● ۲.۱.۲.۲. اقسام شک

الف - در اصل تکلیف الزامی.

ب - در مکلف به.

۱. دارای حالت سابقه است.

۲. فاقد حالت سابقه است. شک در اصل تکلیف به دو صورت قابل تصور است:

الف - در تکلیف ایجابی: شبهه وجوبیه است؛ در این صورت طبق قاعده، اصل برائت است.

ب - در تکلیف تحریمی: شبهه تحریمه است؛ در این صورت اخباری‌ها معتقدند که اصل احتیاط است.

اما اصولیین معتقدند که، اصل برائت است؛ یعنی اصالةالحل. پس نهاد دادرسی شبهه در اصل تکلیف و محل اصالةالحل است.^۱ (حیدری، ۱۴۱۲ ق: ص ۲۰۹؛ مغنیه، ۱۹۷۵ م: ص ۲۵۷).

در این زمینه لاری شیرازی می‌فرماید: «به تحقیق شک در وجوب و حرمت، شک در تکلیف است نه در مکلف به»^۲؛ (لاری شیرازی، ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۲۲۱).

حال نهاد دادرسی مشروع است یا نیست؟ شبهه تحریمیه است، در شبهه تحریمیه؛ اصل اصالةالحل است.

بنابراین، قاعده اصالةالعدم آن‌ها قابل خدشه است و درست نیست. با توجه آنچه که گفته شد.

● ۲.۱.۳. روایات

۱. مقبوله عمر بن حنظله است که آن‌ها به این حدیث استدلال کرده‌اند. که قاضی باید مجتهد جامع شرایط باشد؛ لذا قضاتی که در نهاد دادرسی انجام وظیفه می‌کنند مجتهد نیستند؛ چون قابلیت منصب قضایی را ندارند و برای آن‌ها جایز نیستند که در منصب قضاوت فعالیت بکنند و این مسأله باعث می‌شود که نهاد دادرسی مشروعیت نداشته باشد.

۱. «وقد اختار الأصوليون فيها البراءة والأخباريون فيها الاحتياط».

۲. «أنَّ الشكَّ في الوجوب والحرمة إنما هو من أقسام الشكِّ في التكليف اصطلاحاً لا من أقسام الشكِّ في المكلف به...»

عمر بن حنظله گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم: «دو نفر از اصحاب خودمان راجع به وام یا میراثی نزاع دارند و نزد سلطان و قاضیان وقت به محاکمه می‌روند، این عمل جایز است؟ فرمود: کسی که در موضوعی حَقّ یا باطل نزد آنان به محاکمه رود چنان است که نزد بت و طغیانگر - نهی شده از آن - به محاکمه رفته باشد، و آنچه طغیانگر برایش حکم کند اگر چه حَقّ مسلّم او باشد چنان است که عمل حرامی را می‌گیرد؛ زیرا آن را به حکم طغیانگر گرفته است، در صورتی که خدا امر فرموده است به او کافر باشند، خدای تعالی فرماید: «می‌خواهند داوری به طاغوت - سرکش - بروند و حال آنکه فرمان یافته‌اند که به آن کافر شوند» (سوره نساء: آیه ۶۰). عرض کردم: آن دو چه کنند، اختلاف دارند؟! فرمود: نظر کنند به شخصی از خود شما که حدیث ما را روایت کند و در حلال و حرام ما نظر افکند و احکام ما را بفهمد، به حکمیت او راضی شوند، همانا من او را حاکم شما قرار دادم، اگر طبق دستور ما حکم داد و یکی از آنان او را نپذیرفت همانا حکم خدا را سبک شمرده و ما را ردّ کرده است و آن که ما ردّ کند خدا را ردّ کرده و این در مرز شرک به خدا است...»^۱؛ (طبرسی، ۱۳۸۱: ج ۲، صص ۲۶۳ و ۲۶۶، ح ۲۳۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ج ۱۰۱، صص ۲۶۱ و ۲۶۳، ح ۱).

مورد این حدیث در امور مالی و مدنی است چون موضوع نزاع و اختلاف آن دو نفر در دین بوده‌اند یا در میراث.

حال دو حالت دارد یا هر دو برند پیش قضات منصوب بنی امیه؛ آن‌ها برای شان حکم کنند؛ یا نه برند پیش علمای شیعه. راوی از محضر امام (ع) سؤال می‌کند که تلکیف این‌ها چیست؟ امام (ع) می‌فرماید: اگر این کار را بکنند؛ این‌ها ترافع الی الطاغوت کرده‌اند؛ (یعنی مراجعه به قضات جور) در حالیکه قرآن می‌فرماید: «وَقَدْ أَمَرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» (سوره نساء: آیه ۶۰). در قرآن امر شده به اینکه کفر به طاغوت بورزد و معتبر نشناسند طاغوت را. سائل می‌گوید چکار کند دو نفر دعوا دارند؟ امام (ع) فرمود: «يُنْظَرَانِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَعَرَفَ حَلَالَنَا وَحَرَامَنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرِضُوا بِهِ حَكْمًا».

۱. عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مَنَازَعَةٌ فِي دَيْنٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَإِلَى الْقَضَاءِ أَيْجَلُ ذَلِكَ؟ قَالَ G: مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَى الْجَبْتِ وَالطَّاعُوتِ الْمُنْهَبِيِّ عَنَّهُ وَ مَا حُكِمَ لَهُ بِهِ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سُحْتًا وَإِنْ كَانَ حَقَّهُ ثَابِتًا لَهُ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاعُوتِ وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يَكْفُرَ بِهِ قَالَ: اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ - يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاعُوتِ وَقَدْ أَمَرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ قُلْتُ: فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ وَقَدْ ائْتَلَفَا؟ قَالَ: يُنْظَرَانِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَعَرَفَ حَلَالَنَا وَحَرَامَنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرِضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمٍ وَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ اسْتَحَفَّ وَعَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّادُّ عَلَيْنَا كَالرَّادِّ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ...

مشروعیت نهاد دادر در نظامی قضایی اسلام* ۹۱

پیش از اینکه تکلیف این حدیث روشن شود؛ لازم است که در اینجا اقسام قضاوت را ذکر کنم.

به طور کلی در نظام قضایی اسلام، قاضی به دو صورت قابل تصور است:

۱. قاضی تحکیم. قضاوت تحکیمی آنجای است که مدعی و مدعی علیه شخص را به عنوان قاضی انتخاب می کند بدون دخالت دیگران. همان طور که شهید ثانی و مغنیه در این زمینه می فرمایند: «قاضی تحکیم کسی است که خصمان به او راضی می شوند؛ تا بین آنان قضاوت کنند»^۱ (عاملی، ۱۴۱۲: ج ۱، ص ۲۳۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۶، ص ۶۶).

۲. قاضی تعمیم. قضاوت تعمیمی آنجای است که سلطان قضات را نصب کرده باشند.

در این راستا مرحوم تبریزی تصریح دارد و می فرماید: «قاضی بر دو قسم است؛ اول: قاضی تحکیم است که خصمان برای فیصله یک واقعه ای که بین آن دو تا پیش آمده است قضاوت کند. دوم: قاضی منصوب است. همانا تصور قاضی منصوب، منحصر است به نصب خاص در زمان غیبت هنگامی که متصدی برای امر مسلمین باشد و لو در بقعه ای از زمین ولایت شرعیه داشته باشد و برای زعامت و حفظ شهرهای مسلمین از دشمنان منصوب شده باشد...»^۲ (تبریزی، بی تا: ص ۱۱). و نیز مرحوم خوئی و آیت الله وحید می فرمایند: «قاضی بر دو نوع است قاضی منصوب و قاضی تحکیم»^۳ (خوئی، ۱۴۲۲: ج ۴۱، ص ۸، مسأله ۵؛ خراسانی، ۱۴۲۸: ج ۳، ص ۴۴۶).

البته برخی از فقها اقسام قاضی را به سه نوع تقسیم کرده است. در این زمینه مرحوم خلخالی می فرماید: «اقسام قضات: ۱. قاضی منصوب. ۲. قاضی تحکیم. ۳. قاضی امر به معروف؛ یعنی کسی که از راه امر به معروف، متصدی فصل خصومت شود، نه به عنوان قاضی رسمی»؛ (خلخالی، ۱۴۲۲: ص ۲۵۴).

بنابراین، اولاً: خواستگاه این حدیث مال قضاوت تحکیمی است نه تعمیمی. چون قضاوت تعمیمی روشن است که بدست معاویه بوده. پس موضوع و خواستگاه این روایت: قضاوت تحکیمیه است نه تعمیمیه.

۱. «قاضی التحکیم هو الذي تراضی به الخصمان للحکم بینهما»

۲. فإنَّ القاضي علی نحوین: قاضي التحکیم، و هو أن یتراضیا - أي الخصمان - بنظر شخص فی واقعتهما و قضائهما و فصل الخصومة بینهما، ... و الثاني: القاضي المنصوب، و إنما یتصور المنصوب بالنصب الخاص فی زمان الغیبة إذا کان للمتصدی لأمر المسلمین و لو فی بقعة من الأرض الولاية الشرعية للزعامة علیهم و حفظ بلادهم من کید الأعداء..»

۳. «القاضي علی نوعین: القاضي المنصوب، و قاضي التحکیم.»

همان طور که مرحوم خوئی در این زمینه می‌فرماید: «صحيح این است که روایت ناظر بر قاضی منصوب نیست به دلیل اینکه فراز از روایت «فإني قد جعلته قاضياً» متفرع بر قول امام (ع) است که فرموده: «فاجعلوه بينكم»، و مراد قاضی مجعول از جانب متخاصمین است.»^۱؛ (خویی، ۱۴۲۲: ج ۴۱، ص ۱۱).

ثانیاً: انصافاً از کجای مقبوله اجتهاد استفاده می‌شود؟ و هیچ قرینه و شاهدی در متن روایت وجود ندارد که قاضی حتماً مجتهد باشد. همان طور که در این زمینه مرحوم آشتیانی می‌فرماید: «مقبوله ظهور در اعتبار علم دارد و تقلید کفایت نمی‌کند. ما منع می‌کنیم از دلالت روایت بر اعتبار اجتهاد... کسانی که اجتهاد را در قاضی معتبر می‌دانند از مقبوله استفاده نمی‌شود. چون از سه فقره روایت اعتبار علم دانسته می‌شود. «روی حدیثنا» (و نظر في حلالنا و حرامنا) «و عرف أحكامنا» «هو اعتبار العلم كما لا يخفى».^۲؛ (آشتیانی، ۱۴۲۵: ج ۱، ص ۶۲).

به تعبیر استاد محترم آیت الله حبیبی تبار؛ اجتهاد به معنی امروزی کلمه؛ مجتهد باید ۵۰۰۰ جلد کتاب را دیده باشد؛ این طوری نبوده؛ یک کسی باشد که اهل مسأله دانی باشد. می‌گوید سراغ کسی برود که اگر می‌خواهد حکم بدهد بداند که فتوای ما اهل بیت: چیه؟ «و نَظَرَ فِي حَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا». ظاهراً از حدیث استفاده نمی‌شود که قاضی مجتهد مطلق باشد که فقها گفته‌اند.

در این راستا مرحوم آشتیانی می‌فرماید: «کسانی که در زمان حضور در شهرهای دور و نزدیک، قاضی منصوب از جانب امام (ع) بودند مجتهد نبودند؛ بلکه مسأله دان بودند و اگر مسأله‌ای را نمی‌دانستند به محضر امام (ع) مراجعه می‌کردند و از امام (ع) جواب را دریافت می‌کردند.»^۳؛ (همو، ج ۱، صص ۶۳ و ۶۴).

بنابراین، روشن شد که مقبوله دلالت بر مدعای مستدل ندارد که می‌گفتند قاضی باید مجتهد جامع شرایط باشد.

۱. «و لكن الصحيح: أن الرواية غير ناظرة إلى نصب القاضي ابتداءً، وذلك لأنّ قوله G: «فإني قد جعلته قاضياً» متفرع علی قوله G: «فاجعلوه بينكم»، و هو القاضي المجعول من قبل المتخاصمین.»

۲. «كون المقبولة ظاهرة في اعتبار العلم و عدم كفاية التقليد لمنع من دلالتها على اعتبار الاجتهاد... فالقول باعتبار الاجتهاد كما هو المطلوب ممّا لا يدلّ عليه المقبولة بل تدلّ علی عدمه.»

۳. «بأنّ المنصوبين من قبل الأئمة: في زمان حضورهم الذاهبين إلى البلدان البعيدة و القريبة بل الموجودين في بلدهم: لم يكونوا كلهم مجتهدين عالمين بالأحكام باعتبار ملكة الاستنباط، بل إنّما كانوا سألوا الإمام من الأحكام و علموا بها من جهة جوابه.»^۷.

مشروعیت نهاد دادرسی نظامی قضایی اسلام * ۹۳

روایت دوم: مشهوره ابی خدیجه است. آن‌ها به این روایت استدلال کرده‌اند که قاضی باید مجتهد باشد. و قضاتی که در نهاد دادرسی کار می‌کنند مجتهد نیستند لذا مشروعیت ندارند.

از ابی خدیجه سالم بن مکرم جمال، روایت کرده که امام صادق (ع) فرمود: «مبادا یکی از شما شیعیان در مورد دادخواهی، کسی را برای دادرسی نزد حاکم جور برد، بلکه بنگرد چه کسی در میان شما با احکام و طرز حکومت ما آشنا می‌باشد او را برای رفع خصومت و داوری برگزینید، پس حکم را بنزد او برده، و داوری و قضاوتش را بپذیرید که من نیز او را بر شما قاضی و داور قرار می‌دهم.»^۱ (ابن بابویه، ۱۳۶۷: ج ۴، ص ۳، ح ۳۲۱۶؛ کلینی، ۱۴۰۷: ج ۷، ص ۴۱۲، ح ۴).

در این روایت برخی از فقهاء به جمله «يَعْلَمُ شَيْئاً مِنْ قَضَايَانَا» استدلال کرده‌اند؛ یعنی قاضی یک چیزی عمده‌ای از احکام الهی را باید بداند. (انصاری، ۱۴۱۵: ص ۳۰). اما این برداشت مخالف رویه معصومین است؛ چون قضاتی را که خودشان نصب کردند به این معنا نبودند؛ مسأله دان بودند ولی مجتهد نبودند؛ همان طور که در کلام آشتیانی در باره مقبوله اشاره شد که اکثر قضاتی را که در زمان حضور امام (ع) منصوب بودند مجتهد نبودند. و مرحوم شهید ثانی می‌فرماید: «قاضی باید مجتهد باشد چون امام (ع) فرمود: «يَعْلَمُ شَيْئاً» زیرا مقلد عالم به احکام نیست»^۲؛ (عاملی، ۱۴۲۱ هـ.ق: ج ۲، ص ۷۷۴). اما در این زمینه مرحوم خویی می‌فرماید «این فراز از قول امام (ع) «يَعْلَمُ شَيْئاً مِنْ قَضَايَانَا» بر اعتبار اجتهاد دلالت ندارد»^۳؛ (خویی، ۱۴۲۲: ج ۴۱، ص ۱۱).

و برخی از فقهاء فرمودند این روایت ظهور در قاضی تحکیم دارد. همان طور که در این زمینه مرحوم تبریزی می‌فرماید: «معتبره ابی خدیجه ظهور در قاضی تحکیم دارد، قاضی تحکیم به اتفاق و تراضی خصمان قضاوت می‌کند»^۴؛ (تبریزی، ۱۴۲۷ هـ.ق: ص ۱۶۰). بنابراین، مشهوره اولاً: خواست‌گاه آن قاضی تحکیم است. ثانیاً: ظهوری به اعتبار اجتهاد

۱. ... عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مُكْرَمِ الْجَمَالِ قَالَ: أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعَفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقُ (ع) «إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً إِلَى أَهْلِ الْجُورِ، وَ لَكِنْ أَنْظَرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئاً مِنْ قَضَايَانَا، فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ، فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِياً فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ.»

۲. «کونه مجتهداً؛ لقوله: «يعلم شيئاً»؛ إذ المقلد لا يسمي عالماً بالأحكام.»

۳. «أن قوله: «يعلم شيئاً من قضايانا» لا دلالة فيه بوجه على اعتبار الاجتهاد،»

۴. «و معتبرة أبا خديجة ظاهرها قاضي التحكيم الذي لا يكون قضاؤه إلا في موارد المرافعات باتفاق الخصمين و رضاهما بقضائه.»

ندارد.

دلیل چهارم: دو مرحله‌ای روند رسیدگی. آن‌ها می‌فرمایند: دادسرا موجب می‌شود که روند رسیدگی دو مرحله‌ای پیدا کند. یک مرحله دادسرا و دو مرحله دادگاه؛ این درست نیست. جواب: در خود دادگاه‌ها هم اگر پرونده‌ای وارد شود و دادسرای هم وجود نداشته باشد؛ هم دو مرحله‌ای می‌شود؛ چرا؟ چون اولاً تحقیقات، تعقیب و... را دادگاه واگذار می‌کند به نیروی انتظامی؛ و ضابطه دادگستری. اگر دو مرحله بشود؛ یک مرحله زیر نظر یک قاضی باشد بهتره یا دو مرحله‌ای بشود و آن یک مرحله‌اش زیر نظر پلیس باشد؟ پس آن اشکال دو مرحله شدن؛ وارد نیست.

دلیل پنجم: گفتند دادسرا موجبات تضییع حق است؛ چرا؟ به جهت اینکه طرف می‌آید در دادسرا اقرار می‌کند؛ بعد زمان می‌گذرد یادش می‌رود و می‌آید دادگاه؛ و بعد منکر می‌شود؛ آن وقت کدام اقرار ملاک در دادگاه است؟ اقرار در دادسرا ملاک نیست، اقرار در دادگاه ملاک است. درحالی‌که از اول می‌آمد دادگاه اقرار می‌کرد؛ قضیه تمام بود.

جواب: آنچه ایشان استدلال کرده در اقرار؛ در ابواب حدود گفته این را؛ در خصوص ابواب حدود اتفاقاً مطلوب شارع این است که آنچه را اقرار کرده انکار کند! این باعث می‌شود، حق تضییع شود؛ کدام حق؟ حق الله؟ یا حق الناس؟ اگر حق الله باشد خوب است که اجرا نشود. البته در باب سرقت مسأله اختلافی است و اقوالی وجود دارند همان‌طور که مرحوم گلپایگانی در این زمینه می‌فرماید: «اگر سارق دو مرتبه به دزدی اعتراف کند و بعد از اقرارش بگردد در این صورت سه قول وجود دارد: ۱. حد از او ساقط نمی‌شود. ۲. حد بر او جاری نمی‌شود. ۳. قائل به تخییر شده‌اند: یعنی امام می‌تواند بر او حد جاری کند و می‌تواند از او گذشت کند.»^۱ (گلپایگانی، ۱۴۱۲ ه.ق: ج ۳، صص ۱۵۴ و ۱۵۶). اگر حق الناس است؛ در دادسرا؛ شاکی حق اعتراض دارد پرونده می‌رود دادگاه؛ پرونده در دادسرا تمام نمی‌شود.

در این راستا آخوندی طبق ماده ۴۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری می‌فرماید: «فرجام‌خواهی، اجرای حکم فرجام‌خواسته را از هر جهت به تأخیر می‌اندازد؛ مگر در مورد متهمانی که در توقیف باشند و حکم برائت آنان صادر شود که در این صورت باید فوری آزاد گردند».

۱. «إذا أقر مرتین ثم بعد ذلك رجع ففي المسألة ثلاثة أقوال: أحدها عدم سقوط الحد عنه، وقد ذهب إليه الشيخ والحلي والمحقق والفاضل والشهيدان وغيرهم بل ربما نسب إلى الأكثر علی ما في الجواهر و اختاره المحقق قدس سره. ... ثانيها ما نسب إلى الشيخ في النهاية والتهديب والاستبصار والى القاضي والتقي وابن زهرة والفاضل في المختلف وهو سقوط القطع. ثالثها ما عن الخلاف وموضع آخر من النهاية وهو تخیير الإمام بين قطعه والعفو عنه مدعياً في الأول الإجماع عليه.»

(آخوندی، ۱۳۹۴: ص ۸۷)

بنابراین، کسانی که قائل به عدم مشروعیت نهاد دادسرا اند. دلالتی کافی ندارند و تمام مستندات آن‌ها قابل خدشه است و اشکالات آنان وارد نیست. همان طور که یکی یکی پاسخ داده شد. این جواب‌ها حلی بود. جواب نقضی: این است که مگر در جاهای دیگر قاضی مجتهد دارید که این‌جا ندارید. لذا از این منظر این عامه البلواست؛ نه اینکه خصوص دادسرا باشد.

۲.۲. * قائلین به مشروعیت نهاد دادسرا

طرفداران این نظریه؛ اولاً ادله‌ی مخالفین را پاسخ دادند. و ثانیاً می‌فرمایند: نظیر و قرائنی وجود دارد که در صدر اسلام شخص داریم که کار قضایی به آن واگذار شدن در حالیکه قاضی نبودن. چون در صدر اسلام جدای از نظام قضایی، نهاد تحت عنوان محتسب وجود داشته است که در زمان پیامبر مکرم اسلام (ص) و در زمان خلفاء و... در حالی که آن‌ها نه قاضی بودند و نه مجتهد. ولی بسیاری از امورات مقدماتی قضایی و کیفری را بخاطر مصالح مردم انجام می‌دادند و حتی مختلفین را تعزیر می‌کردند.

محتسب کی بوده؟ شلاق بدستش می‌گرفتن می‌رفتن بازار؛ می‌گفتن گران نفروشید؛ غشوه در معامله نکنید، کلاه سری هم دیگر نگذارید و... اگر متخلفی را می‌دیدند همانجا در مرآه شلاق می‌زدند! و قاضی هم نبودند.

در این راستا مرحوم منتظری می‌فرماید: «محتسب کسی است که، شخص امام و یا نائیش، او را برای نظارت در احوال مردم و کشف امور و مصالح عمومی آنان (از قبیل معاملات، خرید، فروش، غذا، لباس، آب، مسکن آنان، امور مربوط به راهها از جهت امنیت و غیره و امر آن‌ها به معروف و نهی‌شان از منکر) تعیین و نصب کرده باشد.»؛ (نجف آبادی، ۱۴۰۹: ج ۳، ص ۴۰۴).

قرشی یکی از نویسندگان اهل سنت در کتاب معالم القربة در این زمینه می‌گوید: «محتسب کسی است که از طرف امام یا نائیش برای نظارت در احوال مردم و کشف از امور آنان و مصالح‌شان نصب و تعیین شده است»^۱؛ (قرشی، بی تا، ص ۲).

محتسب می‌تواند در بازار متخلفین را تعزیر کند. در این راستا ماوردی می‌گوید: «به تحقیق محتسب می‌تواند در منکرات آشکار، تعزیر کند مجازاتی که حدود را تجاوز نکند»^۲؛

۱. «وَالْمُحْتَسِبُ: مَنْ نَصَبَهُ الْإِمَامُ، أَوْ نَائِيَهُ لِلنَّظَرِ فِي أَحْوَالِ الرَّعِيَّةِ، وَالْكَشْفِ عَنْ أُمُورِهِمْ، وَمَصَالِحِهِمْ».

۲. «أَنَّ لَهُ أَنْ يُعْزَرَ فِي الْمُنْكَرَاتِ الظَّاهِرَةِ لَا يَتَجَاوَزُ إِلَى الْحُدُودِ».

(ماوردی، بی تا: ج ۱، ص ۴۸۶).

مرحوم منتظری می فرماید: «محتسب می تواند نهادی داشته باشد و افرادی را که نیاز دارد برای معاونت در امور بازار و رسیدگی بهتر در مصالح جامعه استخاذ کند»^۱ (نجف آبادی، ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۳۰۳).

بنابراین، مستندات کسانی که قائل به عدم مشروعیت نهاد دادسرا است، کافی نیست. پس قول دوم تقویت می شود که قائل به مشروعیت نهاد دادسرا است. چون علاوه بر کافی نبودن ادله آن ها، اصالة الحل در این شبهه جاری است به نفع کسانی که قائل به مشروعیت است. چون شبهه تحریمیه در تکلیف است. محتسب در واقع همان کار نهاد دادسرا انجام می دهند ممکنه تفاوتی با نهاد دادسرا داشته باشد ولی شبهه اند.

۶. نتیجه گیری

ماحصل بحث این شد؛ فقهای که مشروعیت نهاد دادسرا به چالش کشیدند و ادعا نمودند که آن مسبوق به سابقه نیست. در صدر اسلام چنین چیزی وجود نداشته است. و از مسائل مستحدثه شمرده می شود. لذا مشروعیت ندارد. برای اثبات نظرشان به ادلهی مختلفی تمسک کردند که عمده دلائل آنان قیاس منطقی، اصالة العدم، روایات مقبوله عمر بن حنظله و مشهوره ابی خدیجه ... بودند که مجموعهی ادلهی آن ها پاسخ داده شد و برای مدعای آنان کافی نبود و نا تمام است. در مقابل کسانی که قائل به مشروعیت آن بودند ادلهای مخالفین را پاسخ داده و علاوه برای اثبات مدعای شان تمسک به اصالة الحل و شخص محتسب کردند که در صدر اسلام در کنار نظام قضایی اسلام فعالیت داشتن در حالیکه نه قاضی بوده و نه مجتهد. البته شواهد تاریخی نشان می دهد قضات تعمیمی که از جانب پیامبر گرامی اسلام (ص) و امامان معصوم (ص) در عصر حضور در شهرهای مختلف نصب و تعیین شده بودند هم مجتهد نبودند و اکثر آنان در حد مسأله دان بودند و بیشتر از آن، اطلاعاتی در احکام فقهی نداشتند. در صورتی که طرف مخالف ادعا داشتند قضاتی که در نهاد دادسرا هستند مجتهد نیستند؛ لذا مشروعیت ندارند. پس دیدگاه اول پذیرفته نمی شود.

بنابراین نظریه مشروعیت نهاد دادسرا تقویت می شود و نظر مخالف برای اثبات مدعای شان ادله محکمی ندارد.

۱. «و ینبغي للمحتسب أن يتخذ رسلا و غلمانا و أعوانا بین یدیه بقدر الحاجة دائما إن كان جالسا أو راکبا،

فإن ذلك أعظم لحرمة و أوفر لهیته، و إعانة للناس علی طلب غرمانهم و خلاص الحق منهم.»

۷. منابع

قرآن

قانون

۱. ابن بابویه، محمد بن علی، : غفاری، علی اکبر و غفاری، محمد جواد و بلاغی، صدر، (۱۳۶۷ش). ترجمه من لا یحضره الفقیه، تعداد ۶ جلد، چاپ اول، تهران: نشر صدوق.
۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، (۱۴۲۵ هـ.ق). کتاب القضاء، ۲ جلد، چاپ اول، قم: انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره.
۳. القرشي، ضیاء الدین، محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة، (بی تا). معالم القرية في طلب الحسبة بی جا. <http://www.al-islam.com>
۴. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (بی تا). الأحكام السلطانية، بی جا. <http://www.al-islam.com>
۵. آخوندی، محمود، (بهار ۱۳۹۴) آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، چاپ دهم، تهران: دوران‌دیشان.
۶. المظفر، الشيخ محمد رضا، (۱۳۷۸ هـ.ش). المنطق، الطبعة الثامنة، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۷. الجرجاني، علي بن محمد بن علي، إبراهيم الأبياري، (۱۴۰۵). التعريفات، عدد الأجزاء، الطبعة الأولى، بیروت: دار الكتاب العربي.
۸. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۲۷ هـ.ق). تنقیح مبانی العروة - کتاب الصوم، در یک جلد، چاپ اول، قم: دار الصدیقه الشهیده ۳.
۹. تبریزی، جواد بن علی، (بی تا). أسس القضاء و الشهادة، در یک جلد، چاپ اول، قم: دفتر مؤلف.
۱۰. جوانمرد، بهروز (۱۳۹۳). فرآیند دادرسی کیفری ایران، ۲ جلد، تهران: انتشارات جاودانه.
۱۱. حیدری، علی نقی، (۱۴۱۲ق). اصول الاستنباط در یک جلد، چاپ اول، قم.
۱۲. خویی، سید ابو القاسم موسوی، (۱۴۲۲ هـ.ق). مبانی تکملة المنهاج، ۲ جلد، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي ره.
۱۳. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی - مترجم، جعفر الهادی، (۱۴۲۲ هـ.ق). حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، در یک جلد، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. خراسانی، حسین وحید، (۱۴۲۸ هـ.ق). منهاج الصالحین، ۳ جلد، چاپ پنجم، قم:

مدرسه امام باقر G.

۱۵. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، (۱۴۱۵ ه.ق). القضاء و الشهادات، در یک جلد، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۶. طبرسی، احمد بن علی، (۱۳۸۱ ش). الإحتجاج / ترجمه جعفری بهراد، ۲ جلد، چاپ اول، تهران: اسلامیه.
۱۷. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۲۱ ه.ق). رسائل الشهيد الثاني، ۲ جلد، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۸. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴ ه.ق). جامع المقاصد في شرح القواعد، ۱۳ جلد، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت D.
۱۹. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۲ ه.ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ۲ جلد، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۰. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق). الکافی، ۸ جلد، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۱. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، (۱۴۱۲ ه.ق). الدر المنضود في أحكام الحدود، ۳ جلد، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.
۲۲. لاری شیرازی، عبد الحسین، (۱۴۱۸ ق). التعليقة على فرائد الأصول، در یک جلد، چاپ اول، قم.
۲۳. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، (۱۴۰۳ ق). بحار الأنوار، ۱۱۱ جلد، چاپ دوم، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۲۴. مغنیه، محمد جواد، (۱۴۲۱ ه.ق). فقه الإمام الصادق G، ۶ جلد، چاپ دوم، قم: مؤسسه انصاریان.
۲۵. مغنیه، محمد جواد، (۱۹۷۵ م). علم أصول الفقه في ثوبه الجديد در یک جلد، چاپ اول، بیروت.
۲۶. محمود عبد الرحمان، (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ۳ جلد، بی جا.
۲۷. نجفی، کاشف الغطاء، هادی بن عباس بن علی بن جعفر، (۱۴۲۳ ه.ق). الرد علی موسی جار الله، در یک جلد، چاپ اول، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۲۸. نجف آبادی، حسین علی منتظری، (۱۴۱۷ ه.ق). نظام الحكم في الإسلام، در یک جلد، چاپ دوم، قم: نشر سراپی.
۲۹. نجف آبادی، حسین علی منتظری - مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابو ال

مشروعیت نهاد دادسرا در نظامی قضایی اسلام * ۹۹

(۱۴۰۹ هـ.ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۸ جلد، چاپ اول، قم: مؤسسه کیهان.
۳۰. نجف‌آبادی، حسین علی منتظری، (۱۴۰۹ هـ.ق). دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة
الإسلامية، ۴ جلد، چاپ دوم، قم: نشر تفکر.

