

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 16, Consecutive Number 35, Summer 2024
Issn: 2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.

journal of
Studies in Islamic Law & Jurisprudence



The place of "formality" in Islamic procedure

Hamze Howeyda. Mahdi 

1: Assistant professor, Nahavand Higher Education Complex University of Bu-Ali Sina, Hamedan, Iran. m.hamzehoweyda@basu.ac.ir

Abstract: Procedures are known by a set of formal rules and forms, and for this reason, procedures and formality are tied to each other. Today, one of the characteristics and rather the principles of procedures is its formality, in such a way that the "judicial system" cannot be imagined without the existence of formalities. The main question is, what is the relationship between formality and Islamic procedure? Is formality one of the principles, or at least one of the characteristics of Islamic procedures? A group of writers have denied the existence of any forms and formalities in Islamic procedures and on the other hand, some other most detailed issues of procedures have been considered to have a jurisprudence basis and documentation. The present article, in a descriptive and analytical way, tries to evaluate the place of this important and widely used establishment in Islamic procedure while examining the concept and basis of formalities. The result of the research shows that, due to the substantive-centered nature of the procedure, the formality in Islamic jurisprudence are not "principles" and are merely a tool for obtaining substantive rights. Therefore, Islamic procedure are considered to be one of the least formal procedures.

Key words: Formality, Formal rules, Procedure, Islamic procedure.

- M. Hamzehoveida (2024). The place of "formality" in Islamic procedure, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 16(35), 113-132.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.30798.3612](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30798.3612)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۵ - تابستان ۱۴۰۳

صفحات ۱۱۳-۱۳۲ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۲/۰۳/۱۰ - بازنگاری ۱۴۰۲/۰۵/۳۰ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۶/۰۵

جایگاه «تشریفات» در دادرسی اسلامی

مهدی حمزه هویدا^۱

۱: استادیار مجتمع آموزش عالی نهاوند، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران. m.hamzehoweyda@basu.ac.ir

چکیده: آیین دادرسی با مجموعه‌ای از قواعد تشریفاتی و قالب‌های شکلی شناخته می‌شود و از این جهت، دادرسی و تشریفات به یکدیگر گره خورده‌اند. امروزه یکی از اوصاف و بلکه اصول دادرسی، تشریفاتی بودن آن است، به گونه‌ای که «نظام قضایی» بدون وجود قواعد تشریفاتی قابل تصور نیست. پرسش اصلی آن است که تشریفات چه نسبتی با دادرسی و قضای اسلامی دارد؟ آیا تشریفاتی بودن از اصول، یا دستکم از اوصاف دادرسی اسلامی نیز هست؟ گروهی از نویسندگان، وجود هرگونه شکل و تشریفات را در دادرسی اسلامی انکار نموده و در مقابل، برخی دیگر جزئی‌ترین مسائل دادرسی را دارای مبنا و مستند فقهی دانسته‌اند. نوشتار حاضر، به شیوه توصیفی - تحلیلی سعی دارد ضمن بررسی مفهوم و مبنای تشریفات، جایگاه این تأسیس مهم و پرکاربرد را در دادرسی اسلامی مورد ارزیابی قرار دهد. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد به علت ماهیت محور بودن دادرسی، قواعد تشریفاتی در فقه اسلامی، «اصل» نبوده و صرفاً ابزاری برای وصول به حق ماهوی به شمار می‌روند. از همین رو، دادرسی اسلامی یکی از کم تشریفات‌ترین دادرسی‌ها محسوب می‌گردد.

کلیدواژه: تشریفات، قواعد شکلی، دادرسی، قضای اسلامی.

- حمزه هویدا، مهدی (۱۴۰۳). جایگاه «تشریفات» در دادرسی اسلامی. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی* دانشگاه سمنان، شماره ۳۵، صفحات ۱۱۳-۱۳۲.

Doi: [10.22075/feqh.2023.30798.3612](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30798.3612)

مقدمه

قوانین ماهوی، تنظیم روابط حقوقی اشخاص را در غیر مخاصمه و در حالت عادی بر عهده دارند. اما نقض قوانین مزبور گریزناپذیر بوده و از اینرو باید در کنار قوانین ماهوی، قواعدی را پیش‌بینی نمود تا بتوان روابط افراد را در غیرمخاصمه و ترافع نیز تنظیم نمود. از همین جهت است که قواعد دادرسی، به عنوان «تضمین‌کننده» قوانین ماهوی، از ارکان غیر قابل حذف در هر نظام حقوقی به شمار می‌رود.

«کتاب القضاء» و عناوین مشابه آن، فصلی مهم در منابع فقهی است که عموماً به قواعد و موازین مربوط به دادرسی پرداخته و نشان می‌دهد که مرافعه و تخاصم نیز تابع قاعده و قانون است و نمی‌توان صرفاً به تنظیم و تنسيق قواعد ماهوی اکتفا نمود. شرایط طرح و استماع دعوا، اصول و قواعد اثبات دعوا، چگونگی اقامه بینه و اتیان سوگند، شرایط شهود، اصول مربوط به انشای رأی و مانند آنها از جمله قواعد مربوط به دادرسی هستند که در کتب فقهی مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

یکی از ابزارهای دادرسی نوین برای تنظیم روابط در مقام منازعه و اختلاف، بهره‌گیری از «تشریفات» است. دادخواهی و دادرسی می‌بایست در قالب‌ها و چارچوب‌هایی انجام شود که شکل آنها را قانونگذار تعیین کرده است (See: Loughlin and Gerlis, 2004: 136). اقامه دعوا (دادخواهی)، به عنوان یک عمل حقوقی مبتنی بر اراده، باید در فرم و قالبی که قانونگذار تعیین کرده به عمل آید؛ چنان‌که تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی نیز منوط به رعایت مهلت‌های از پیش تعیین شده‌اند. صدور و ابلاغ رأی نیز مستلزم رعایت برخی قواعد تشریفاتی برای دادگاه است. حقوق دادرسی آنچنان آکنده از فرم‌ها و شکل‌های این‌چنینی است که «تشریفاتی بودن» یکی از «اصول» امروزی دادرسی‌هاست (Vincent & Guinchard, 2001: 633). به نحوی که دادرسی، بدون تشریفات قابل تصور و تحقق به نظر نمی‌رسد (بنگرید به: غمامی، ۱۴۰۱: ۱۱۱). راجع به این که چگونه و با چه مبنایی، تشریفات در میان قواعد دادرسی قدر و جایگاهی ممتاز یافته است سخن خواهیم گفت، اما پرسش اصلی در

اینجا آن است که تشریفات چه نسبتی با دادرسی و قضای اسلامی دارد؟ آیا تشریفاتی بودن از اصول، یا دست کم، از اوصاف دادرسی اسلامی نیز هست؟

اجمالاً باید دانست که «انتظام در دادرسی»، مهم ترین ارمان تشریفات بوده و بدیهی است در بستر همین نظم است که می توان به غایات اصلی دادرسی (مانند عدالت) دست یافت. از اینرو، تعیین موقعیت تشریفات در هر نظام دادرسی می تواند عیار و کارآمدی آن نظام را نیز مشخص کند. تحلیل ها و مباحث فقهی نسبتاً جامعی در مورد اصول دادرسی اسلامی وجود دارد. اما جایگاه «تشریفات» به درستی معلوم نیست. از یک سو، برخی نویسندگان معتقدند هیچ شکل و تشریفات ویژه ای در دادرسی وارد نشده است (سبحانی، ۱۴۱۸: ۲۹۸/۱) و در مقابل برخی دیگر، حتی جزئی ترین آشکال و تشریفات رسیدگی را دارای مبنای فقهی دانسته (خدابخشی، ۱۳۹۹: ۱۴)؛ و برای مواردی مانند صدور و قرار ابطال دادخواست نیز که دارای جنبه های صرفاً شکلی هستند، مبنا و مستند فقهی قائل اند. پژوهش حاضر سعی دارد با بررسی مفهوم و مبنای تشریفات، جایگاه این تأسیس مهم و پرکاربرد را در دادرسی اسلامی مورد ارزیابی قرار دهد.

۱- مفهوم تشریفات

اهل لغت، تشریفات را آرایش و زینتی دانسته اند که جهت پذیرایی میهمان محترم در خانه انجام می دهند؛ تکلیفی که میزبان جهت خوش گذرانی میهمان کند (دهخدا، ۱۳۷۳: ۵۹۱۱/۴). در متون حقوقی، اصطلاحات متعددی برای نشان دادن معنای تشریفات به کار رفته است که البته همه آنها از دقت کافی برخوردار نیستند. «قواعد شکلی»^۱ عام ترین تعبیری است که برای تشریفات به کار برده شده و مصادیق بسیار متنوعی را در برمی گیرد؛ هر آن چه در حقوق مدنی و تجارت به جنبه های ظاهری و مرئی اعمال حقوقی ارتباط می یابد (Cadiet, 2011: 331)؛ مانند الزامات و تشریفات مربوط به انعقاد قرارداد و همچنین کلیه قواعد، اصول و تشریفات دادرسی در ذیل این اصطلاح

۱- Formal rules

قرار می‌گیرند (بنگرید به: داودی بیرق، ۱۳۹۹: ۱۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۲۲۴). بدیهی است کلیت این اصطلاح نمی‌تواند کمکی به شناخت معنای دقیق تشریفات داشته باشد.

«قواعد آئینی»^۱ اصطلاح دیگری است که در برگیرنده مجموعه‌ای از تشریفات، رویه‌ها و قواعد بوده و دادگاه‌ها در مقام رسیدگی به دعاوی از آنها بهره می‌گیرند. به علت غلبه بسیار زیاد «فرم» در این کاربرد، قواعد آئینی در ردیف قواعد شکلی دانسته شده است (Garner, 1999: 666; A.martin, 2003: 385). جریان دادرسی و قواعد آئینی چیزی جز یک فرآیند تشریفاتی نیستند (رحم‌دل، ۱۳۹۷: ۱۵۸) و دقیقاً به همین علت است که برخی نویسندگان، تشریفات را جزو عناصر مفهومی آئین دادرسی دانسته‌اند (شمس، ۱۳۸۴: ۱۳/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۹) و جدای از تشریفات، ماهیتی برای دادرسی قائل نشده‌اند.

با این حال، اصطلاح فوق نیز دلالت کاملی بر معنای تشریفات ندارد. درست است که قواعد آئینی مبتنی بر رویه‌های تشریفاتی است، اما تمام مفاد و محتوای این دسته از قواعد را نمی‌توان در تشریفات خلاصه کرد. دادرسی «اصول» و «قواعد» دیگری هم دارد که هیچ‌کدام از آنها «تشریفات» محسوب نمی‌شوند. به عنوان مثال، قواعدی نظیر لزوم رعایت حق دفاع و تناظر در دادرسی، لزوم بی‌طرفی دادرس و مستدل بودن رأی از اصول دادرسی به شمار می‌روند. لزوم معلوم و منجز بودن خواسته و تکلیف دادگاه به رسیدگی نیز اگرچه از قواعد آئینی محسوب می‌شوند، اما نمی‌توان آنها را مصداق تشریفات دانست. به تعبیر برخی نویسندگان، حقوق آئینی یا شکلی، متضمن چیزی بیش از یک تشریفات صرف است (Jolowicz, 2000: 61).

اصطلاحی که می‌تواند معنای واضح‌تری از تشریفات ارائه کند، فرمالیته است؛ جزء کوچکی از اقدام که اگرچه بی‌اهمیت جلوه می‌کند، اما برای حصول نتیجه خاص

۱- Procedural rules

۲. Formality

حقوقی، می‌بایست انجام شود (Garner, 1999:662). چنان که ملاحظه می‌شود مفهوم متعارف تشریفات نیز این معنا را تأیید و تقویت می‌کند؛ امری که به موجب قانون یا یک فرآیند رسمی باید انجام شود، اما در واقع مهم نیست (فرهنگ لغت آنلاین کمبریج).

دادخواست الزاماً باید بر روی برگ‌های چاپی مخصوص تنظیم گردد، در نوشته‌ها و مذاکرات مربوط به دادرسی باید از زبان رسمی استفاده کرد، بسیاری از اعمال و اقدامات می‌بایست در مهلت معین یا مقطع خاصی از دادرسی انجام شوند، کارشناس باید به قید قرعه انتخاب شود و گواه پیش از ادعای گواهی باید با ترتیب ویژه‌ای سوگند یاد کند و...

تشریفات، بدین معنا، بخش مهمی از قواعد دادرسی را به خود اختصاص می‌دهد و امروزه نقش قابل توجهی در نظام‌های دادرسی ایفا می‌کند. به نحوی که شکلی و تشریفاتی بودن نه فقط از اوصاف دادرسی، بلکه ذاتی آن است؛ تشریفات زائیده طبع و ماهیت دادرسی محسوب می‌گردد (خلیل، ۲۰۰۱: ۲۸۹).

۲- مفاهیم فقهی هم‌مرز با تشریفات

در ادبیات فقهی برخی از اصطلاحات و مفاهیم وجود دارند که ممکن است مشابهت‌هایی با تشریفات داشته باشند. ذیلاً به برخی از مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

۲-۱- آداب القضاء

ادب قضاوت از مباحثی است که تقریباً همه منابع فقهی، کم یا زیاد، در خصوص آن بحث کرده‌اند. مواردی نظیر این که قاضی با آرامش و وقار در دادگاه حاضر شود و از لحاظ ظاهری بهترین جامه خود را بپوشد (نجفی، ۱۴۳۲: ۷۷/۴۰). همچنین رعایت مساوات بین طرفین دعوا و یاری جستن از خداوند پیش از شروع دادرسی از جمله آداب قضاوت شمرده شده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۱ به بعد؛ سنگلجی، ۱۳۵۶: ۱۸۴). مکان و مجلس دادرسی باید در معرض دید مردم، وسیع و متناسب با فصل سرد و گرم سال

باشد. با رعایت موارد فوق الزامی به تشکیل جلسه دادرسی در مسجد وجود ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ۲۵۹/۱؛ تبریزی، ۱۴۲۷: ۶۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۶۵/۱۳؛ بهرامی خوشکار و عسگری، ۱۴۰۰: ۱۳۴). اگرچه برخی نویسندگان برگزاری جلسه در مسجد را مناسب ندانسته‌اند؛ با این استدلال که مجلس قضا از صدای بلند و سخن نابجا و حضور مجانین و صاحبان عذر مصون نیست و بروز این امور در مسجد محل اشکال است (الزحیلی، ۲۰۰۶: ۵۹۶/۸). این که قاضی نباید بی وضو و در حال گرسنگی و غضب به قضاوت بنشیند و تمام جهد و صبر خود را در راه کشف حقیقت به کار گیرد و در شنیدن اظهارات اصحاب دعوا سعه صدر داشته باشد، بیشتر به شخصیت قاضی و اوصاف کمالی او ارتباط می‌یابد (بنگرید به: جوادی آملی، ۱۳۹۰: ۲۹۵). آداب قضاوت متشکل از برخی توصیه‌های اخلاقی و فقهی (مستحبات و مکروهات) است^۱ و بدون آن که ناظر به نحوه رسیدگی و ترسیم فرآیند دادرسی باشد، اخلاق شخصی و حرفه‌ای قضاوت را گوشزد می‌کند و با عنایت به همین موضوع، آداب القضاء از مفهوم تشریفات دادرسی فاصله می‌گیرد و با آن یکی نیست.

۲-۲- طرق الحکم

راه‌های حکم کردن (صدور حکم) می‌تواند تعبیری دیگر از چگونگی صدور حکم یا همان تشریفات دادرسی باشد. قاضی از چه راهی و چگونه حکم خود را انشاء می‌کند؟ این اصطلاح از یک سو، حاوی معنایی بسیار گسترده است و مطلق مقررات رسیدگی به دعاوی را در برمی‌گیرد. طرق الحکم به قوانینی اطلاق گردیده است که قضات در رسیدگی‌های مدنی و امور حسبی از آنها استفاده می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۳۲/۴). از سوی دیگر، برخی منابع فقهی، اصطلاح مزبور را بر قواعد ادله اثباتی متمرکز دانسته‌اند. اقرار و علم قاضی و سایر امارات، در واقع همان طرق حکم کردن

۱. ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری، نمونه‌ای از این نوع قواعد را در خود جای داده است: «دادگاه پس از اعلام ختم دادرسی با استعانت از خداوند متعال، با تکیه بر شرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده و ادله موجود، در همان جلسه و در صورت عدم امکان در اولین فرصت و حداکثر ظرف یک هفته به انشای رأی مبادرت می‌کند.

هستند (نجفی، ۱۴۳۲: ۸۹/۴۰ و ۹۱). بدین ترتیب، طرق الحکم اگرچه در نگاه نخست می‌تواند گویای قواعد مربوط به چگونگی و تشریفات دادرسی باشد اما دقت بیشتر نشان می‌دهد که معنای این واژه، گاه چنان بسط می‌یابد که تمام دادرسی را فرا می‌گیرد و بدیهی است که قواعد دادرسی اعم از تشریفات است و گاه چنان دچار قبض می‌شود که تنها به ادله‌ی اثبات دعوا محدود و منحصر می‌گردد. بنابراین، طرق الحکم نمی‌تواند عنوانی مناسب و دقیق برای تشریفات رسیدگی باشد.

۳-۲- اعمال اداری^۱

دادگاه‌ها علاوه بر تلاش برای حلّ مسأله حقوقی و پایان بخشیدن به دعوا (اعمال قضایی)^۲، برخی اقدامات اداری و اجرایی را نیز انجام می‌دهند. صرف‌نظر از مناقشات نظری در خصوص تمییز اعمال قضایی از اداری (در این خصوص بنگرید به: کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۵ به بعد)، قاضی در کنار احقاق حقّ و صدور حکم، می‌بایست برخی تصمیمات و ترتیبات اداری را نیز اتخاذ نماید. این که نحوه حضور اصحاب دعوا نزد قاضی چگونه باشد و نظم جلسه با چه سازوکاری تأمین گردد، اسناد و مدارک و نسخه‌های دوم دادنامه‌ها و سجلّ کیفری اشخاص با چه شیوه‌ای بایگانی شود، دقیقاً چه جزئیاتی باید در اوراق قضایی نگاشته شود و ...

مواردی نظیر آن چه در بالا گفته شد از جنس اعمال و اقدامات «اداری دیوانی» به شمار می‌روند (ساکت، ۱۳۶۵: ۱۹۲) و هیچ‌یک را نمی‌توان و نباید مصداق تشریفات دادرسی دانست؛ چراکه اعمال مزبور تأثیری در دعوا و مسأله حقوقی مطروحه نداشته و عموماً به نحوه «اداره‌ی» دادگاه و نظم کارکنان آن ارتباط پیدا می‌کند. جنس تشریفات، «قضایی» است و نباید آن را با اعمال اداری در هم آمیخت. عدد و نصاب ویژه در شهود، لزوم بیان صیغه دعوا به نحو منجز، چگونگی اتیان سوگند، ضرورت کتابت رأی در

۱. Administrative action

۲. Judicial action

برخی موارد و مانند آنها، از جمله آئین ها و قواعدی هستند که ارتباط مستقیم با دعوا داشته و نقض آنها، دادرسی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. این در حالی است که اعمال اداری، ارتباطی با مسأله قضایی طرح شده ندارند و از اینرو، ضمانت اجرای نقض آنها نیز قاعدتاً اداری - انتظامی است. به عنوان مثال، رأیی که مستند به شهادت یک گواه صادر شده یا صیغه‌ی دعوا در آن ظنی بیان شده است، می‌تواند در معرض نقض قرار گرفته و نهایتاً بی اعتبار گردد. اما بایگانی بی نظم و ناقص، صرفاً تعقیب و مسؤولیت بایگان را به دنبال خواهد داشت. بنابراین، دیوان سالاری یا بروکراسی اداری دارای معنا و مفهومی متفاوت با تشریفات دادرسی است و نباید آن دو را یکی دانست. شاید از همین جهت است که برخی فقها، تأسیس دوایر خاص اداری در دادگاه‌ها را فاقد جایگاه و حدّ مشخص در فقه اسلامی دانسته و آن را به مقتضیات زمان و مکان واگذاری کرده- اند (سبحانی، ۱۴۱۸: ۲۹۸/۱).

۳- نمونه‌هایی از تشریفات در دادرسی اسلامی

در ذیل مصادیقی از «فرمالیته»، که منطبق با مفهوم تشریفات در دادرسی اسلامی است، مورد بررسی قرار می‌گیرند:

الف- صیغه دعوا

فقها دعوی غیر جزمی را قابل استماع نمی‌دانند، چراکه طرح دعوا با تردید و عدم قطعیت، اساساً دعوا محسوب نمی‌شود (رشتی، ۱۴۰۱: ۱۵۷/۱). به همین علت، «جزم» از شرایط اقامه دعوا بوده و خواهان می‌بایست دعوی خود را به طور جزمی و یقینی مطرح نماید (سبحانی، ۱۴۱۸: ۶۳/۲؛ آشتیانی، ۱۴۰۴: ۸۶). بدیهی است که جزم در مرحله تحریر و بیان دعوا می‌تواند بروز و ظهور پیدا کند. خواهان باید دعوی خود را به طور جزمی بیان کند و این بیان، که امروزه به صورت مکتوب در دادخواست نوشته می‌شود چیزی جز صیغه دعوا نیست^۱ چنان که فقها تصریح نموده‌اند، متعلق جزم، «صیغه»

۱. «أنّ المعترف من الجزم ما كان في اللفظ بأن يأتي بصيغة جازمه، دون أن يقول: أظن أو أتوهم، سواء انضم إلى جزمه بالصيغة جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، فإنّ المدعى لا يشترط جزمه في نفس الامر...» (محقق

دعواست، نه ماهیت دعوا. مدعی باید در ظاهری ترین و شکلی ترین بخش دعوا جازم و قاطع باشد، اگر چه به استحقاق خود در ماهیت دعوا قطع نداشته باشد. بنابراین استفاده از «عباراتی» مانند: تصور می کنم یا تردید دارم یا شاید ذیحق باشم، مانع پذیرش و استماع دعوا خواهد بود. اما اگر صیغه دعوا را با قاطعیت بیان نماید، دعوی او شنیده می شود. این موضوع شاید نخستین تشریفات باشد که در مرحله طرح دعوا و تقدیم دادخواست باید رعایت شود. شکل و نحوه بیان دعوا، تشریفات و فرمالیته‌ای است که ارتباطی با حق ماهوی ندارد. به همین علت است که بند ۹ ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی، یکی از ایرادات شکلی دعوا را جزمی نبودن آن اعلام کرده است: «دعوا جزمی نبوده بلکه ظنی یا احتمالی باشد».

ب- استیفای عدد

کمیت یکی از مؤلفه های مهم در وضع قواعد تشریفات است. این که یک عمل باید به دفعات و چند مرتبه انجام شود، می تواند عمل مزبور را به یک فرآیند تشریفات تبدیل کند. «عدد» دستکم در سه موضع توسط فقها مورد بررسی قرار گرفته است: تعداد شهود، تعداد مترجم و تعدد قاضی. این موضوع که بسیاری از موضوعات جز با شهادت دو شاهد عادل مرد اثبات نمی شود، مقبولیتی گسترده در متون فقهی دارد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲/۴۴۰؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۸/۲۳۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۱۱۵).^۱ به عنوان استثناء، اثبات برخی موضوعات با تعداد و جنسیتی متفاوت مورد پذیرش واقع شده است. این که چرا این تعداد دارای موضوعیت است عمدتاً مستند به اخبار بوده و شاید تبدیل به یک عرف مسلم قضایی و فقهی نیز گردیده است (مواد ۲۳۰ به بعد قانون آئین دادرسی مدنی). جایی که قاضی برای احراز برخی موضوعات پرونده نیاز به استفاده از مترجم دارد، این بحث مطرح شده که یک مترجم کافی است یا تعدد در این امر نیز شرط است

۱. در برخی جرایم تعداد اقرار نیز شرط اثبات است (ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی).

۲. مواد ۲۲۹ به بعد قانون آئین دادرسی مدنی، تعداد و جنسیت گواه را بر همین اساس مورد پذیرش قرار داده است.

(سبحانی، ۱۴۱۸: ۲۵۸/۱). یکی از مبانی اشتراط تعدد در مترجم، تنقیح مناط با شهادت است و در واقع عمل انجام شده توسط مترجم را ماهیّتاً نوعی شهادت تلقی کرده‌اند (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۶۰).

برخی فقها به مسأله وحدت یا تعدد قاضی در رسیدگی‌ها پرداخته‌اند. قضاوت مشترک، تشریک در قضا و قضاوت شورایی عناوینی است که این بحث ذیل آن مطرح گردیده است. تعدد قاضی در یک حوزه قضایی همراه با تقسیم کار با اشکال چندانی مواجه نیست. مانند اینکه تقسیم کار بین قضات متعدد براساس زمان یا موضوع پرونده انجام گیرد. بدین صورت که روزهای هفته برای تصدّی امر قضاء بین ایشان تقسیم گردد و یا پرونده‌ها به مالی و غیر مالی، کیفری و غیر کیفری و مانند آنها دسته بندی شده و هر قاضی به یک موضوع پردازد. اما آن چه به طور ویژه می‌تواند محلّ تأمل قرار گیرد پذیرش تعدد قاضی در یک پرونده است؛ یعنی چند دادرس بتوانند در آن واحد و در خصوص یک پرونده اقدام به صدور رأی نمایند. برخی از نویسندگان با این استدلال که رأی صادره از چند قاضی دقت و استحکام بیشتری دارد، تعدد قاضی را مورد پذیرش قرار داده و این طریقه دادرسی را ترجیح داده‌اند (نجفی، ۱۴۳۲: ۵۹/۴۰ و ۶۰).

ج. کتابت

امروزه، کتبی بودن از اصول دادرسی فراملی در دادرسی محسوب می‌شود. همه چیز در جریان دادرسی، اعم از لوایح، گزارش‌ها و جهات حکمی، نوشته و مکتوب می‌گردند (ر.ک: غمامی و محسنی، ۱۴۰۱: ۱۷۹). حتی آن چه به صورت شفاهی در دادگاه بیان می‌شود، می‌بایست به طور خلاصه و گاه عیناً در صورتجلسه نگاشته شود. در منابع فقهی به نوشتن و کتابت جز در موارد خاصّ و ضروری اشاره نشده است. به عنوان نمونه، نوشتن حکم دادگاه در صورتی ضروری است که محکوم‌له از دادرس بخواهد که حکم را بنویسد و به دست وی بدهد. تنها در این صورت است که قاضی مکلف است که تقاضای محکوم‌له را بنویسد. «بعد از این دادرس باید نام متداعیین و مشخصات و ممیزات آنان را با خصوصیات قضیه در دو نسخه مرقوم داشته یکی را به

طرف بدهد و دیگری را در دیوان حکم نگاه دارد و نیز سال و ماه و روز را بنویسد تا اشتباه نشود» (سنگلجی، ۱۳۳۵: ۹۱). این الزام در خصوص اقرار نیز وجود دارد. اگر مقرر له تقاضا نماید که اقرار را بنویسند و به او بدهند، آنگاه نوشتن اقرار ضروری است (سبحانی، ۱۴۱۸: ۱؛ ۳۵۵). با این اوصاف و به علت استثنایی بودن کتابت، صرفاً در مواردی که این تشریفات دادرسی انجام شده یا می‌بایست انجام شود، در تاریخ گزارش شده است. بر مبنای برخی از این گزارش‌ها، ظاهراً برای نخستین بار در زمان خلافت امام علی علیه‌السلام و به دستور خود ایشان نگارش و نوشتن احکام دادگاه‌ها رایج می‌شود به نحوی که برخی دستخط‌های حاوی اسناد و نوشته‌های قضایی امام تا مدت‌ها بعد باقی بوده است (خانی، ۱۳۹۵: ۲۰۳). در مصر نیز پرونده‌ای درباره تقسیم یک میراث نزد سلیم بن عتر مطرح شد. پس از صدور حکم، وارثان، رأی قاضی را برناتفتند و دوباره پیش او آمدند. قاضی مجدداً میان آنان به قضاوت نشست و حکم داد ولی اینبار مفاد رأی را بر کاغذ نوشت و بر آن شهادت گرفت (ساکت، ۱۳۶۵: ۱۹۰).

د. سوگند

لزوم استفاده از الفاظ خاص و ضرورت اتیان نزد قاضی، سوگند را به یکی از نهادهای تشریفاتی در جریان دادرسی تبدیل می‌کند. ادله دیگر مانند سند و حتی اقرار ممکن است خارج از دادگاه نیز محقق شوند اما سوگند صرفاً نزد قاضی قابلیت تحقق و استناد را دارد (محمدی، ۱۳۸۹: ۳۸۹). به عبارتی اتیان سوگند، تشریفاتی است که صرفاً باید در دادگاه و در حضور دادرسی انجام گردد. این آئین، در تمام انواع سوگند جریان دارد؛ یعنی: ۱- جایی که سوگند به عنوان یک دلیل مستقل مورد استناد واقع می‌شود (ماده ۲۸۱ قانون آئین دادرسی مدنی)، ۲- جایی که در دعوی به طرفیت مُرده از سوگند استظهاری استفاده می‌گردد (ماده ۲۷۸ قانون آئین دادرسی مدنی)، ۳- در مواردی که شاهد قبل از ادای گواهی، ملزم به قسم یاد کردن است (ماده ۲۳۶ قانون آئین دادرسی مدنی) ۴- در لعان.

۴- مبنای استفاده از تشریفات در آئین دادرسی

در برخی از ادوار تاریخ، نمونه‌هایی از تشریفات و قالب‌های مرموز و بی‌هدف گزارش شده است. در رُم باستان آئین رسیدگی این چنین بوده است که «هر دو طرف دعوا، در برابر پرتوری^۱ که در میدان اصلی رُم مستقر است، یعنی در دادگاه وی حضور می‌یابند. اگر موضوع دعوا، مال منقول باشد، آن را به همراه می‌آورند. برای مال غیرمنقول، به نمادی (سفال، کلونی، از زمین و غیره) رضایت داده می‌شود. خواهان دست را بر آن شیء نهاده و در همین لحظه چوب دستی به دست می‌گیرد. دقیقاً نمی‌دانیم که او با آن چه کار می‌کند، زیرا اطلاعات رسیده متناقض هستند (آیا آن را بر روی شیء یا بر رقیب خود می‌نهند؟)» (فیلیپ لوی و کاستالدو، ۱۳۸۶: ۲۷ و ۲۸).

در این چارچوب، تشریفات، فی‌نفسه و به خودی خود، دارای اهمیت است. گویی تشریفات برای تشریفات است و خارج از آن مبنا و اندیشه‌ی دیگری مطرح نیست. این در حالی است که امروزه قانونگذاران بی‌هدف و کور، وضع قاعده نمی‌کنند. قانونگذاری، معطوف به اهداف و غایاتی است که آن اهداف و کارایی آن‌ها برای قانون‌گذار موضوعیت دارد و نه خود قاعده (زانتاکی، ۱۴۰۱: ۱۶). بر همین اساس، وضع قوانین تشریفاتی نیز باید دنبال‌کننده و تأمین‌کننده‌ی هدف و غایت باشد. دیگر نمی‌توان و نباید تشریفات را پاره‌ای آئین‌های «احمقانه» دانست که قانون اصرار بر انجام آنها دارد (والدرون، ۱۳۹۸: ۱۲۴). تشریفات تا جایی که منجر به تأمین شفافیت، سرعت، دقت و نظم در دادرسی می‌شود، باقی خواهد ماند و هر زمان که از تأمین اهداف مزبور ناتوان شد، حذف می‌گردد. بنابراین بقای قواعد تشریفاتی در مجموعه‌ی قوانین وابسته به کارایی و اثربخشی آنهاست. قاعده‌ای که کارایی و کارکرد خود را از دست داده، نه تنها کمکی به تأمین اهداف قانونگذار نمی‌کند بلکه مانع کارکرد صحیح سایر نهادهای قانونی نیز خواهد شد و بسان آفت عمل می‌کند. بنابراین، می‌توان مبنای پیش‌بینی

۱. پرتور، عنوانی است که در رُم قدیم به نمایندگان پادشاه که در دادرسی حضور داشتند داده می‌شد.

تشریفات در دادرسی را تضمین حق ماهوی دانست؛ قواعد تشریفات با ایجاد نظم و شفافیت در دادرسی راه رسیدن به حقوق ماهوی را تسهیل و نظام مند می کنند.

۵- عدم تفضیل شکل (تشریفات) بر ماهیت

هدف عمده از وضع قواعد تشریفات آن است که حق ماهوی با دقت و سرعت و شفافیت بیشتری به حق دار برسد. تشریفات شکلی در این معنا، خادم ماهیت اند و از اینرو، نمی توان قواعد تشریفات و شکلی را چنان انبوه و پیچیده طراحی کرد که حق ماهوی در میان این پیچیدگی ها غیر قابل دسترس گردد. وضع تشریفات اگر سختگیرانه و پرتعداد باشد، در واقع سنگ اندازی و مانع تراشی در راه احقاق شمرده می شود. این عدم تناسب و فربهی تشریفات نسبت به قواعد ماهوی، باعث شده اشخاص بیشتر از حیث مسائل تشریفات و دادرسی دچار تضییع حقوق شوند تا از جهت ماهوی (خدابخشی، ۱۴۰۱: ۱۷۰). به همین علت، قانونگذاران در کشورهای مختلف هر زمان به این نتیجه برسند که یک قاعده تشریفات از هدف و کارکرد خود فاصله گرفته است در حذف و تعدیل آن قاعده تردید نمی کنند. برای نمونه «تشریفات کمتر و کاهش سختگیری در عدم رعایت تشریفات روندی است که دادرسی مدنی فرانسه رو به آن حرکت می کند (کوشه، لانگلد و لبو، ۱۳۹۱: ۲۶)». در حقوق برخی کشورها از جمله ایالات متحده آمریکا نیز قانونگذار به سمت کاهش تشریفات حرکت کرده و وجود کمیته ای از قواعد تشریفات را در مجموعه های دادرسی کافی می دانند (See: Uzelac, 2014: 23; Hazard, Jr and Taruffo, 1993: 167). همچنین در حقوق انگلستان کاهش تشریفات از اهداف آئین دادرسی است و پیش بینی تشریفات فنی، پر حجم و پیچیده توصیه نمی گردد (Grainger, Fealy and Spencer, 2000: 8).

بر این اساس، نمی توان پذیرفت که غیر تشریفات بودن دادرسی در اسلام به علت تعداد کم و فقدان پیچیدگی در دعاوی بوده است. همچنین کوچک بودن جوامع صدر اسلام نیز نمی تواند دلیلی برای عدم پیش بینی تشریفات باشد. چه این که دلایل مزبور با

واقعیت همخوانی نداشته و در مقاطعی سرزمین‌های حکومت اسلامی و جمعیت آنها بسیار گسترده‌تر و بیشتر از برخی کشورهای امروزی بوده‌اند (لاپیدوس، ۱۳۹۴: ۳۴۵ به بعد). حتی در این مقاطع تاریخی نیز که جوامع اسلامی از حیث گستردگی، به امپراطوری همانند بوده‌اند، دادرسی و قضاوت، تشریفات نشده است.^۱ آن چه از نقطه نظر کارکرد و غایت قواعد حقوقی اهمیت دارد آن است که دادرسی اسلامی «ماهیت» - محور است و علت اصلی عدم اقبال به تشریفات دادرسی را باید در همین نکته جستجو کرد. تراکم مقررات گذاری در حوزه تشریفات، تمرکز دادرسی را از «ماهیت»، به شکل و شیوه متمایل می‌سازد و این موضوع با هدف دادرسی اسلامی سازگار نبوده و نوعی انحراف از احقاق حق محسوب می‌گردد. نگاه دادرسی به ماهیت، ذاتی است و به شکل و تشریفات، عارضی؛ طبیعی است که در چنین ساختاری نمی‌توان و نباید انتظار رشد قواعد تشریفات را داشت. تشریفات و شکل جز در موارد ضرورت و برای رسیدن به مقصود اصلی (= ماهیت) وضع نمی‌گردند.

نتیجه‌گیری

تشریفات به عنوان دسته‌ای از قواعد شکلی، ناظر به چگونگی رسیدگی و شیوه انجام اعمال دادرسی بوده و نقشی مهم در نظام قضایی ایفاء می‌کنند. حقوقدانان، دادرسی را بدون وجود تشریفات قابل تصور نمی‌دانند. با این حال، مطالعه قواعد دادرسی در فقه نشان می‌دهد که قواعد تشریفات چندانی که امروزه مورد توجه قرار دارند، در دادرسی اسلامی مورد اقبال نبوده‌اند. از اینروست که در فقه مکان ویژه‌ای برای دادرسی و روز و ساعت مشخصی برای قضاوت تعیین یا سفارش نشده است و قضات، هر زمان در خانه خود هم، قضاوت می‌کرده‌اند. همچنین هیچ شیوه و روش ویژه‌ای درباره چگونگی حضور و دفاع و کیل در دادگاه گزارش نشده است. بر این مبنای شاید بتوان گفت که

۱. در عصر امویان، دقیقاً مثل زمان خلفا، دادگاه‌ها ساده و بدون تشریفات دایر می‌شدند. محل خاصی برای دادرسی وجود نداشته بلکه در هر مکانی که امکان فراهم آمدن دادرسی بود، مانند مسجد و راه، مجلس دادرسی تشکیل می‌شده است (بنگرید به: رضایی، ۱۳۹۳: ۲۱۸)

دادرسی اسلامی در کلیت خود چندان آئینی و تشریفاتی نیست. تشریفات و شکل، عارضی و استثنایی است و مانند دادرسی‌های دیوانی امروز، لایه‌های مختلف از تشریفات، فصل مفصل و سازمان یافته‌ای را به خود اختصاص نداده‌اند. چنین وضعیتی نه از جهت کوچکی جوامع و سادگی دعاوی است و نه از جهت ناآشنایی فقها با قواعد تشریفاتی. علت را باید در غایت دادرسی جستجو کرد. دادرسی اسلامی «ماهیت - محور» است و همه ابزارها و قواعد رسیدگی را برای احقاق حقوق ماهوی می‌خواهد. به همین علت، وضع تشریفات متعدد و پیچیده، از آن جهت که راه رسیدن به ماهیت را با صعوبت همراه می‌سازد، اساساً و جز در موارد ضرورت، در دادرسی اسلامی مورد اقبال قرار نگرفته است.

منابع

- آشتیانی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، کتاب القضاء، قم: دار الهجره.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، القضاء و الشهادات، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بهرامی خوشکار، محمد؛ عسگری، عباس (۱۴۰۰)، بررسی فقهی دادرسی الکترونیک و آسیب شناسی آن، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۵، ۱۲۹-۱۵۲.
- تبریزی، جواد (۱۴۲۷ق)، أسس القضاء و الشهاده، قم: دفتر مؤلف.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق)، نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ج ۱، قم: مؤسسه الامام صادق علیه السلام.
- سنگلجی، محمد (۱۳۵۶)، قضا در اسلام، چ ۳، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، چ ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰)، **ادب قضا در اسلام**، تحقیق و تنظیم: مصطفی خلیلی، ویرایش: سعید سبزعلی، ج ۳، قم: اسراء.
- خانی، حامد (۱۳۹۵)، **تاریخ فقه اسلامی: در سده‌های نخستین (از آغاز اسلام تا شکل گیری مکتب اصحاب حدیث متاخر)**، ج ۲، تهران: نی.
- خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۱)، **حقوق دعاوی، تحلیل‌ها و منتخب آرای قضایی**، ج ۷، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹)، **مبانی فقهی آئین دادرسی مدنی**، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خلیل، احمد (۲۰۰۱)، **اصول المحاکمات المدنیه**، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- داودی بیرق، حسین (۱۳۹۹)، **فلسفه، مبانی و شیوه‌های تفسیر آئین دادرسی مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، **لغتنامه**، ج ۴، زیر نظر جعفر شهیدی فر و محمد معین، تهران: روزنه.
- رحمدل، منصور (۱۳۹۷)، **تشریفات قانونی و دادرسی (و آثار مترتب بر عدم رعایت آنها در امور کیفری)**، آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۵، ۱۸۸-۱۵۷.
- رشتی، میرزا حبیب اله (۱۴۰۱ ق)، **کتاب القضاء**، ج ۱، چ ۱، قم: دارالقرآن.
- زاتاکا، هلن، (۱۴۰۱)، **قانون نویسی: هنر و فناوری قواعد تنظیم‌گری**، مترجم: حسن و کیلیان، چ ۱، تهران: سمت.
- الزحیلی، وهبه، (۲۰۰۶)، **الفقه الاسلامی و ادلته**، ج ۸، چ ۴، دمشق: دارالفکر.
- رضایی، اسداله، (۱۳۹۳)، **آئین دادرسی و قضا در عصر امویان**، چ ۱، قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی.
- ساکت، محمد حسین، (۱۳۶۵)، **نهاد دادرسی در اسلام**، چ ۱، مشهد: موسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی.
- سنگلجی، محمد، (۱۳۳۵)، **آئین دادرسی در اسلام**، چ ۱، تهران: دانشگاه تهران.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، **آئین دادرسی مدنی**، ج ۱، چ ۸، تهران: دراک.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، (۱۴۱۳ ق)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام**، ج ۱۳، چ ۱، قم: موسسه معارف اسلامی.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۸، چ ۳، تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

- غمامی، مجید، (۱۴۰۱)، **اجرای اصول دادرسی در غیاب تشریفات؛ مطلوبی ناممکن**، مطالعات حقوقی، دوره ۱۴، ۴، ۹۵-۱۱۸.
- غمامی، مجید و محسنی، حسن، (۱۴۰۱)، **آئین دادرسی مدنی فراملی**، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- فیلیپ لوی، ژان و کاستالدو، آندره، (۱۳۸۶)، **تاریخ حقوق تعهدات**، مترجم: رسول رضایی، چ ۱، تهران: انتشارات مهر و ماه نو.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، **اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی**، چاپ ۶، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کوشه، ژرارد و لانگلد، جان و لیو، دانیل، (۱۳۹۱)، **آئین دادرسی مدنی فرانسه**، مترجم: احمد علی هاشمی، چ ۱، تهران، نشر دادگستر.
- لاپیدوس، آیرا ماروین (۱۳۹۴)، **تاریخ جوامع اسلامی**، مترجم: علی بختیاری زاده، چ ۳، تهران: اطاعت.
- محسنی، حسن، (۱۳۸۵)، **مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی**، مجله کانون وکلا، شماره ۱۹۲ و ۱۹۳، بهار و تابستان، صص ۹۹-۱۳۱.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مومن، (۱۴۲۳ ق)، **کفایه الاحکام**، ج ۲، چ ۱، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- محمدی، پژمان، (۱۳۸۹)، **محدودیت‌های موضوعی سوگند در دعاوی مدنی**، فصلنامه پژوهش حقوق، سال ۱۲، شماره ۲۹، تابستان، صص ۴۱۶-۳۸۷.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ ق)، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۱۲، چ ۱، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، (۱۳۸۱)، **فقه القضاء**، ج ۱، چ ۲، قم: موسسه النشر لجامعه المفید.
- نجفی، شیخ محمدحسن، (۱۴۳۲ ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۴۰، چ ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین
- والدرون، جرمی، (۱۳۹۸)، **قانون‌گذاری (مفاهیم، نظریه‌ها و اصول)**، چ ۱، مترجم: حسن وکیلان، تهران، نگاه معاصر.

- A.Martin, Elizabeth, (2003), **Oxford dictionary of law**, fifth edition, Oxford, Oxford university press.
- Cadiet, Loic, (2011), “**Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law**”, *Ritsumeikan Law Review*, No. 28, Available at: <https://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET3.pdf> (26 may 2022)
- Garner, A. Bryan, (1999), **Black s law Dictionary**, seventh edition, U.S.A, west group.
- Grainger, Ian and Fealy, Michael and Spencer, Martin (2000), **the civil procedure rules in action**, Cavendish Publishing, London , Sydney.
- Hazard, Jr, Geoffrey C and Taruffo, Michele (1993), **American civil procedure, an introduction**, New Haven and London, Yale university.
- Jolowicz, J.A. (2000), **On civil procedure**, Cambridge university press, New York.
- Loughlin, **Paula and Gerlis, Stephen**, (2004), **Civil procedure**, 2 ed, London, cavendish.
- Uzelac, Alan (2014), **goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems**, Switzerland, Springer.
- Vincent, Jean & Guinchard, Sege, (2001), **procedure civile**, Dalloz, Paris.

