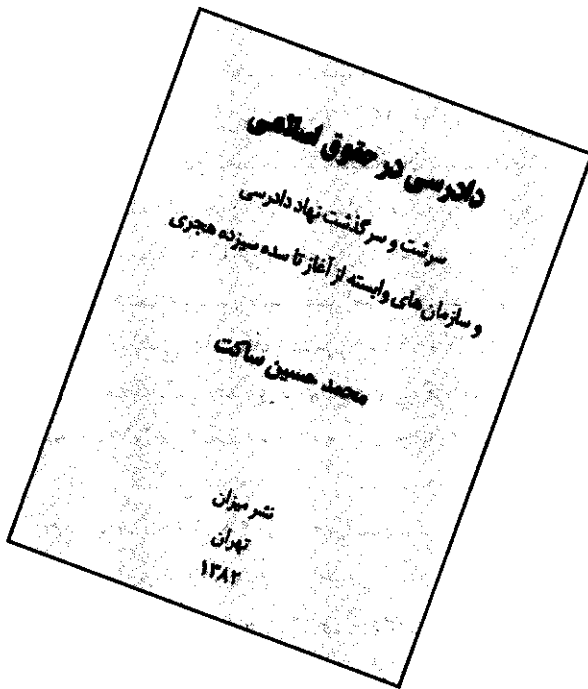


## سیری در تطور نهاد دادرسی در اسلام

احمد کاظمی موسوی



دادرسی در حقوق اسلامی، سرشت و سرگذشت نهاد دادرسی و سازمان‌های وابسته از آغاز تا سده سیزده هجری، محمد حسین ساکت، چاپ دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲.

مفهوم «داد و دادگری» در این شیوه دادرسی درخور توجه به نظر می‌رسد. اضافه بر منابعی که نویسنده ذکر کرده، نظری به کتاب تاریخ ادبیات ایران پیش از اسلام به ویژه بخش «فقه و حقوق» آن می‌توانست بر غنای مطالب این فصل بیفزاید. این کتاب که شادروان دکتر احمد تفضلی آن را نوشته، در سال ۱۳۷۶ انتشار یافته و طبعاً در زمان ویرایش دوم کتاب مورد بررسی در دسترس بوده است.

فصل سوم این بخش درباره دادرسی در عربستان پیش از اسلام

این کتاب اثری مهم است در زمینه تاریخ پیدایش نهادهای دادرسی در اسلام و روش کار و دگرگونی آنها. محمدحسین ساکت، نویسنده این کتاب، از دانش آموختگان کار کشته در تاریخ و فرهنگ اسلام است که مدت‌ها تجربه کار قضایی و تألیف و ترجمه کتابهای تحقیقی و آموزشی را داشته است. درباره چگونگی دادرسی و به طور کلی نظام قضا در اسلام کتاب‌های بسیاری به زبان‌های فارسی و عربی نوشته‌اند؛ اما مشکل بتوان اثری به سودمندی و جامعیت کار ساکت در این دو زبان یافت.

بررسی نظام دادرسی نیاز به دید نهادشناس دارد تا تبلور احکام عدل را در تأسیسات حقوقی - قضایی زمان ببیند و به برآورد جایگاه و کارکردشان بنشیند. به طوری که خواهیم دید، نویسنده این اثر، در این وادی بسیار خوب پیش رفته و ره‌آوردهای چشمگیری داشته است.

«نهاد» عبارت از شکل تجسم یافته رفتار اجتماعی است که رویه جا افتاده یا دستگاه عمومی پابرجایی را در بطن خود دارد. توانایی و والایی یک جامعه بسته به اقتدار و پیشرفتگی نهادهای اجتماعی آن است، نه قوانین و احکام پر زرق و برق آن. این یک سخن قدیمی است که «دو صد گفته چون نیم کردار نیست». هر قدر ما شعار عدل و مساوات را فریاد بزنیم، اما تا رویه‌ای پا برجا یا رفتاری نهادینه شده را در برخورد با بی‌عدالتی برقرار نکنیم، آب در هاون کوبیده ایم. بر قرار کردن یک رویه یا بر ساختن یک نهاد کار یک سال یا یک دهه نیست؛ نیاز به شناخت سنت‌های موجود و نیز ایجاد ذهنیت‌های جدید دارد. کار آقای ساکت گام بسیار خوبی در جهت شناخت سنت‌های دادرسی در اسلام است. مطالعه و بررسی آن نه فقط بر آگاهی حقوق ما، که بر گشایش چشم اندازهای تازه پیش رویمان می‌افزاید.

کتاب به دو بخش تقسیم می‌شود:

دفتر نخست چگونگی دادرسی در اسلام را هدف قرار می‌دهد و دفتر دوم سازمان‌های وابسته به آن را.

فصل یکم از دفتر نخست، نیم‌نگاهی است به شیوه‌های دادرسی در جهان اسلام، شامل: ۱. دادرسی در استان‌های رم شرقی (بیزانس). ظهور مفهوم JUS به دو معنای شخص دارنده حق و کاری که آن شخص انجام می‌دهد، در این نظام دادرسی تأمل برانگیز است؛ ۲. دادرسی در دوره ساسانیان. کارکرد

است. نویسنده محترم نخست به واژه‌شناسی جهل<sup>۱</sup> و بافت جامعه جاهلی نگاهی می‌افکند، سپس انتقام را شالوده پیگری و پیگرد در میان اعراب جاهلی معرفی می‌کند، آن‌گاه به بررسی شیوه دادرسی آنان یعنی تحکیم یا داوری می‌پردازد، و در آخر رسوم تردستی، قیافه‌شناسی، احتکام (داوری کاهنان)، پیمان و پناهندگی اعراب را بر می‌رسد.

فصل دوم از شروع دادرسی در اسلام گفت و گو می‌کند. داوری و دادرسی در قرآن نخستین گام بررسی آیین قضا در اسلام است. نویسنده پس از نگاهی به کاربرد واژگان تحکیم، تحاکم و قضا در قرآن، به پاسخگویی به گفته‌های خاورشناسان درباره دادرسی پیامبر (ص) و بنیاد قضا در اسلام بر می‌خیزد. سخنان مؤلف محترم در این قسمت که ظاهراً در سال‌های نخستین دهه ۱۳۶۰ شمسی به رشته تحریر در آمده، در خور فضای آن زمان به نظر می‌رسد؛ اما در ویرایش دوم (۱۳۸۲) جای تکمیل آن خالی دیده می‌شود. در دو دهه اخیر، اندیشگران مسلمان پاسخ‌های دیگری به گفته‌های خاورشناسان داده‌اند که برخی از آنها روال بحث را از حالت دفاعی و عذرآوری به کلی در می‌آورد؛ از جمله آنها مقاله بسیار مهم ظفر اسحاق انصاری در نشریه مطالعات اسلامی دانشگاه اکسفورد (۱۹۹۲) است.<sup>۲</sup>

در این مقاله دکتر انصاری بر قانون پروری قرآن و قانون‌شناسی پیامبر اسلام (ص) تکیه می‌کند و آیاتی چون «احکم بینهم بما أنزل الله؛ بر اساس آنچه که خداوند فرموده، بینشناس حکم کن» (مائده، آیه ۴۴-۴۸) را نقطه آغاز دگرگونی در شیوه دادرسی بی‌ضابطه و مرسوم اعراب می‌شمارد. در عرف و رسم عرب «حکم شرع» به مفهوم قرآنی آن وجود نداشت. حکمیت بی‌ضابطه به دور از هنجار قانونی بود. قرآن با تقابل «حکم شرع» در برابر «پیروی از هوا» (مائده، آیه ۴۸) احساس قانونیت و الزام و تعهد را به میان مسلمانان آورد. لازمه این قانونگذاری البته آگاهی داور از احکام شرع است و بی‌طرفی و پرهیزکاری او، که همه از شرایط قضا و قاضی است.

عنصر قانونگرایی و اصل الزام به عهد و گفته خود و حتی الامکان مکتوب و مستند کردن توافقات با قراردادهای، همه برآیندهای تازه‌ای بودند که با پای بندی‌های قبیله‌ای اعراب تفاوت داشتند. پیدایش قضا و دادرسی قانونی نتیجه قهری این تغییرات بود. دادرسان اولیه اسلام از جمله علی (ع) از این دگرگونی مبانی دادرسی آگاه بودند. ابن عبدالسلام گزارش می‌کند که روزی علی (ع) بر مردمی که به داوری در یک دعوا نشسته بود، گذر کرد و پرسید: آیا از ناسخ و منسوخ قرآن آگاهی داری؟ وی پاسخ منفی داد. علی (ع) آن‌گاه گفت: در این صورت نباید به داوری

بنشیند.<sup>۳</sup> البته مؤلف محترم کتاب دادرسی در حقوق اسلامی از دگرگونی مبانی دادرسی در صدر اسلام به خوبی آگاه می‌باشد. نویسنده در پایان این فصل می‌نویسد:

«پیامبر خود پایه گذار روش نوینی در دادرسی بود و آسان و مردمی و بی‌دریافت‌مزدی و پاداشی - به وارونه شیوه‌های دادرسی جاهلی - میان مردم به دادرسی می‌پرداخت. عدم دریافت‌مزد پاداش از طرفین دعوی نشانه دیگری از قانونگرایی نوین بود که بی‌طرفی لازمه آن است» (ص ۱۲۱).

فصل سوم دنباله تاریخی فصل دوم است و نویسنده به بررسی چگونگی دادرسی در دوره‌های اموی و عباسی می‌پردازد. ویژگی دادرسی در دوره اموی کاهش اقتدار قضایی حاکمان و در نتیجه استقلال نسبی قضاوت است. دستیاران و منشیان دادگاه در این دوره پدید آمدند. ویژگی دوره عباسی، پیدایش مقام قاضی القضاة و کاهش استقلال قضایی محاکم و رونق گرفتن دیوان مظالم است. در بخش قاضی القضاة، نویسنده پس از اشاره به پیشینه تاریخی آن در دوره ساسانی، به بررسی کارکردهای این نهاد ابتدا در شرق جهان اسلام، سپس مصر و سرانجام به مقایسه آن با قاضی الجماعة در غرب جهان اسلام می‌پردازد. در دوره دوم حکومت عباسیان ما دولت‌های طولونیان و اخشیدیان را می‌بینیم که نویسنده مسئله انتصاب قضاوت از سوی بغداد یا قاهره را موضوع بحث خود قرار می‌دهد. راه یافتن فساد به دستگاه قضایی و پایه‌گذاری سازمان گواهان و شاهدان از ویژگی‌های چشمگیر این دوره است. در روزگار فاطمیان (۳۵۸ تا ۵۶۷ هـ) استقلال قضایی بیشتر می‌شود و قاضی القضاة اهمیت خود را از دست می‌دهد و وظایف قضایی آمیخته به وظایف اجرایی می‌گردد. پس از نگاهی به وضع دادرسی در عصر ائوبیان، نویسنده دوره مملوکان مصر را بررسی می‌کند و امارة الاستیلاء را راهی برای گزینش قاضی به دست مردم می‌بیند.

در بخش بررسی وضع دادرسی در ایران، به چگونگی تعیین

۱. درباره واژه «جهل» و رابطه معنایی آن با «جول» می‌توان به دو کتاب زیر نیز نگریست:

-F. Rosenthal, *Knowledge Trumphant* (Leiden: E. J. Brill, 1970), 6-18.

-R. Firestone, *Jihad: The Origin of Holy War in Islam* (Oxford University Press, 1999), 40.

2. Zafar Ishaq Ansari "the Contribution of the Quran and The Prophet to the Development of Islamic Fiqh" *Journal of Islamic Studies*, 3:2 (1992), 141-171.

۳. ابو عبید القاسم بن سلام، کتاب الناسخ و المنسوخ، ویرایش John Burton (کمبریج نفقه بنیاد گیب، ۱۹۸۷)، ص ۳.

آن گاه به مسئله صلاحیت قضایی و رسیدگی پژوهشی می پردازد. نویسنده شواهدی بر اینکه رسیدگی پژوهشی حتی در زمان پیامبر اکرم وجود داشته، به دست می دهد.

وی قول صاحب جواهر الکلام را می آورد که در دو مورد امکان تجدید حکم را در صورت فساد اجتهاد داده است. با این همه، جای این سؤال باقی است که چرا بر اساس پیشینه های مذکور رسیدگی پژوهشی یا تجدید نظر در آیین دادرسی اسلامی پا نگرفته است.<sup>۴</sup> مسائل مربوط به بیته، اقرار، سوگند، کارشناسی، علم قضایی و غیر اینها در دنباله همین فصل می آیند.

دفتر دوم کتاب از سازمان های وابسته به دادرسی (نیمه قضایی) گفت و گو می کند. قضای لشکر (عسکر) یا سازمان دادرسی ارتش نخستین دادگاه اختصاصی است و پیشینه تاریخی و صلاحیت اختصاصی آن به دقت مورد بررسی قرار می گیرند. قضای عسکر وظایف دیگری از جمله سرپرستی اجرای مراسم مذهبی را نیز به عهده داشته است.

فصل دوم از دفتر دوم، ویژه دیوان مظالم است. این دیوان برگرفته از رسم ساسانی برآورد می شود. نخستین مجری آن در اسلام علی (ع) است؛ هر چند عبدالملک مروان به آن رسمیت بخشید. نویسنده طرز کار دیوان مظالم را در عصر عباسی، طولونیان، اخشیدیان، غزنویان، سلجوقیان، ایوبیان و مملوکان در مصر و سپس در ایران و هند بررسی می کند. در اینجا وزیران و امیران و حاجبان درگاه پا به پای قضات بر مسند دادرسی دیوان مظالم می نشینند و در شیوه دادرسی از اختیارات گسترده بلکه نامحدود برخوردارند. برخی از پژوهشگران امروز آن را به دیوان عدالت اداری، و برخی دیگر آن را به آمیزه ای از دو قوه قضاییه و مجریه همانند کرده اند. پاره ای از خاورشناسان دیوان مظالم را وسیله ای برای دخالت بیشتر دستگاه اجرایی در کار قضا شناخته اند. برخی از نویسندگان مسلمان دیوان مظالم را وسیله اجرای سیاست شرعی (در واقع سیاست دولتی) زمان برآورد کرده اند. نویسنده کتاب دادرسی در حقوق اسلامی از آمیختگی کار دیوان مظالم با دیوان انشا یا رسائل در مصر سخن می گوید و تفاوت شیوه کار قضایی و متصدی دیوان مظالم را به

قضات و نحوه دادرسی در عصر طاهریان، صفاریان، سامانیان و سپس غزنویان و سلجوقیان اشاره می شود. آن گاه یاسای مغول و دیوان یرغو یا دادگاه های اختصاصی مغولان و یرلیخ غزانی یا قانون نامه ایلخانی به روایت رشید الدین فضل الله، و نقد پُرطنز عبید زاکانی از وضع دادرسی زمان به کوتاهی بررسی می شوند.

عصر صفوی دوره جدایی میان شرع و عرف نام می گیرد. به سبب تأسیس دیوان بیگی، صلاحیت رسیدگی به امور جزایی و مدنی ویژه، بر عهده دادگاه های عرف گذاشته می شود. علما در این دوره هر چند عناوین تازه ای چون صدر، شیخ الإسلام، مُلأباشی و مجتهد زمان می یابند، اما اقتدار قضایی آنان عملاً محدود می شود. دوره قاجار، عصر برخورد شرع و عرف است. امیر دیوان و سپس دیوانخانه عدالت بجای دیوان بیگی می نشینند. به نظر نویسنده کتاب این برخورد شرع و عرف پس از مشروطیت افزایش می یابد.

فصل چهارم «ارزش و گزینش» نام دارد. در این فصل نهادهای دادرسی که در فصل گذشته به تاریخ پیدایش و جابه جا شدن عناوین و صلاحیت آنها اشاراتی شده بود، مورد بررسی بیشتر قرار می گیرند. پس از نگاهی به تعریف دادرسی و سرشت دینی آن و تفاوت تعاریف قضایی، حکم، مفتی، مجتهد و فقیه نویسنده به بررسی سیمای دادرسی در قرآن، سنت، عقل و عرف بر می خیزد. پس از ذکر آیات مربوط به دادرسی، نویسنده قول صاحب وسائل الشیعه را می آورد که واژه «حکام» در چند آیه مذکور به جای قضات (دادرسان) و به همان مفهوم آمده است. حق برگماری و برکناری قضایی با «امام امت یا پیشوای راستین حکومت» است. نویسنده در اینجا از منابع اهل سنت مانند احکام السلطانیة ماوردی و ابویعلی الفراء، و منابع شیعه مثل جواهر الکلام شیخ محمدحسن نجفی و مسالک الأفهام شهید ثانی بهره می گیرد.

مؤلف در بخش شرایط قضایی، آرای مذاهب پنج گانه اسلامی را می آورد. از میان این مذاهب فقط حنفیان حق دادرسی را برای زنان به طور محدود پذیرفته اند و از میان علمای شیعه فقط مقدس اردبیلی دادرسی زن را روا دانسته است. (ص ۲۲۴)

فصل پنجم زیر عنوان روش دادرسی در اسلام، از آیین دادرسی اسلامی سخن می گوید و سپس نظم دادگاه، یاوران (اعوان)، کاتب، کارشناس، مُزکی و معدّل (گواه سنجان دادگاه)، عدول یا گواهان رسمی، مترجم، زندانبان، حافظ و خازن (بایگان) یکایک مورد بررسی قرار می گیرند. در این فصل نویسنده از حضور وکیل (کاردان) سخن می راند و به استناد نوشته های سرخسی، ماوردی و ابن فرحون این نظر را که در اسلام وکالت شناخته نشده است، رد می کند. (ص ۲۷۵)

۴. باید یادآوری کرد که نوشته های مؤلف محترم همواره مستند به منابع فارسی، عربی و انگلیسی و احیاناً فرانسه است. در مورد رسیدگی پژوهشی و استقلال قضایی، نگاهی به مقاله زیر نیز می تواند سودمند باشد:

Mohammad Hashim Kamali, "Appellate Review and Judicial Independenc" Islamic Public Law edited by Chibli Mallat. (London: Graham, 1993), 44-83.

خوبی بیان می‌کند. تنها مسئله مهمی که در این فصل به نظر می‌رسد، همان شبه قضایی دانستن دیوان مظالم است. این دیوان مکرر در مقام قاضی نخستین، قاضی پژوهشی و دادگاه عالی انجام وظیفه می‌کرد و وظایف اجرایی و بازرسی آن فرع بر وظایف قضایی آن به نظر می‌رسد. از این رو، می‌توان آن را شکل گسترش نیافته رسیدگی ماهوی پژوهشی به حساب آورد که از اختیارات قانونی نشده اجرایی نیز سود می‌برده است.

حسبه، سازمان پیشبرد اصول اخلاقی و رفتار اسلامی در جمع است که از آن در فصل هشتم (فصل ۳ از دفتر دوم) کتاب در بخش سازمان‌های وابسته به دادرسی (نیمه قضایی) بحث شده است. حسبه ریشه در قرآن و سنت پیامبر دارد، ولی سازمان حسبه در زمان عمر، خلیفه دوم، پایه گذاشته شد و در روزگار مهدی خلیفه عباسی، «والی حسبه» و در عصر مأمون عباسی «محتسب» عنوان یافت. حسبه با پشتوانه دستورهای قرآن مبنی بر تعاون و راهنمایی می‌توانست به صورت یک نهاد مددکار اجتماعی درآمد، ولی عملاً به صورت دستگاهی عیب یاب و سرزنشگر درآمد که اصلاح جامعه را نه از راه ریشه یابی و راهنمایی، بلکه از طریق زور و اجبار هدف قرار داد. از گزارش‌هایی که کتاب در باب کارکرد دستگاه حسبه در سرزمین‌های مختلف اسلامی می‌دهد، باز تشکیلات «احتساب آغاسی» ترکان عثمانی و «محتسب الممالک» عصر صفوی معقول‌تر از موارد دیگر به نظر می‌رسد؛ چون دایره کار این دو بیشتر بر روی بازار و نرخ ارزاق بوده است.

شرطه نام سازمانی است که امنیت و نظم عمومی و اجرای احکام کیفری را بر عهده داشت. این نهادی اسلامی-عربی است که از وظایف شبگردی (عسس) در زمان خلیفه دوم، عمر بن الخطاب، ریشه گرفت و در زمان امویان و عباسیان گسترش بسیار یافت. این سازمان وظایف گوناگون نظامی-انتظامی، اجرایی و اداری حتی دادرسی فوری به تفاریق زمان بر عهده داشته است. کتاب اطلاعات سودمندی درباره چگونگی پیدایش و طرز کار این سازمان، شحنة، داروغه، کلانتر، عسس، صوباشی، أحداث، حرس همچنین پیدایش زندان و ابزار کیفر ارائه می‌کند.

حاجب یا پرده دار از مناصب درباری است که پس از دربار شدن دستگاه خلافت، در زمان امویان پدیدار شد و تنها در سرزمین مصر در دوره مملوکان از صلاحیت قضایی برخوردار گردیده، گستره صلاحیت دیوان مظالم، سازمان حسبه، امور حسبی و مسائل بدهکاری را در بر می‌گرفت.

دیوان حشر یا موارث حشر به عنوان دستگاه دیگری است برای رسیدگی به اموال بی‌وارث که نخستین بار، در زمان خلافت معتمد عباسی (۲۵۶-۲۷۹ هـ) به کار پرداخت. رونق

کار این دیوان بستگی به اعمال فقه شافعی یا مالکی و یا حنبلی داشت. در این مذاهب چون دختر بیش از «فرض» خود ارث نمی‌برد، امکان رد مال به بیت المال در غیاب وارث مرد افزایش می‌یابد. چون در فقه شیعه و با شریطی در فقه حنفی که با حضور وارث دختر مالی به بیت المال برگردانده نمی‌شود، دیوان حشر رونقی نمی‌یافت. در کتاب مورد بررسی می‌خوانیم که «در روزگار فرمانروایی فاطمیان دیوان حشر رو به ناتوانی گذاشت؛ زیرا در شیعه اسماعیلی مسئله توارث چنان گسترش می‌یابد که خویشاوندان (ذوی الأرحام) به عنوان وارث شناخته می‌شوند و اگر حتی تنها دختر متوفا وارث او باشد، همگی ماترک را به ارث می‌برد». (ص ۵۴۴)

سازمان نقابت در زمان عباسیان برای رسیدگی به انساب و دعاوی مالی و کیفری دو شاخه خاندان هاشم یعنی علویان و عباسیان تأسیس یافت. این دو شاخه به ویژه علویان عنوان «شریف» و «سید» یافتند، اما کار سازمان نقابت منحصر به امور علویان و عباسیان نبود؛ هر گروهی که می‌توانست اصالت و شرافت خود را اثبات کند، در حوزه نقابت قرار می‌گرفت؛ مثل بکریان یا صدیقیان (فرزندان ابوبکر) که در آغاز سده نهم هجری دارای مشاغل مهمی بودند.

سازمان مشیخت اسلامی، با عنوان شیخ الاسلام، از قرن هشتم هجری در قالب بالاترین مفتی یا صدر سازمان علمای عثمانی و سپس صفوی پدیدار گردید. کتاب چکیده مفیدی از سرگذشت شیخ الاسلام استامبول، شیخ الاسلام اصفهان و شیخ الاسلام‌های شاعر، سپس مقایسه شیخ الاسلام با صدر، ملا باشی و مفتی بیان می‌کند.

کتاب با چهار پیوست کوتاه در این زمینه‌ها پایان می‌یابد:

۱. نهاد دادرسی و ادب القاضی. در اینجا نویسنده نظر می‌دهد که برخلاف فقه اهل سنت، در شیعه نوشتن کتاب ادب قاضی یا آداب قضا رواج نیافت و فقها به همان بخش «قضا» در متون فقهی خود قناعت کردند؛ ۲. نگرشی تاریخی به صلاحیت‌های قاضی که تکمله‌ای است تاریخی بر صلاحیت قضات مسلمان؛ ۳. گواه سنجی یا کاربرد بیته در تاریخ اسلام؛ ۴. زندان در حقوق اسلام پیش و پس از تدوین این بحث که ترجمه‌ای است از مقاله زیر: Irene Schneider, "Imprisonment in Pre-Classical and Classical Islamic Law" *Islamic Law and Society*, 22(1995).

پس از بررسی مطالب کتاب اینک بنگریم به برداشت‌ها و احیاناً پیام و حرف اصلی کتاب. این کتاب سرشار از اطلاعات سودمند و مستند است؛ به طوری که مجالی و چه بسا نیازی برای جمع‌آوری آگاهی‌ها و نتیجه‌گیری از آنها باقی نمی‌گذارد. البته نویسنده

چهارم آنکه حکام اموی و سپس عباسی اگر به این رویه ادامه ندادند، علتش را باید در قبیلۀ ای شدن دستگاه حکومت جست و جو کرد؛ هر چند نا آگاهی نوعی رهبران از احکام شرع و تخصصی بودن کار قضا، باز موجب جدایی عملی نهاد قاضی از حکومت گردید.

پنجم اینکه مهم و محور بودن شریعت در اسلام است که احکام آن نه فقط شامل هر امام و رهبری می شود، بلکه به هر داندۀ حکمی این حق را می دهد که حکم خدا را بیان کند و در اجرای آن بکوشد. علت استقلال نسبی قضات که نویسنده گوشه هایی از آن را در کتاب خود یاد کرده، همین ادعای نمایندگی از شریعت است که اغلب حکمرانان ناآگاه را وادار به پذیرش آن نموده است.

نکته آخر درباره سرشت دادرسی در اسلام این است که ماهیت دادرسی در اسلام بر اساس باز یافتن حق و دادگستری قرار دارد، نه بازسازی حق و دادپروری؛ یعنی در نظام قضای اسلامی حقیقت، مسلم انگاشته می شود و باید آن را باز یافت، نه آنکه حقیقت در جریان دادرسی باز ساخته شود و خود دستگاه دادرسی، راه عدالت جویی را به دادخواهان بیاموزد. در شیوه دوم نقش «آیین دادرسی» آشکار می شود؛ حال آنکه در شیوه اول ترتیبات شکلی دادرسی از جمله تعدد قضات در تعدد مراحل دادرسی جایگاه حقوقی نمی یابند.

نویسنده ارجمند ما اطلاعات فراوانی درباره روش دادرسی در اسلام (فصل پنجم) به خواننده داده است که تشکیلات دادرسی در زمان ها و مکان های مختلف تغییر شکل و عنوان می داده اند.

به هر حال، یک خصلت ثابت که گویای ماهیت درونی این تغییرات و عناوین باشد، گفته نشده است. به نظر نگارنده این سطور چنین می رسد که در نظام دادرسی مسلمین «عدالت» چنان مطلق انگاشته شده که متصدیان در هر زمان توانسته اند دست به اجرای عدالت خود شناخته بزنند، بدون آن که نیازی به ترتیبات وحدت بخش تشخیص یا بازنگری در این عدالت داشته باشند. این نشان می دهد که بسیاری از راه و رسم ها و عناوین مذکور هنوز به مرحله «نهاد» و رویه جا افتاده نرسیده اند یا نتوانسته برسند. عدالت بیشتر در عناوین و راه حل های مقطعی بیان و اجرا شده، نه در یک رویه ثابت و شیوه نهادینه شده.



۵. از جمله ر. ک: شیخ محمد تقی تستری، قضاة امیرالمؤمنین علی بن ابیطالب (نجف: حیدریه بی تاریخ)، ص ۲۰۳-۲۰۶. این قضیه در الکافی و شرح بن ابی الحدید و منابع اهل سنت به گونه های مختلف روایت شده است.

برش ها و برداشت های خوبی در جای جای کتاب کرده است؛ اما از بیان «سرشت دادرسی اسلامی» که وعده آن را در عنوان کتاب داده است، چندان اثری نمی یابیم؛ یعنی سرگذشت دادرسی آن چنان دلکش به رشته تحریر آمده که سرشت آن را باید از لابه لای سرگذشت آن دریافت. البته بنای هر دادرسی بر اجرای عدالت است. گفتن ندارد که این «اجرای عدالت» هر نکته باریک تر از مو بر زبان دارد که باید گفته شود. البته منظور این نیست که کتاب الزاماً فصلی به عنوان نتیجه گیری داشته باشد؛ بلکه مراد این است که بهتر بود نویسنده دانشمند برآوردهای نهایی خود را درباره سرشت دادرسی در اسلام، در بخشی به روشنی بیاورد و نقاط ضعف و قدرت آن را در عمل و اجرا برشمارد. از این رو، نویسنده محترم در چند جای کتاب دادرسی اسلامی را سرچشمه گرفته از قدرت عالی حتی شاخه ای از دستگاه رهبری اسلامی می شمارد. این سخن از سوی هماهنگ با احکامی است که امام یا خلیفه را محور قدرت عالی در جامعه اسلامی می شناسند، اما از سوی دیگر با آیاتی که درباره آسوه بودن امت آمده و اولی الامر را به صیغه جمع صاحب اقتدار شناخته سازگار نیست. برای روشن شدن مطالب باید چند مقدمه را در نظر گرفت:

نخست آنکه منصوب شدن قضات از سوی خلیفه / امام یا رهبری عالی به معنای منشعب شدن قوه قضاییه از دستگاه عالی رهبری یا اجرایی نیست و مانع استقلال قضایی نمی شود. انتصاب از ناحیه عالی یک ضرورت آیینی و شکلی است که در ماهیت کار قضا و استقلال قضات اثر نمی گذارد.

دوم آنکه اصل تفکیک قوا یک دستاورد یکسره غربی نیست که سخن گفتن از آن گوینده را لزوماً غریزه کند؛ بلکه زمینه های تفکیک نهاد دادرسی از دستگاه اجرایی در اغلب ادیان و فرهنگ ها دیده می شود. اندیشگران قرن هیجدهم اروپا به ویژه مونتسکیو (م ۱۷۵۵) از زمینه های موجود، یک اصل حقوقی و یک نظریه منسجم به بار آوردند؛ کاری که ما در خاورمیانه هنوز از دست یازیدن به آن پرهیز داریم.

سوم اینکه در اسلام شواهد روشنی داریم که خلفای راشدین به ویژه علی (ع) و عمر بن الخطاب برای دادخواهی به قضات برگماشته خویش رجوع کردند و خودشان به دادرسی نپرداختند. قضیه رجوع مولای متقیان به قاضی منصوب خود در کوفه شریح بن حارث کندی، برای مراعیه بر سر مالکیت یک زره آن هم در زمان خلافت خویش<sup>۵</sup> چیزی نیست که از نظر نویسنده تیزبین ما پوشیده باشد (هر چند اشاره ای به آن نموده است). این دادجویی علی (ع) نه فقط نشان از استقلال قاضی دارد، بلکه گویای وجود زمینه های احساس جدایی نهاد قضا از دستگاه حکومت است.