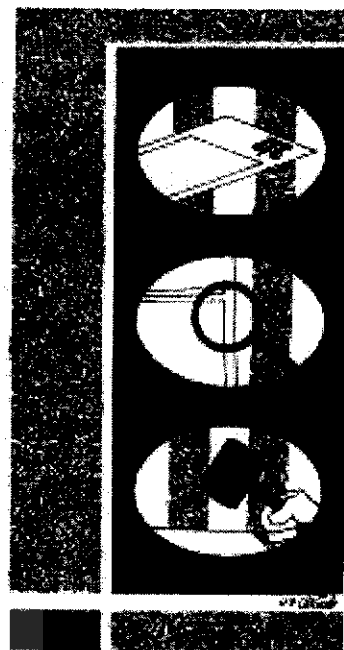


اختیارات قاضی در فرایند کیفری در حقوق اسلام و ایران

جعفر صادق منش

(کاشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی)



پیش درآمد:

اگرچه پس از پیروزی مسلمانان و سقوط حکومت ساسانی در ایران، دستورات دین اسلام که مشتمل بر قوانینی مترقی در زمینه‌های مختلف بود، از سوی حکومت‌های ایران و حداقل برای ظاهر سازی در قبال توده مردم مسلمان لازم‌الاجرا شمرده می‌شد؛ اما جز در دوران اولیه ورود اسلام هیچ‌گاه این ادعا به‌طور کامل عملی نشد و محاکم شرع نیز که رفته رفته صلاحیت آن‌ها به‌رسیدگی و صدور حکم در دعاوی و احوال شخصی محدود گردید همواره تحت نفوذ رجال سلطنتی بودند.

ظلم و بیدادگری و خودکامگی سلاطین در امور قضایی در دوره قاجاریه به اوج خود رسید تا این که حرکت جدی دیگری برای حاکمیت مقررات اسلامی در زمینه‌های مختلف و از آن جمله امور قضایی و کیفری از سوی روشنفکران و علمای دینی سامان داده شد و نهضت مشروطه که مهم‌ترین خواسته‌اش تأسیس عدالتخانه بود آغاز و پیروز گردید؛ اما علی‌رغم این که اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه بر ضرورت نظارت استصوابی پنج تن از مجتهدان طراز اول بر مصوبات مجلس شورای ملی برای تضمین اسلامیت آن‌ها و

ماده ۱ قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۰۴ بر اجرای قوانین و مقررات اسلامی تأکید داشت، به دلایل مختلف و از آن جمله نفوذ روشنفکرانی که اولاً اعتقاد و ثانیاً آشنایی کافی با مبانی و اصول حقوق اسلام نداشتند و ثالثاً شیفته نظام‌های قانونگذاری غربی بودند به این اصول و مواد در عمل توجه شایسته‌ای نشد و مشکل دو چندان گردید؛ چرا که اگر قبلاً خودکامگی و هواپرستی سلاطین و حکام مانع اجرای احکام شرعی می‌گردید این بار گسترش و نفوذ قوانین غیراسلامی بر عامل اول افزوده شد.

آغاز انقلاب اسلامی به رهبری علمای دینی و در رأس آن‌ها امام خمینی (ره) و پیروزی آن در بهمن ۱۳۵۷ حرکت سوم و جدی‌تر برای حاکمیت بخشیدن به اسلام در تمامی ابعاد فردی و اجتماعی زندگی مردم ایران بود که مروری بر مقدمه و اصول مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران گواه این مدعا است.

اصل چهارم این قانون مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون

اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است.»

در همین راستا بود که مقررات ماهوی و شکلی جزایی رژیم گذشته به تدریج دستخوش دگرگونی و اصلاحات فراوان گردید. اما سؤال جدی این است که آیا همه این تحولات منطبق با نظر اسلام و تأمین کننده اهداف کلان نظام کیفری اسلام مثل «عدالت کیفری» بوده است؟ این تحقیق سعی دارد تا ضمن مطالعه نظام قضایی ایران بعد از انقلاب از یک سو و احکام قضایی اسلام از سوی دیگر، با تطبیق این دو، میزان توفیق قانونگذار «جمهوری اسلامی» را در پاسخگویی مناسب به سؤال فوق در زمینه نقش قاضی در دو مرحله از فرایند کیفری یعنی مرحله تعقیب و تحقیقات مقدماتی و مرحله رسیدگی و صدور حکم ارزیابی کند.

۱ - اختیارات قاضی در مرحله تعقیب و تحقیق در حقوق اسلام و ایران

در این جا ما به‌طور خلاصه تحولات حقوق ایران از ابتدای پیروزی انقلاب تاکنون و مبنا و دلیل فقهی آن را درباره موضوع فوق مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس صحت و سقم این استدلال را از دیدگاه شارع مقدس اسلام

ارزیابی می‌کنیم:

۱-۱- اختیارات قاضی در مرحله تعقیب و تحقیق در حقوق ایران: قانونگذار جمهوری اسلامی از همان ابتدای پیروزی انقلاب با این اعتقاد که مباشرت یا اشراف بر کلیه مراحل دادرسی از اختیارات قاضی رسیدگی‌کننده یا به تعبیر برخی فقها «من بیده الحکم» است، به صورت تدریجی اقدام به وضع قوانین و مقرراتی در راستای گسترش اختیارات قاضی صادرکننده حکم در امور مربوط به تعقیب و تحقیقات مقدماتی و امکان رجوع مستقیم به دادگاه‌ها برای طرح دعوای مختلف کرد که به تبع آن، نقش دادسرا به عنوان نهاد مستقل متکفل امر تعقیب و تحقیق به تدریج رو به ضعف نهاد. برخی از این قوانین عبارتند از:

الف - قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب شهریور سال ۱۳۶۱ (۱)

ب - قانون تشکیل دادگاه‌های سیار مصوب شهریور سال ۱۳۶۶ (۲)

ج - قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان عالی کشور مصوب خرداد ماه سال ۱۳۶۸ (۳)

د - قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ (۴)

قانون اخیرالذکر آخرین قانونی بود که با تصویب آن نهاد دادسرا به طور کلی از سیستم قضایی ایران در محاکم انقلاب و عمومی حذف گردید تا قضات محاکم بتوانند با اختیارات مطلق و با دو حیثیت - مقام بی طرف دادرسی و داوری و مقام اقامه‌کننده دعوی عمومی علیه متهم - به ایفای نقش دوگانه خود بپردازند.

علاوه بر قوانین مورد اشاره که نشانگر اعتقاد عمیق قانونگذاران وقت به گسترش هرچه بیشتر اختیارات قضات دادگاه‌ها با تکیه بر یک فرض ثابت نشده فقهی است، این امر در نظریه‌های صریح شورای محترم نگهبان به وضوح قابل درک است.

به عنوان مثال این شورا در سال ۱۳۶۷ با مخالفت با ماده واحده اصلاح قوانین آیین دادرسی کیفری و اصلاحات و ملحقات آن، دلیل این امر را اعطای اختیاراتی نظیر احضار، جلب، بازجویی، استماع اقرار و شهادت به بازپرسان و دادیاران دادسرا ذکر می‌کند و مدعی می‌شود که این امور از شئون قاضی رسیدگی‌کننده است.

همچنین شورای محترم نگهبان در نظریه شماره ۴۹۷۶ مورخ ۱۳۷۳/۹/۱۱ در تفسیر مواد ۶۸ و ۶۸ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری، با این استدلال که بازپرس شرعاً حق منع مالک از تصرف در اموال خود را ندارد، قرار تأمین خواسته‌ای را که بازپرس صادر کرده بود، رد می‌کند.

حال باید بررسی کنیم که آیا از دیدگاه شارع مقدس اسلام چنین اعتقادی مبنای درستی دارد یا خیر؟

۱-۲- بررسی اختیارات قاضی در مرحله تعقیب و تحقیق در حقوق اسلام
بررسی منابع معتبر اسلامی نشان می‌دهد که اعتقاد بر ضرورت اشراف یا مباشرت قاضی صادرکننده حکم در تمام مراحل فرایند کیفری، مبنایی قرآنی یا روایی یا عقلی یا اجماعی ندارد، بلکه این اعتقاد مبتنی بر سنت فعلی معصومین ما نظیر پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین علی (ع) است؛ اما آیا روش‌هایی که معصومین (ع) در حکومتداری و از آن جمله دادرسی در پیش گرفته‌اند جزء احکام اولیه و ثابت است؟

در این باره باید گفت که در نزد امامیه، دادرسی منصبی حکومتی و شعبه‌ای از ولایت مطلقه تکوینی الهیه است که به پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) واگذار گردیده و آن بزرگواران به نصب عام یا خاص اشخاص صلاحیت‌داری این اختیار را به آن‌ها تفویض کرده‌اند و در زمان غیبت این سمت از شئون و اختیارات «ولی فقیه» است که به اعتقاد بسیاری از فقها دارای کلیه اختیارات حکومتی معصومین (ع) است، مگر در مواردی که

به صراحت استثنا یا از شئون عصمت معصومین (ع) محسوب گردد.

به تعبیر دیگر، اگر معصومین (ع) در حیطه تصمیم‌گیری‌های حکومتی خود با در نظر گرفتن مصالح مختلف جامعه اسلامی، شیوه‌ای را در پیش گرفته‌اند، ولی فقیه هم می‌تواند در همین حیطه با در نظر گرفتن همان مصالح و با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی شیوه دیگری را برگزیند و به بیان مرحوم شهید صدر، مجموعه احکام حکومتی، احکامی مربوط به «منطقه الفراغ» هستند؛ یعنی قلمروی که شارع مقدس اسلام وضع مقررات در آن قلمرو را به رئیس حکومت اسلامی واگذار کرده که زمانی این رئیس حکومت معصوم (ع) و زمانی ولی فقیه است (۵).

با توضیح فوق به خوبی آشکار می‌گردد که ولو در سنت فعلی معصومین (ع) و پیشوایان ما اختیارات هر دو مرحله فرایند دادرسی در یک فرد جمع بوده باشد، که گاهی خلاف آن نیز بوده، لزومی ندارد که در صورت تغییر اوضاع و احوال اجتماع، رئیس حکومت اسلامی از همان شیوه تبعیت کند. علاوه بر این حتی اگر اذعان کنیم که روش‌های موجود در سنت فعلی، از احکام اولیه است، می‌توان ادعا کرد که اگر مقتضای عدالت تفکیک این اختیارات باشد با استناد به قاعده فقهی عدالت حکم ثانویه تفکیک آن دو را صادر و مورد اجرا قرار داد.

لازم به یادآوری است که قاعده فقهی عدالت، علی‌رغم اهمیت فوق‌العاده‌ای که برای حل معضلات مختلف دادرسی و سایر احکام اجتماعی دارد از طرف اکثر فقها مورد غفلت بوده، درحالی که در روایات و آیات فراوان تأکید ویژه‌ای بر عدالت‌ورزی در شئون مختلف زندگی و از آن جمله در امر دادرسی شده است.

استاد شهید علامه مرتضی مطهری در این باره می‌فرماید:
«اصل عدالت اجتماعی با همه اهمیت آن

در فقه ما مورد غفلت واقع شده است و در حالی که از آیاتی چون «و بالوالدین احساناً» و «وفوا بالعقود» عموماتی از فقه به دست آمده است ولی با این همه تأکیدی که در قرآن کریم بر روی عدالت اجتماعی دارد مع هذا یک قاعده و اصل عام در فقه از آن استنباط نشده و این مطلب سبب رکود تفکر اجتماعی فقهای ما گردیده است. (۶)

نتیجه گیری:

باتوجه به تبیینی که از دیدگاه شارع مقدس اسلام درباره اختیارات قاضی در مرحله اول فرایند دادرسی کردیم، نادرستی اعتقاد و رفتار حقوقدانان و قانونگذارانی که با استناد به سنت معصومین (ع) حکم به وجوب جمع اختیارات هر دو مرحله فرایند دادرسی در یک فرد کرده اند به خوبی آشکار می گردد.

بنابراین تفکیک مقام تعقیب و تحقیق از مقام صدور حکم در صورت اقتضای عدالت و مصلحت جامعه و امت اسلامی نه فقط خلاف شرع نیست، بلکه واجب و عین نظر شارع مقدس اسلام است و حذف نهاد دادسرا از سیستم دادرسی جمهوری اسلامی بی اساس است و شاید به همین دلیل باشد که پس از گذشت شش سال از تصویب قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، مقامات قضایی در حال حاضر با تقدیم لایحه ای به مجلس در صددند تا ضمن ایجاد و احیای دوباره نهاد دادسرا در کنار دادگاه های عمومی و انقلاب بر برخی نظرها و گرایش های قدیمی در این باره و مواردی نظیر آن خط بطلان بکشند.

۲ - اختیارات قاضی در مرحله صدور حکم در حقوق اسلام و ایران

در این جا نیز ابتدا دیدگاه و رفتار قانونگذار جمهوری اسلامی را درباره موضوع فوق مرور می کنیم و سپس به تبیین آن از دیدگاه شرع مقدس خواهیم پرداخت:

۱-۲ - اختیارات قاضی در مرحله صدور حکم در حقوق ایران

در حالی که روند تحول قوانین خاص و عام مربوط به آیین دادرسی کیفری بعد از پیروزی

انقلاب تدریجی بود، اماچ این روند در خصوص قوانین جزایی سرعت بیشتری داشت، به طوری که پس از تصویب قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۶۱ که تقسیم بندی جرائم را از خلاف و جنحه و جنایت به حدود و قصاص و دیات و تعزیرات تغییر داد، قانونگذار ما با استناد به این نکته که تعیین تعزیرات از نظر نوع و میزان از اختیارات حاکم به معنای قاضی است و خلاف آن خلاف شرع محسوب می شود، پیش بینی هر نوع مجازات و تعیین میزان آن را ممنوع اعلام کرد.

با توجه به استدلال فوق بود که شورای محترم نگهبان ضمن رد مواد ۱۶، ۸۶، ۱۴۴، ۱۴۵، ۱۴۸، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۷۹ و تبصره ماده ۱۸۱ و ماده ۱۹۰ و ماده ۱۹۴ لایحه حدود و قصاص مصوب سال ۱۳۶۱ دلیل آن را تعیین مقدار تعزیرات در این مواد اعلام کرد. (۷)

همین اقدام و همین استدلال در باره لایحه تعزیرات نیز از سوی فقهای شورای نگهبان صورت گرفته است. این شورا در نامه مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۲۱ خطاب به رئیس مجلس شورای اسلامی در این باره می نویسد:

«... چون در تعزیرات، نظر حاکم در تعیین نوع و مقدار تعزیرات و عفو از مجرم شرعاً

چون در تعزیرات، نظر حاکم در تعیین نوع و مقدار تعزیرات و عفو از مجرم شرعاً معتبر است و تعیین مقدار خاص در بعضی موارد موجب تعطیل تعزیرات مناسب و لازم و در بعضی موارد موجب ظلم بر مجرم می گردد، لذا این گونه تعیین ها نیز مغایر با قوانین شرعی است...

معتبر است و تعیین مقدار خاص در بعضی موارد موجب تعطیل تعزیرات مناسب و لازم و در بعضی موارد موجب ظلم بر مجرم می گردد، لذا این گونه تعیین ها نیز مغایر با قوانین شرعی است...»

فقهای محترم شورای نگهبان ضمن بافشاری بر موضع خود، عدم وجود وحدت رویه در محاکم یا آرای مختلف یک قاضی را که از اشکالات عمده بر این نظریه بود، ناشی از طبع قاعده «التعزیر علی ما یراه الحاکم» و بی اهمیت و غیر قابل توجه می دانستند، و این امری است که در نامه مورخ ۱۳۶۴/۹/۲۱ این شورا به حضرت امام (ره) به صراحت آمده است.

بررسی قوانین و مقررات تصویب شده در دهه ۱۳۶۰ و به ویژه نیمه اول آن نشان از تمکین مجلس شورای اسلامی به نظر شورای نگهبان در اغلب موارد دارد، به طوری که در آن ها راهی برای اختیار گسترده قاضی برای تعیین تعزیرات پیش بینی شده است.

به عنوان مثال در لایحه حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ ملاحظه می کنیم که قانونگذار به جای تعیین هر نوع مجازات به لفظ «تعزیر می شود» اکتفا کرده است، یا قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۲ در ماده ۸۲ و قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۴ در ماده ۹۴ و قانون همه پرسی در جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸ در ماده ۳۴ مقرر می دارند که «مجازات های این فصل به انواع مذکور منحصر نبوده و قاضی در هر مورد می تواند متخلف را به مجازات مذکور و یا هر مجازات متناسب دیگری که در قانون تعزیرات آمده است محکوم نماید» و قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳ در مواد ۶۰ و ۶۱ تعیین مجازات تخیری حداقل و حداکثر را مشروط به رعایت «شرایط و امکانات خاکی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیبه و وعظ و توبیح» کرده است.

قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات

فروشنندگان لباس‌هایی که استفاده از آن‌ها در ملا عام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند مصوب ۱۳۶۵ نیز در ماده ۲ ضمن پیش‌بینی صریح چندین مجازات به قاضی اجازه می‌داد تا با در نظر گرفتن شرایط و امکانات و دفعات ارتکاب جرم، به یکی از آن مجازات‌ها حکم کند.

باتوجه به اشکالات عمده قانونگذاری به شیوه‌های فوق‌الذکر در قوانین مصوب مجلس از سال ۱۳۶۶ به این سو ملاحظه می‌کنیم که شورای محترم نگهبان ضمن تعدیل نظریه خود اجازه داده است که به شرط تصریح بر لزوم رعایت شرایط و امکانات ارتکاب جرم توسط قاضی قانونگذار مجازات‌های حداقل و حداکثر یا تخییری و ... را انتخاب و در قوانین به آن‌ها حکم کند.

البته نباید در این میان نقش ویژه حضرت امام (ره) و اعتراضات مقامات ذی‌ربط وقت نظیر رئیس جمهور، رئیس دیوان عالی کشور، رئیس شورای عالی قضایی، رئیس مجلس شورای اسلامی و غیرهم را در تعدیل نظر شورای محترم نگهبان نادیده گرفت.

ذکر این نکته هم ضروری است که علی‌رغم عدول عملی شورای محترم نگهبان از نظریه خود، مبنی بر لزوم واگذاری اختیار تعیین نوع و میزان تعزیرات به قاضی رسیدگی‌کننده، صحت و سقم این نظریه که هنوز هم در میان فقها و حقوقدانان اسلامی طرفدارانی دارد مورد بررسی قرار نگرفته است و به همین دلیل هم در بحث بعدی به این موضوع می‌پردازیم:

۲-۲-۲- مقام صالح برای تعیین تعزیر در حقوق اسلام

در این جا ابتدا به بررسی ادله نقلی موضوع می‌پردازیم و سپس از دیدگاه عقلی مباحثی را مطرح می‌کنیم.

۲-۲-۱- ادله روایی

بررسی روایات منقول از پیشوایان و معصومین (ع) نشان می‌دهد که در این روایات، آن‌جا که صحبت از مقام صالح برای تعیین تعزیر به میان آمده است واژه‌هایی به کار

رفته که می‌توان آن‌ها را به سه دسته تقسیم بندی کرد و ما ذیلاً به این سه دسته اشاره کرده، و در ذیل آن‌ها به عنوان نمونه چند روایت ذکر می‌کنیم.

۲-۲-۱- روایاتی که در آن‌ها از واژه «امام» استفاده شده است:

الف - از پیامبر اکرم (ص) نقل شده که فرموده‌اند: «ادراء الحدود عن المسلمین ما استطیعتم فان کان له مخرج فخلوا سبیله فان الامام ان یخطئی فی العفو خیر من ان یخطئی فی العقوبة» (۹)

ب - از امام علی (ع) روایت شده است که فرموده‌اند: «یحب علی الامام ان یحبس الفساق من الحماء و ...» (۱۰)

ج - روایت منقول از امام صادق (ع) درباره کیفر شهود کذب: «یجلدون حدالیس له وقت فذلک الی الامام» (۱۱)

۲-۲-۲- روایاتی که در آن‌ها از واژه «والی» استفاده شده است:

الف - روایتی از پیامبر اکرم (ص): «لایحل لوال یومن بالله و الیوم الاخران یلجد اکثر من عشرة اسواط الا فی حد» (۱۲)

ب - از حضرت علی (ع) نقل شده است که آن حضرت پس از آن که حکم به حبس چند مجرم دادند فرمودند:

«ثم الی بعدلی اذ بهم و حبسهم» (۱۳)

ج - روایتی از امام صادق (ع) درباره میزان تعزیر با شلاق: «علی قدر ما یراه الی من ذنب الرجل وقوة بدنه» (۱۴)

۲-۲-۳- روایاتی که در آن‌ها از واژه «حاکم» یا «قاضی» استفاده شده است.

نگارنده با رجوع به منابع روایی، هیچ حدیثی را که در آن از واژه‌های فوق استفاده شده باشد، به دست نیاورد، ولی باید دانست که با توجه به کثرت روایات دسته اول و دوم، حتی اگر روایاتی وجود داشته باشد که در دسته سوم بگنجد یا باید بگوییم که از واژه «حاکم» مفهوم حاکم اسلامی یا رئیس حکومت اسلامی اراده شده است و یا این که از واژه «قاضی» در مواردی استفاده شده که حاکم

اسلامی و ولی امر که خود معصوم است این اختیار را به نصب عام یا خاص به قضات منصوب واگذار کرده بوده است.

بنابراین از منظر روایات معصومین (ع) تنها مقام صالح برای تعیین تعزیر، حاکم اسلامی یا به اصطلاح «ولی امر» است که سمت قضا و دادرسی از شئون ذاتی او است، اگر چه گاهی آن‌را به مقامات صلاحیتدار واگذار می‌کنند.

۲-۲-۲- مقام صالح برای تعیین تعزیر در کلام فقهای متقدم:

همانند روایات، در کلام فقها نیز از واژه‌های متفاوتی استفاده شده است که ذیلاً به نمونه‌هایی اشاره می‌گردد:

۲-۲-۱- فقهای که واژه «امام» را استعمال کرده‌اند:

تقریباً اکثریت قریب با اتفاق فقهای فریقین در مقام اشاره به مرجع صالح برای تعیین تعزیر از واژه «امام» استفاده کرده‌اند که ذیلاً فقط چند نمونه ذکر می‌گردد.

الف - شیخ طوسی در کتاب «خلاف» می‌فرماید:

«بی‌هیچ اختلاف نظری بین فریقین، تعیین تعزیر از اختیارات امام است» (۱۵)

ب - محقق حلی در «شرایع الاسلام» می‌فرماید:

«تعیین آن (تعزیر) به امام واگذار شده است» (۱۶)

ج - علامه حلی در «مختلف» (۱۷) صاحب جواهر در جواهر الکلام (۱۸) یحیی بن سعید در «الجامع للشرایع» (۱۹) و بسیاری دیگر از فقها نیز واژه «امام» را مقام صالح تعیین تعزیر دانسته‌اند.

د - عبدالرحمن جزیری از فقهای عامه و صاحب کتاب «الفقه علی المذاهب الاربعه» می‌گوید:

«شارع مقدس تعیین و اعمال تعزیر را برای غیر امام جز در سه مورد تجویز نکرده است: پدر، ازباف و شوهر» (۲۰)

۲-۲-۲- فقهای که «سلطان اسلام» را مقام صالح دانسته‌اند:

الف - شیخ مفید در «مقنعه» در باره مجازات جرمی که به حد کذف نمی رسد می فرماید:

«مجازات آن تأدیب و تعزیری است که بنا به نظر سلطان اسلام تعیین می شود». (۲۱)

ب - ابن ادریس در «سرائر» می فرماید:

«تعیین تعزیر از اختیارات سلطان اسلام یا کسی است که از طرف او منصوب شود». (۲۲)

۲ - ۲ - ۳ - فقهای که «ولی امر» یا «حاکم» را مقام صالح تعیین تعزیر دانسته اند:

الف - ابن زهره در «غنیه» می فرماید:

«تعزیر طبق نظر ولی امر تعیین می شود». (۲۳)

ب - صاحب الفقه علی المذاهب الاربعه می فرماید: «اسلام تعزیر را با انواع آن فقط برای حاکم تجویز کرده است» (۲۴) و ادامه می دهد که «و شارع مقدس تعزیر را برای غیر امام ج - در سه مورد تجویز نکرده است...» (۲۵)

همان گونه که ملاحظه می گردد در لسان فقها نیز آنچه در اغلب موارد به عنوان مقام صالح تعیین تعزیر استفاده شده الفاظی است که مفهوم همه آنها ولی امر یا رئیس حکومت اسلامی است و حتی صاحب الفقه علی المذاهب الاربعه به صراحت «حاکم» را به «امام» معنا کرده، با استفاده از هر دو لفظ یک معنا را اراده می کند.

از مجموع آنچه ذکر شد استفاده می شود که تعیین تعزیر از اختیارات ولی امر است که می تواند آن را به میزان و نحوه ای که مصالح جامعه اسلامی اقتضا می کند به افراد دیگری با عنوان «قاضی» واگذار کند و به عبارت دیگر، تصدی امر قضا و دادرسی در اسلام ملازمه ای با اختیار مطلق داشتن برای تعیین تعزیر ندارد، به ویژه اگر قاضی «مورد نظر شرایط دادرسی اسلامی را هم به طور کامل نداشته باشد».

۲ - ۲ - ۳ - بررسی ادله عقلی در باره مقام صالح برای تعیین تعزیر

در این جا ما با فرض این که «اختیار قاضی

بررسی منابع معتبر اسلامی نشان می دهد که اعتقاد بر ضرورت اشراف یا مباشرت قاضی صادرکننده حکم در تمام مراحل فرایند کیفری، مبنایی قرآنی یا روایی یا عقلی یا اجماعی ندارد، بلکه این اعتقاد مبتنی بر سنت فعلی معصومین ما نظیر پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین علی (ع) است: اما آیا روش هایی که معصومین (ع) در حکومتداری و از آن جمله دادرسی در پیش گرفته اند جزء احکام اولیه و ثابت است؟

برای تعیین نوع و مقدار تعزیر از احکام اولیه اسلام است و از منابع اسلامی استنباط شده است، تلاش می کنیم معلوم گردد آیا یک «اصل» یا «قاعده» فقهی وجود دارد تا این «حکم اولیه» مفروض را تبدیل به «حکم ثانویه» کند یا خیر؟

تردید نیست که احکام مربوط به بحث قضا و دادرسی به اعتبار «موضوع» از احکام اجتماعی و حکومتی است و به عبارت دیگر، وضع این گونه احکام و تشریح آنها برای رفع نیازهایی است که برای عامه دینداران و مسلمان و متشرعان در تعامل و زندگی اجتماعی شان پیش می آید و در زندگی فردی آنها با صرف نظر از حضورشان در جامعه، کارایی ندارد.

اما آیا به اعتبار «واضع»، این احکام در حیطه احکام حکومتی است یا احکام اولیه؟ احکام حکومتی به اعتبار «واضع» به احکامی هستند که وضع کننده و صادرکننده آنها نه شارع مقدس اسلام بلکه رئیس حکومت اسلامی است، اعم از این که موضوع آنها رفع نیازهای اجتماعی باشد که در اغلب موارد همین گونه است یا رفع نیازهای فردی اگر قابل تحقق باشد.

به اعتقاد نگارنده و بسیاری از فقها و حقوقدانان اسلامی، احکام قضا و دادرسی

اسلام هم به اعتبار موضوع و هم به اعتبار واضح از احکام حکومتی هستند به ویژه اگر توجه داشته باشیم که احکام دادرسی و به تعبیر دقیق تر آیین دادرسی مسائلی شکلی و روشی هستند، نه ماهوی و ارزشی.

بنابر این اگر حفظ ارزش ها و تأمین مصالح جامعه و امت اسلامی اقتضای در پیش گرفتن شیوه هایی متفاوت از آنچه که در گذشته اتخاذ شده را داشته باشد بی تردید باید به این شیوه های جدید تمسک جست.

مبنای اساسی اعتقاد و نظر فوق، ادله اختیارات مطلقه ولایت فقیه است که طبق آنها کلیه اختیارات حکومتی معصومین (ع) در زمان غیبت به ولی فقیه منتقل می شود، مگر در مواردی که به صراحت استثنای شده یا از شئون عصمت آنها بزرگان بوده باشد.

درباره اختیارات قضایی ولی فقیه که از شئون ولایت عامه به شمار می رود نیز وضع بر همین منوال است و اگر در زمانی که دعاوی و جرائم از نظر تعداد بسیار محدود و از نظر ماهیت و نحوه ارتکاب ساده بودند و نگرش جامعه به گونه ای بود که «امنیت قضایی» و «وحدت رویه قضایی» و امثال آنها چندان مطرح نبود، قاضی می توانست فرضا اختیارات گسترده ای برای تعیین ضمانت اجراها داشته باشد، در روزگار ما تنوع جرائم و پیچیدگی روش های ارتکاب آنها و ایجاد وحدت رویه قضایی و امنیت قضایی به عنوان یک ضرورت اجتناب ناپذیر در جهت تحقق اهداف حکومت اسلامی، مقتضی عدم اعطای این اختیارات مطلق به قضاتی است که فاصله ای فراوان با قاضی مورد نظر اسلام دارند. وانگهی حتی اگر اقتضای مصلحت جامعه اسلامی را برای پذیرش ضرورت تحدید اختیارات قاضی نپذیریم، به استناد «قاعده اضطرار» باید حداقل درباره قضات غیر مجتهد یا قضاتی که برخی دیگر از شرایط قضای اسلامی را دارا نیستند حکم به جواز تحدید اختیارات بدهیم؛ با این توضیح که چون اعطای اختیار مطلق برای تعیین تعزیر منوط به تحقق شرایط قضا

در متصدیان این امر است و از سویی اجرای دستورات شارع مقدس و حکومت اسلامی بدون ضمانت اجرایی کیفری غیرممکن است و اعمال این ضمانت اجراها منوط به ثبوت تقصیر متهمین است که از شئون قضا و دادرسی است، بنابراین باید قضاتی در جامعه متکفل این امر باشند که اگر واجد همه شرایط دادرسی اسلامی نیستند، با توجه به توانایی‌ها و شرایط این دسته از قضات، باید اختیارات متناسب و نه گسترده به آن‌ها اعطا گردد؛ یعنی اختیارات آن‌ها باید به گونه‌ای باشد که احکام اسلامی تعطیل نگردد، نه بیشتر.

حضرت امام خمینی (ره) در سال ۱۳۶۴ در پاسخ سه نامه از طرف کمیسیون قضایی مجلس، شورای نگهبان و آیه‌ا... موسوی اردبیلی با همان توجیه و تفضیل مورد اشاره، حکم به جواز تمدید اختیارات قاضی کردند که ذیلاً به آن‌ها اشاره می‌شود:

کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی در آبان سال ۱۳۶۴ طی نامه‌ای به محضر امام (ره) ضمن برشمردن مشکلات ناشی از عدم تعیین تعزیر در قانون از ایشان راهنمایی خواستند و امام (ره) در پاسخ مرقوم فرمودند:

«در این موقع که اکثریت قاطع متصدیان امر قضا واجد شرایط شرعیه قضاوت نیستند و از باب ضرورت به آنان اجازه داده شده است، حق تعیین تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع الشرایط ندارند.» (۲۶)

ایشان در پاسخ نامه مورخ ۱۳۶۴/۹/۲۱ شورای نگهبان هم نوشتند:

« اکثر این شاغلین شروط شرعیه قضا را ندارند و حتی به نظر من با اذن و نصب از جانب ولی امر نیز عنوان حاکم بودن شرعی بر ایشان ثابت نمی‌شود و تصدی آنان در امور قضا از باب اکل میته است... لذا دستور دادیم که آقایان با تحدید مناسب، درجات تعزیر را حسب موارد موقتاً تعیین نمایند.» (۲۷)

همچنین در پاسخ استفتای مورخ ۱۳۶۴/۱۱/۱۶ آیه‌ا... موسوی اردبیلی که

در قسمتی از آن درباره حق عفو قضات سؤال شده است فرمودند: «باسمه تعالی: حق عفو ندارند مگر به اذن فقیه جامع الشرایط» (۲۸). آنچه بیان گردید در میان حقوقدانان اسلامی فقه عامه نیز طرفداران زیادی دارد که از جمله آن‌ها امام محمد ابوزهره، عبدالقادر عوده و وهبه الزحیلی هستند که در کتاب‌های خود به تفضیل به بحث در باره آن پرداخته و ما به دلیل رعایت اختصار از ذکر آن مطلب خودداری کردیم (۲۹).

پی نوشت‌ها:

۱ - ماده ۲۱۶ این قانون مقرر می‌داشت: «دادگاه‌های کیفری در موارد زیر شروع به رسیدگی می‌نمایند: (۱) افامه دعوی و شکایت مدعی خصوصی به واسطه وقوع جرم یا ضرر و زبانی که از جرم به آنان وارد آمده است، (۲) درمورد جرائم مشهود، (۳) اعلام و اخبار ضابطین دادگستری یا اشخاص ظاهرالصلاح و یا کسانی که از خودشان اطمینان حاصل شود، (۴) تقاضا نامه و کیفرخواست دادسرا، (۵) ...».

۲ - ماده ۵ این قانون مقرر می‌داشت: «در هر مورد چنانچه دادگاه تحقیقاتی را از مقامات و اشخاص حقیقی یا حقوقی در حوزه دادگاه بسیار لازم بدانند می‌تواند تحقیقات لازم را انجام دهد و یا به اقتضای مورد از نزدیک‌ترین دادگاه حقوقی و یا دادسرا و یا دیگر ضابطین دادگستری انجام تحقیقات را خواستار شود.»

۳ - ماده ۲۷ این قانون مقرر می‌داشت: «قاضی دادگاه کیفری در کلیه جرائم نظر به اوضاع و احوال قضیه و موضوع می‌تواند تعقیب و محاکمه متهم را بلافاصله و مستقیماً در دادگاه آغاز نماید. چنانچه محاکمه نیاز به تحقیقات مقدماتی داشته باشد می‌تواند تحقیقات را رأساً انجام دهد یا انجام آن را از دادسرا یا ضابطین دادگستری بخواهد.»

۴ - ماده ۱ این قانون اشعار می‌دارد: «به منظور رسیدگی و حل و فصل کلیه دعاوی و مراجعه مستقیم به قاضی و ایجاد مرجع قضایی واحد دادگاه‌هایی با صلاحیت عام به شرح مواد آتیه تشکیل می‌شوند.» ماده ۱۴ هم می‌گوید: «... تمامی اقدامات و تحقیقات ضروری از بدو تا ختم قضیه وسیله حاکم دادگاه صورت خواهد گرفت.»

۵ - صدر، علامه آیه‌الله محمد باقر، اقتصاد نا صص ۷۲۵ - ۷۱۵ و صص ۴۰۱ - ۴۰۰، بیروت ۱۴۰۲ هـ.

۶ - ربک: شیوه‌اکتشاف ملاک و نقش آن در تغییر احکام، سعید رحیمیان (مقاله مندرج در فصلنامه نقد و نظر ش ۵، سال ۱۳۷۴).

۷ - مهرپور، دکتر حسین، نظریات شورای نگهبان، ج ۱، ص ۲۲۵، انتشارات کیهان، تهران ۱۳۷۱.

۸ - مهرپور، دکتر حسین، دیدگاه‌های جدید در مسائل

حقوقی، ص ۱۲۰، انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۷۲. ۹ - ترجمه: تا جایی که می‌توانید حدود را از مسلمین دور کنید و اگر راه خروجی وجود دارد رهاشان کنید چرا که اشتباه امام در عفو کردن بهتر از اشتباه او در اعمال مجازات است: ربک، ابی یعلی محمد حسن الفراء - الاحکام السلطانیة ص ۲۶۵، مکتب الاعلام الاسلامی قم ۱۴۰۶ هـ.

۱۰ - ترجمه: بر امام واجب است که علمای فاسق و... را حبس کند؛ شیخ حر عاملی - وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۲۱، دارالکتب الاسلامیة، طهران.

۱۱ - ترجمه: «به آن‌ها شلاق زده می‌شود که وقت معینی ندارد و اختیار آن به امام سپرده شده است.» همان باب ۱۱ ج ۱.

۱۲ - ترجمه: «بر والی که ایمان به خدا و آخرت دارد جایز نیست که بیش از ده ضربه شلاق بزند، مگر در حد: شیخ صدوق - من لایحضره الفقیه، ج ۴، نوادر الحدود، باب ۱۷، ج ۹/۱۸۷.

۱۳ - ترجمه: «والی هم مثل من است و آن‌ها را تأذیب و حبس می‌کند، شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۳۰، حدیث ۶.

۱۴ - ترجمه: «به میزانی که والی به تناسب گناه مرتکب و توانایی بدنی او صلاح بداند؛ همان: ۴۵۸، باب ۱، حدیث شماره ۲.

۱۵ - شیخ طوسی، الخلاف، کتاب الحدود، مسأله ۱۳.

۱۶ - محقق حلی - شریع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۸، مطبعه الادب نجف، ۱۳۸۹ هـ.

۱۷ - علامه حلی - مختلف الشیعه، ص ۷۶۱.

۱۸ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱ ص ۴۳۸ و ص ۴۴۸.

۱۹ - بحی بن سعید، الجامع للشرایع، ص ۵۶۸.

۲۰ - التجریبی، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، صص ۴۵۱ - ۲۷۹، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

۲۱ - شیخ مفید، المقننه، ص ۱۲۷.

۲۲ - ابن ادریس، السرائر، ص ۴۶۸.

۲۳ - ابن زهره، الغنیة (مندرج در الجوامع الفقهیه، ص ۶۲۴).

۲۴ - التجریزی، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، صص ۴۵۱ - ۳۷۹، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

۲۵ - همان.

۲۶ - مهرپور، دکتر حسین، منبع پیشین.

۲۷ - همان.

۲۸ - همان.

۲۹ - ربک: «ابوزهره، محمد، الجرمه والعقوبه فی الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۱۱ و بعد و عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۱، ش ۳۰، وهبه الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۲، ص ۲۸۷.