

فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی

سال ششم، شماره هجدهم، زمستان ۱۳۸۸

صفحات ۶۹-۶۶

مشروعیت قضاوت خصوصی بر اساس نهاد تحکیم^۱

دکتر علی اکبر ایزدی فرد*

دکتر اکبر فلاح**

صفر خزائی پول***

چکیده:

رسیدگی و حل و فصل دعاوی معمولاً در صلاحیت مقامات قضایی است. امروزه سیاست جنایی جدیدی تحت عنوان جنبش دفاع اجتماعی مطرح گردیده است که می‌کوشد به شیوه‌های علمی با بزه‌کار مبارزه نماید. سیاست قضازدایی که از طرف حقوق دانان مطرح گردیده، در همین راستا است. قضازدایی سیاستی است که تلاش می‌کند اصحاب دعا را تاجایی که امکان دارد از قید و بندهای دستگاه قضایی برهاند. یکی از ابزارهای قضازدایی، قضاوت خصوصی می‌باشد که طرفین دعا می‌توانند خارج از نظام قضایی متمرکز، فرد واجد شرایطی را برگزیده و حل و فصل خصومت را از این طریق پی‌گیری کنند. از طرف دیگر در حقوق اسلامی، نهاد مشابهی تحت عنوان نهاد تحکیم قرن‌هاست مورد توجه فقهای عظام بوده است. آن‌چه در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد چگونگی اثبات مشروعیت قضاوت خصوصی از طریق نهاد تحکیم می‌باشد. به همین خاطر ادله قائلین و مخالفین نهاد تحکیم مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت و در پایان، دلایل مشروعیت قضاوت خصوصی بیان می‌گردد.

کلید واژه: قضا، قاضی تحکیم، قضاوت خصوصی، مشروعیت

۱- تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۷/۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۱۱/۲۱

* استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران Ali85akbar@yahoo.com

** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل

*** کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی amirkhazaei@yahoo.com

طرح مسأله

بدون شک رشد جمعیت و گسترش ارتباطات مردم، سبب بروز مرافعات متعدد گردیده و از این طریق حجم پرونده‌ها در دادگاه‌ها روزه‌روز بیشتر، موجب اطاله دادرسی و کم‌گردیدن دقت در امر دادرسی شده است. سیاست قضایی درست، حکم می‌کند که دستگاه‌های قضایی از تراکم پرونده‌ها جلوگیری کرده، با سرعت و دقت هرچه بیشتر، به حل و فصل دعاوی بپردازند.

از جمله طرقی که می‌توان به این مهم دست یافت، قضا‌زدایی است که در فقه سابقه طولانی دارد و در میان حقوق‌دانان غربی نیز چندی است که مورد توجه قرار گرفته است؛ من جمله مارک آنسل در کتاب دفاع اجتماعی در این خصوص نظریه‌پردازی نموده است.

دین مبین اسلام تأکید بسیار زیادی بر اصلاح امور و رفع مخاصمات از راه میانجیگری نموده است. (صادقی، قضا‌زدایی در حقوق جزا، ۱۴۹) یا حتی می‌توان ادعا نمود، گام نخست، در راستای سیاست قضا‌زدایی در دین اسلام این است که مردم را دعوت به صلح نماید. وجود کتاب صلح در بین مباحث فقهی مؤید این نکته می‌باشد. (نجفی، سیستم قضایی خصوصی، ۱۲۲) اما اگر از این طریق، دو طرف دعوا نتوانستند به حل و فصل خصومت خود بپردازند، نظر مشهور فقها، مراجعه به قاضی تحکیم بوده است. اگرچه قاضی تحکیم مصداق قضا‌زدایی نیست ولی در واقع نوعی سیاست خصوصی کردن امر قضاوت بوده که می‌تواند در کاهش تراکم وظایف دستگاه قضایی نقش مهمی ایفا کند. (همان)

در این راستا چندسالی است که سیاست خصوصی‌سازی قضاوت یا همان قضاوت خصوصی مطرح گردیده است که طرفین دعوا بدون مراجعه به دستگاه‌های قضایی دولتی به افرادی که مورد رضایت طرفین است مراجعه نموده و از این طریق رفع خصومت نمایند. از آن جایی که این نهاد، در مقام صدور حکم بوده و علی‌القاعده می‌بایست حکم او بر طرفین لازم‌الاجرا گردد؛ لذا باید مشروعیت آن به اثبات برسد.

از طرف دیگر با توجه به این که بین قضاوت خصوصی و نهاد تحکیم، شباهت‌های بسیار زیادی وجود دارد، در عین حال عنوان قضاوت خصوصی مفهوم نوظهوری در فقه و حقوق اسلامی می‌باشد؛ به ناچار جهت اثبات مشروعیت آن، از دلایلی که فقها برای اثبات مشروعیت قضاوت



تحکیمی استفاده نموده‌اند، مدد خواهیم جست.

پیشینه بحث

وجود نهادهای مشابه قضاوت خصوصی در کشور ما از سابقه طولانی برخوردار است. در سال ۱۳۱۸ در قانون قدیم آیین دادرسی مدنی، نهادی تحت عنوان داوری به تصویب رسید. (شمس، آیین دادرسی مدنی، ۵۲۲، ۳) این نهاد با توجه به تعریف آن در ماده ۴۵۴ آیین جدید دادرسی مدنی شباهت‌هایی به قضاوت خصوصی دارد. این ماده قانونی مقرر می‌دارد: کلیه‌ی اشخاصی که اهلیت اقامه‌ی دعوا دارند می‌توانند با تراضی یک دیگر منازعه و اختلاف خود را در دادگاه طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند. پر واضح است رضایت طرفین جهت طرح دعوا نزد شخصی خاص در قضاوت خصوصی و در نهاد داوری مشترک است.

سپس این نوع قضاوت، به صورت خانه انصاف در ایران رواج پیدا کرد. خانه انصاف در ۲۸ ماده جهت رسیدگی سریع و فوری به اختلافات ساکنان دهات تنظیم شد (بحرآبادی، سخنی پیرامون خانه انصاف، ۱۲۱) و افراد دعاوی خود را نزد ریش سفیدان حل و فصل می‌نمودند. نوع دعاوی که در خانه‌های انصاف مطرح می‌شد، از پیچیدگی چندانی برخوردار نبود. (شهلا، انه انصاف، ۷۵)

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در سال ۱۳۷۸ لایحه برنامه پنج ساله سوم به مجلس تقدیم گردید و شورای حل اختلاف در آن پیش‌بینی شد. این نهاد از لحاظ صلاحیت‌کار، توانایی آن را دارد تا طرفین دعوا را به صلح و سازش دعوت نموده و در امور حقوقی تا سقف ده میلیون ریال و در امور کیفری تا سقف پنج میلیون ریال حق صدور حکم را دارا است. (کاشانی، بررسی حقوق لایحه شورای، ۲۷-۳۳)

در ارتباط با موضوع قضاوت خصوصی اولین بحثی که صورت گرفت، توسط دکتر افشار در کتاب آیین دادرسی مدنی و بازرگانی بود (افشار، آیین دادرسی، ۴۰۸) و در آن مطرح شد: «در کنار دادرسی دولتی، یک نوع دادرسی غیر دولتی به وجود آمده است که آن را داوری می‌گویند که به



وسيله داور(قاضي خصوصي) به عمل مي آيد. «پس از آن مقاله‌اي تحت عنوان قضاوت خصوصي يا سياست خصوصي سازي قضاوت نگاشته شد که در آن به خوبي زواياي بحث قضاوت خصوصي از جمله شرايط قاضي خصوصي، دامنه شمول آن، حق اجرائي حکم و... مورد بحث و بررسي قرار گرفت. (قماشي، قاضي تحکيم با سياست خصوصي) چندي بعد مقاله‌اي ديگر با عنوان سيستم قضايي خصوصي به روش قاضي تحکيم از منظر فقه شيعي به چاپ رسيد که در آن نيز درباره قضاوت خصوصي نظريه پردازي شد. (نجفي، سيستم قضايي خصوصي)

قضاوت تحکيمي يکي ديگر از مصاديق بارز قضاوت خصوصي بوده که از سابقه طولاني تري برخوردار است. در خصوص قضاوت تحکيمي در ميان اعراب نمونه‌هاي زيادي در قبل از اسلام و بعد از آن وجود دارد که به عنوان نمونه به دو مورد اشاره خواهد شد.

نمونه‌اي از حکميت قبل از ظهور اسلام

حکميت رسول خدا(ص) در نصب حجرالاسود: سي و پنج سال از عمر شريف حضرت گذشته بود که قریش تصميم گرفتند خانه کعبه را از نو بسازند و روی آن را سقف بزنند. زيرا تا آن زمان کعبه سقف نداشت و ارتفاع آن نيز کمی بيش از قامت يک انسان بود. همين امر موجب شد تا سرقتي در خانه کعبه رخ دهد و جواهرات و اموال آن را که در چاهي درون کعبه بود به سرقت ببرند. هنگامي که کار تعمير کعبه به نصب حجرالاسود رسيد بين طوايف قریش درگيري حاصل شد و کارشان نزديک بود که به نزاع و جنگ بکشد. ولی در نهايت به رأی ابا اميه بن مغیره- مبنی بر اين که نخستين فردي که از مسجد(باب بنی شيبه) وارد شود در اين کار حکميت نمايد-گردن نهادند. بالاخره پيامبر(ص) وارد مسجد شد و فرمود: « تا حجرالاسود را بر روی پارچه‌اي قرار دهند و هر کدام از روساي قبائل يکي از گوشه‌هاي پارچه را بگيرند» اين گونه همه با هم در يک زمان در نصب آن شرکت نمايند. (ابن هشام، سيره النبويه، ۱، ۱۲۷-۱۲۳)

نمونه‌اي از حکميت بعد از ظهور اسلام

زمانی که پيامبر اسلام (ص) به عنوان پيام آور کلام الهی مبعوث گرديد، خود را در مقابل



آداب و رسومی یافت که میان اعراب ریشه دوانیده بود. ایشان با درایت فوق‌العاده خویش، به خوبی توانست آن آداب و عقایدی را که قابلیت اصلاح نداشت مردود اعلام کند و مابقی را - با پذیرش شکل و تغییر محتوای خرافی آن - اصلاح نماید.

از جمله‌ی این رسوم، استفاده از حکم در رفع منازعات بود. ایشان هم در شیوه دادرسی و نحوه برخورد با دو طرف دعوا و هم این که چه کسی لیاقت و شایستگی قضا دارد، تحول و دگرگونی عمیقی ایجاد نمود. در عین حال شأن و منزلت دادرس و قاضی را تا بدان حد عظمت بخشید که آن را جزء شئون پیامبری دانست.

با ذکر این مقدمه، به نمونه‌ای از حکمیت که در تاریخ صدر اسلام بسیار چشمگیر است، اشاره خواهیم نمود.

حکمیت سعد بن معاذ بین سپاه اسلام و یهودیان بنی قریظه: آن گونه که تاریخ-نگاران نوشته‌اند، علت اصلی بروز جنگ خندق یا احزاب، سخنان و اعمال تحریک‌آمیز حیی بن اخطب - یکی از بزرگان بنی النضیر - بود. وی پس از اخراج از مدینه، عازم مکه شد تا قریش و سایر قبایل را به جنگ با مسلمانان تحریک نماید. در این راستا، به نزد کعب بن اسد - رئیس بنی قریظه - رفت و او را قانع نمود تا در این جنگ به پیامبر(ص) خیانت نماید.

پیامبر(ص) پس از متفرق نمودن سپاه احزاب، قلعه بنی قریظه را محاصره نمود. در آخر هنگامی که بنی قریظه تسلیم شدند، رسول خدا به درخواست قبیله اوس، سعد بن معاذ - که رئیس آنان و فرد محترمی بود - را به عنوان حکم قرار داد تا در خصوص یهودیان بنی قریظه حکم نماید. او نیز طبق کتاب تورات دستور به قتل مردان، تقسیم اموال، اسارت زنان و کودکانشان را صادر کرد. (همان، ۱۷۷)

با توجه به نمونه‌های فوق، به خوبی مشخص می‌شود تحکیم و قضاوت تحکیمی در بین اعراب بسیار رواج داشت و بزرگان اسلام نیز در پاره‌ای از موارد تن به آن دادند.

مفهوم شناسی: قضا، تحکیم، قضاوت خصوصی

قضا در لغت به معنای حکم و فرمان آمده است. خلیل بن احمد می‌گوید: قضا بر وزن سما، به



معنای حکم و فرمان است، قضی، یقضی، قضیا، قضیه، قضا؛ به معنای حکم فصل خصومت می‌باشد (ابن فارس، معجم المقاییس، ۵، ۱۸۵) و در معجم المقاییس اللغه آمده: قضا به معنی حکم بوده و در آیه «فاقض ما انت قاض» یعنی انجام بده و حکم کن (ابن منظور، لسان العرب، ۵، ۹۹) و ابن منظور نیز آن را چنین معنا می‌کند: قضا یعنی حکم و قاضی یعنی آن کسی که قاطع اموری است که به آن حکم می‌کند و اصل آن قطع و فصل می‌باشد. صاحب جواهر با توجه به آیات قرآن، قضا را در معانی متعددی آورده است؛ از جمله: حکم، علم، اعلام، قول، حتم، امر، خلق، فعل، اتمام و فراغ. (نجفی، الجواهر کلام، ۴۰، ۷ و ۸)

معنای اصطلاحی قضا

قضا عبارت است از: ولایت شرعی بر حکم و مصالح عامه از جانب امام (ع). (شهید اول، الدروس شرعیه، ۲، ۶۵)

تعریف فوق از چند جهت شایان توجه است: اول این که؛ هم شامل حقوق، حدود و کلیه اموری که حفظ نظام متوقف بر آنهاست می‌شود و هم شامل تأمین مصالح عامه مسلمین مثل تعیین قیم بر صغار و بی‌سرپرستان می‌شود. (معرفت، تقریرات درس خارج قضا، ۳)

مزیت دیگر، آوردن قید ولایت در تعریف است همان طوری که بسیاری از علما در تعریف قضا این قید را لحاظ کردند و به لحاظ اختصار از آوردن آن تعاریف صرف نظر می‌کنیم.

در مقابل بعضی از فقها در تعریف آن، قید ولایت را لحاظ نکردند. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه می‌نویسد «هو الحکم بین الناس» (شهید ثانی، شرح لمعه، ۳۶۱، ۱۴۱۰) همچنین فاضل هندی در کشف اللثام قضا را این چنین تعریف می‌کند «القضا هو فصل الامر قولاً او فعلاً» (فاضل هندی، کشف اللثام، ۳۲۰، ۲) یعنی قضا عبارت است از فصل خصومت به وسیله قول یا فعل.

بنابر تعریفی که این دسته از فقها برای قضا نمودند تعریف لغوی و اصطلاحی قضا متحد می‌شود چنانچه بعضی از محققین به همین معنا اشاره کرده و می‌نویسند: معنای اصطلاحی قضا همان معنای لغوی است. زیرا جمهور فقها این لفظ را مشهورترین معنای قضا که حکم است از باب اطلاق کلی بر فرد استعمال و از معنای عام به معنای خاص نقل نموده‌اند. در هر حال معنای



لغوی قضا با معنای اصطلاحی آن متحد می باشد. (سنگلجی، قضا در اسلام، ۱۱)

به نظر می رسد تعریف شهید اول در دروس، تعریف مناسبی است، چرا که دادرسی را نمی توان مانند سایر احکام شرعیه مانند امر به معروف و نهی از منکر حکمی شرعی و در شمار احکام شرعی دانست، زیرا قضا چنانچه از حدیثی که ابی خدیجه از حضرت صادق (ع) نقل نموده به معنی ولایت و امارت می باشد. امام (ع) می فرماید: «فانی قد جعلته حاکماً فتحاکموا الیه» (پس به تحقیق من او را حاکم قرار دادم، بنابراین دعاوی خود را به او ارجاع دهید) و بدین جهت قضا آن سلطه و ولایت و قدرتی است که از طرف امام (ع) و اولی الامر به دادرسان اعطا و واگذار شد. (طحان، قاضی تحکیم، ۲۰)

واژه دیگر کلمه تحکیم است که مصدر از ریشه حکم می باشد. خلیل بن احمد می گوید: (حکما فلانا امرنا)؛ فلانی را در امر خود حکم قرار دادیم. در معجم مقاییس اللغه آمده: حکم به معنای منع ظلم بوده و حکمت نیز از همین باب است زیرا حکمت شخص را از جهل باز می دارد. (ابن فارس، معجم مقاییس، ۳۹۱) در کتاب صحاح الجوهری چنین ذکر شده (حکمت الرجل تحکیم)؛ یعنی هنگامی که وی را از آن چه اراده کرده بود باز داشتی. (همان، ۹۱) ابن منظور نیز می گوید: (حکموه بینهم): به او امر کردند که حکم کند و گفته می شود (حکما فلانا فیما بیننا) یعنی حکمیت او را در بین خود جایز دانستیم. (ابن منظور، لسان العرب، ۱۴۲، ۱۲)

در اصطلاح فقهی قاضی تحکیم عبارت است از این که دو طرف دعوا فردی را که واجد شرایط حکم دادن است - جزاین که از طرف امام (ع) منصوب نباشد - بین خود حکم قرار دهند. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۳، ۳۳۲) همین تعریف را می توان در کتب بزرگان دیگری نیز یافت. (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳، ۴۱۹ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ۴، ۸۶)

با توجه به این تعریف به نظر می رسد که بین معنای لغوی و اصطلاحی قاضی تحکیم فاصله چندانی وجود ندارد؛ با این توضیح که قاضی تحکیم، می بایست واجد شرایط حکم دادن باشد تا بتواند بین طرفین داوری نماید. چنین فردی نباید از طرف امام برای قضاوت منصوب شود چرا که در غیر این صورت قاضی منصوب خواهد بود. اما حکم در معنای لغوی مشروط به این شرایط نیست و به هر داوری که دو طرف دعوا جهت داوری او را برگزینند صدق می کند.



یکی از علمای معاصر، قضاوت تحکیمی را مشروط به حکم دادن نمی‌داند بلکه معتقد است رضایت طرفین در آن کافی می‌باشد. ایشان می‌نویسد: «دو نفر که با هم در امر مالی یا غیرمالی دعوا و اختلاف نمایند و با هم توافق کنند برای فیصله دادن به اختلاف، یک نفر را به عنوان حکم و داور انتخاب نموده نزد آن شخص اختلاف خود را مطرح نمایند و به آن چه وی حکم کند رضایت دهند، البته شخص منتخب، غیرقاضی منصوب از ناحیه امام باشد، این فعل یعنی حکم گردانیدن دو نفر شخص ثالث را، تحکیم می‌گویند و آن شخص ثالث را قاضی تحکیم می‌نامند یعنی قاضی که با تحکیم و انتخاب دو نفر متخاصم برگزیده شده است.» (محمدی گیلانی، قضا و قضاوت در اسلام، ۶۲)

با توجه به آنچه در مورد قضاوت تحکیمی آمد می‌توان گفت که منظور از قضاوت خصوصی، خصوصی‌سازی امر قضاوت در قالب قاضی تحکیم است بر این اساس، اصحاب دعوا می‌توانند بدون مراجعه به دستگاه قضایی با انتخاب فرد واجد شرایط ولی غیرمنصوب با پرداخت تعرفه دادرسی که از طرف وزارت دادگستری معین می‌گردد به حل و فصل دعاوی خویش می‌پردازند.

در این روش، پذیرش و معرفی قضات برعهده دستگاه قضایی بوده و نیز دستگاه قضایی بر فعالیت آنان نظارت خواهد داشت. البته احراز شرایط در افراد و معرفی آنها به معنای انتصاب برای قضاوت نیست بلکه دادرسی آنان منوط به رضایت اصحاب دعوا و گستره‌ی دادرسی آنان نیز با قضات منصوب و مأذون تفاوت خواهد داشت. (نجفی، سیستم قضائی خصوصی، ۱۳۹)

مشروعیت قضاوت خصوصی براساس نهاد تحکیم

با توجه به ارتباط قضاوت خصوصی و تحکیمی، مشروعیت قضاوت خصوصی را می‌توان براساس مشروعیت نهاد تحکیم تبیین کرد. از این رو در این قسمت از مقاله، پیرامون ادله‌ی موافقین و مخالفین مشروعیت قضاوت تحکیمی بحث و بررسی به عمل خواهد آمد.

قائلین به مشروعیت قضاوت خصوصی براساس تحکیم، برای ادعای خود دلایل متعددی را مطرح نموده‌اند که در ادامه مورد بررسی قرار خواهند گرفت.



الف: آیات

قائلین به مشروعیت آن، به آیه شقاق و دو دسته دیگر از آیات کلام خدا استناد جسته‌اند که در اینجا آنها را ذکر می‌نمائیم:

۱- آیه شقاق یا نشوز

از جمله آیاتی که بر مشروعیت قاضی تحکیم به آن استناد شده آیه شقاق است خداوند در این آیه می‌فرماید: «ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهلہ و حکما من اهلها ان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما ان الله کان علیہما خبیراً» (نساء، ۳۵) ترجمه: اگر از جدایی و شکاف میان آنها (زوجین) بیم دارید، داوری از خانواده شوهر و داوری از خانواده زن انتخاب کنید (تا آنها به کارشان رسیدگی نمایند) اگر این دو داور تصمیم به اصلاح داشته باشند خداوند کمک به توافق آنها می‌کند زیرا خداوند دانا و آگاه است.

پاره‌ای از فقها معتقدند اصولاً اصل تشریح تحکیم از این آیه ناشی می‌شود. (معرفت، تقریرات درس خارج قضا، ۲۸) اما آن چه به طور اجمال در اینجا لازم است گفته شود این است که در مورد نفوذ حکم آنها در مورد زوجین، بعضی از فقها حکم آن دو حکم هرچه باشد را لازم‌الاجرا دانسته‌اند و ظاهر در تعبیر به «حکم» در آیه فوق همین معنی است زیرا مفهوم حکمیت نفوذ حکم است ولی بیشتر فقها نظر حکمین را تنها در مورد سازش و رفع اختلاف میان دو زوج، لازم‌الاجرا دانسته‌اند و حتی گفته‌اند اگر حکم آنها مبنی بر جدایی باشد نافذ نیست زیرا ذیل آیه اشاره به مسأله اصلاح دارد.

۲- عموم آیات وجوب امر به معروف و نهی از منکر

فقهای زیادی جهت اثبات مشروعیت به قضاوت تحکیمی از آیاتی که دلالت بر وجوب امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند، استناد کرده‌اند زیرا حداقل یکی از طرفین دعوا می‌خواهد منکری را مرتکب و قاضی تحکیم با حکم دادن از این کار جلوگیری می‌کند. (حائری، القضاء فی الفقه، ۱۶۲)

یکی از علما در تأیید استدلال به این آیات می‌نویسد: «می‌توان به آیاتی که درباره امر به معروف و نهی از منکر نازل شده بر مشروع بودن قاضی تحکیم استدلال نمود زیرا فیصله دادن به



نزاع طرفین و ریشه اختلاف آنها را از بین بردن کاری است که قرآن به آن امر فرموده است.» (محمدی گیلانی، قضا و قضاوت در اسلام، ۶۳)

نقد و بررسی: مخالفین استناد به این آیات، در پاسخ گفته‌اند که: ادله امر به معروف مقتضی دادرسی و حکومت نیست و در عین حال ادله‌ای که اذن امام(ع) را شرط قضاوت می‌دانند عموماً مذکور را تخصیص زده‌اند. (نجفی، جواهرالاکلام، ۴۰، ۲۶) به بیان دیگر این که عموم ادله‌ی امر به معروف و نهی از منکر تمام موارد را شامل می‌شود مگر مسأله قضا را، که نیاز به اذن از طرف ولایت دارد و در این مورد حکماً از عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر خارج است.

۳- **عموم آیاتی** که ما را از حکم به غیر از آن چه از طرف خدا نازل شده نهی و امر به حکم به عدل و حق می‌کند. از جمله آیاتی که فقها در این قسمت از دلایل خویش به آن تمسک جسته‌اند می‌توان به آیات ذیل اشاره نمود:

خداوند در قرآن می‌فرماید: «و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون» (مائده، ۴۴) ترجمه: کسانی که براساس آن چه خداوند نازل کرده حکم نمی‌کنند کافر هستند. و در آیات دیگر آنها را ظالم (مائده، ۴۵) و یا فاسق (مائده، ۴۷) نامیده است. همچنین در خصوص امر به حکم نمودن براساس عدل به آیه «اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» (نساء، ۵۸) یعنی هنگامی که بین مردم قضاوت می‌کنید به عدل حکم کنید، استناد شده است.

وجه استدلال به این دسته از آیات: این آیات کسانی را که در هنگام داوری به موازین الهی حکم نمی‌کنند - به این که آنان کافر، ظالم و فاسق هستند - تهدید می‌کند. علیهذا طرفین نزاع که از شخص ثالث تقاضای حکمیت می‌کنند چنانچه نپذیرند مشمول تهدید آیات فوق هستند پس بر آن شخص واجب است که بپذیرد و میان طرفین نزاع و دعوا به داوری بنشیند و لزوماً داوری او نیز نافذ است. یعنی طرفین دعوا هر حکمی را که قاضی منتخب آنان می‌نماید باید قبول کنند. (محمدی گیلانی، قضا و قضاوت، ۶۳)

یکی دیگر از محققین در این خصوص می‌نویسد: «از این آیات، اصل جواز داوری و تحکیم از طرف مردم استفاده می‌شود بدون این که شرطی از شرایط قاضی منصوب در آن اخذ شود.



همچنین نصب از جانب امام در آن وجود ندارد و به تحقیق گفته شده که این آیات اشاره به قاضی تحکیم دارد.» (حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی، ۱۶۲)

نقد و بررسی: استدلال به این آیات نیز قابل مناقشه است زیرا این آیات در مقام بیان شرایط داوران نیستند تا بتوان به اطلاق آنها تمسک جست، بلکه فقط درصدد بیان این موضوع اند که احکام صادره می‌بایست مبتنی بر عدالت و مستند به احکام الهی باشد و ناظر به شرایط دیگر از قبیل نصب نیستند. (همان، ۱۶۲) در عین حال می‌توان گفت بر فرض قبول اطلاق و عمومیت، این آیات با ادله‌ای که اذن امام (ع) را در قضاوت شرط می‌داند مقید شده یا تخصیص خورده‌اند.

ب: روایات

فقه‌های عظام برای اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی به روایاتی چند استناد جسته اند که در ذیل به - آنهايي که دلالتشان بر مطلب بیشتر است - اشاره خواهد شد.

۱- روایت داود بن حصین

«داود بن الحصین عن ابی عبد... (ع) قال: فی رجلین اتفقا علی عدلین جعلهما بینهما فی حکم وقع بینهما فیه خلاف. فرضیا بالعدلین فاختلف العدلان بینهما عن قول ایهما یمضی الحکم؟ قال ینظر الی اقلهما و اعلمهما باحدیثنا و اورعهما فینفذ حکمه و لایلتفت الی الاخر» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۸، ۸۰) ترجمه: داود بن حصین از امام صادق می‌پرسد در موردی دو فرد توافق می‌کنند بر این که به دو نفر عادل مراجعه نمایند تا بین آنها داوری کنند در خصوص موردی که اختلاف پیدا کردند و آن دو نفر را حکم قرار می‌دهند. آن دو نیز هر کدام حکمی غیر از حکم دیگری صادر می‌کند از حضرت سؤال می‌شود حکم کدامیک قابل اجراست؟ امام فرمودند توجه می‌شود به آن فردی که افقه، اعلم به احادیث ما و با تقواتر است و حکم او نافذ می‌باشد و به حکم دیگری توجه نگردد.

در این روایت قید «فرضیا بالعدلین» آمده، و این قید فقط در قاضی تحکیم متصور است که با رضایت طرفین، قاضی حق داوری نمودن دارد. اما در قاضی منصوب چنین قیدی قابل تصور نیست و او حق داوری دارد اگرچه طرفین راضی نباشند. همچنین وجود تعبیری مثل «اتفقا علی



عدلین جعلهما...» که در حدیث آمده، در غیر قاضی تحکیم قابل تصور نمی‌باشد. (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸، ۱۲۰)

۲- صحیحہ ابی خدیجہ

سومین روایتی که در اینجا ذکر می‌شود، صحیحہ ابی خدیجہ سالم بن مکرم است که امام صادق (ع) به او فرمودند: «یاکم ان یحاکم بعضکم بعضاً الی اهل الجور و لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضیا فتحاکموا الیه» (حرعاملی، وسایل الشیعه، ۱۸، ۴) ترجمه: دوری کنید از این که اختلافات خود را به قضات جور ارجاع دهید و لکن توجه کنید به فردی از خودتان که چیزی از قضایا و علوم ما را می‌داند پس او را از بین خودتان قاضی قرار دهید بدرستی که من هم او را قاضی قرار دادم.

آیت ... خویی در این خصوص بیان می‌دارد: «صحیح این است که گفته شود این روایت ناظر به نصب ابتدای قاضی نیست به خاطر این فراز از سخن امام که فرمودند: فانی قد جعلته قاضیاً که متفرع است بر قسمت قبل روایت - فاجعلوه بینکم - و آن قاضی است که از طرف متخاصمین انتخاب شده. پس نتیجه مستفاد از روایت این است کسی را که طرفین دعوا قاضی قرار دهند امام هم او را قاضی قرار می‌دهد؛ لذا دلالتی بر نصب ابتدایی قاضی ندارد.»

از جمله فقهای عظامی که به این روایت برای مشروعیت قضاوت تحکیمی تمسک جسته اند می‌توان از محقق حلی (حلی، شرایع الاسلام، ۴، ۸۶۰)، شهید ثانی (شهیدثانی، مسالک الافهام، ۱۳، ۳۳۴) و فاضل هندی (هندی، کشف اللثام، ۲، ۳۲۰) نام برد.

۳- حیجہ حلبی

روایت دیگری که به آن استدلال شده صحیحہ حلبی است. این روایت نیز از امام صادق (ع) نقل می‌شود که حلبی از امام می‌پرسد «قلت لابی عبدا... ربما کان بین الرجلین من اصحابنا المنازعه فی الشی فیتراضیان برجل منا فقال لیس هو ذاک انما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط» (حرعاملی، وسایل الشیعه، ۱۸، ۵) ترجمه: از امام صادق (ع) سؤال کردم چه بسا بین

دو نفر از شیعیان ما در مورد چیزی اختلاف و نزاعی رخ می‌دهد آن دو تراضی می‌کنند به فردی از شیعیان مراجعه تا بین آنان داوری کند (آیا این عمل آنها مراجعه به جور است) امام فرمود این چنین نیست زیرا او (قاضی جور و طاغوت) کسی است که مردم را با شمشیر و تازیانه بر حکم خویش مجبور می‌کند.

استدلال به این روایت روشن است چرا که وقتی از امام درباره‌ی قاضی که توسط طرفین و با رضایت آنها انتخاب شده است سؤال می‌شود امام آن را تأیید می‌فرماید. پرواضح است نقش رضایت طرفین در انتخاب قاضی فقط در قاضی تحکیم قابل تصور است نه قاضی منصوب. به عبارت دیگر امام پاسخ شبهه‌ای را که در ذهن سائل بود دادند زیرا او تصور می‌کرد این مورد داوری - تحکیم که با رضایت طرفین انتخاب می‌شود - هم از مواردی است که ممنوع شده است؛ لذا امام پاسخ دادند که این طور نیست و مورد منهی عنه آن موردی است که قاضی مردم را با شمشیر بر حکم مجبور کند یعنی قضاوت جور که دستی در قدرت داشته و امام با عبارت «لیس هو ذاک» آنها را از هم تفکیک نمود.

این روایت را فقهای چون آیت ا... حائری (حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی، ۱۵۸) و آیت ا... خویی (خوئی، مبانی تکمله المنهاج، ۱، ۹) به آن برای اثبات مشروعیت قاضی تحکیم استناد جسته اند و آیت ا... خویی آن را از نظر سند صحیح و معتبر می‌داند. (همان)

۳- مقبوله عمر بن حنظله

از جمله روایاتی که بسیار بدان جهت اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی استناد شده است مقبوله عمر بن حنظله می‌باشد.

«قال عمر بن حنظله سالت ابا عبدا... عن رجلین من اصحابنا بینهما منارعه فی دین او میراث فتحاكما الی السلطان و الی القضاة یحل ذلک؟ قال من تحاکم الیهما فی حق او باطل فانما تحاکم الی الطاغوت و ما یحکم له فانما یأخذ سحتاً و ان کان حقاً ثابتاً لانه اخذ بحکم الطاغوت و قد امر... ان یکفر به قال ا... تعالی یریدون ان یتحاكما الی الطاغوت و قد امرنا ان یکفروا به (۱) قلت کیف یصنعان قال ینظر ان من کان ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حالنا و حرامنا و عرف



احكامنا فليرضوا به حكما فانی قد جعلته عليكم حكما فاذا حكم بحكمننا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم... الى ان قال قلت فان كان كل واحد اختار رجلا من اصحابنا فرضيا ان يكونا الناظرين في حقهما و اختلافاً في حكم و كلاهما اختلافاً في حديثكم فقال الحكم ما حكم به اعدلهما و افقهما و اصدقهما في الحديث و اورعهما ولا يلتفت الى ما يحكم به الاخر... «(حر عاملی، وسایل الشیعه، ۱۸، ۷۵) ترجمه: از امام صادق(ع) در مورد دو نفر از یاران ما که بین آنها درگیری در دین یا میراث به وجود آمده بود و حکمیت را به سلطان یا قاضی برده بودند سؤال کردم که آیا این جایز است؟ امام فرمودند: هر کسی در حق یا باطل برای حکمیت به ایشان مراجعه کند حکمیت طاغوت را پذیرفته و آن چه او برایش حکم کند باطل است اگرچه حق وی باشد. زیرا او به واسطه حکم طاغوت آن را به دست آورده که این مخالف امر الهی است. زیرا خداوند متعال می‌فرماید می‌خواهند تا تحاکم را نزد طاغوت ببرند در حالی که امر شده به آنان کافر شوند. گفتم پس چه کار کنند؟ فرمود بنگرند که چه کسی از ایشان (نساء، ۶۰) احادیث ما را روایت می‌کند و به حلال و حرام ما توجه دارد و احکام ما را می‌شناسد در این صورت حکمیت وی را بپذیرند چه من نیز او را بر شما حکم قرار می‌دهم و هر گاه حکم کند به حکم ما، و از او نپذیرند حکم خدا را کوچک شمرده‌اند. گفتم اگر هر یک شخصی از اصحاب را اختیار کند و طرفین دعوا راضی شوند که آن دو ناظر بر حقشان باشد و آنها (حکم) اختلاف داشته باشند تکلیف چیست؟ فرمود: حکمیت آن که عادل‌تر، صادق‌تر در حدیث و با تقواتر باشد مورد قبول است و به حکم دیگری توجه نمی‌شود.

در استدلال به روایت مزبور به این قسمت از روایت استناد شده که امام فرمودند «فانی قد جعلته عليكم حاکما» من او را حاکم بر شما قرار دادم. آن هم متفرع بر قسمت قبل روایت است که فرمودند «فلیرضوا به حکما» حکمیت وی را بپذیرند. بنابراین معنای دو جمله چنین می‌شود: کسی که شما برای داوری و حکمیت انتخاب می‌کنید و به آن رضایت می‌دهید امام هم آن را قاضی قرار می‌دهد و این چیزی جز قاضی تحکیم نیست. اگر مراد آن قاضی منصوب باشد خود امام ابتداءً آن شخص را به عنوان داور منصوب می‌کردند و رضایت طرفین در آن نقشی نداشت.

یکی از بزرگان به ذیل روایت چنین استناد نموده است که: «راوی از امام سؤال می‌کند فان كان كل واحد اختار رجلا پس اگر هر یک کسی را به عنوان حکم قرار دهند، ایشان در مورد این

قسمت از روایت می‌نویسد: پس به تحقیق در قسمت آخر روایت دارد که هر کدام از طرفین دعوا فردی را انتخاب می‌کند طبعاً این فرض منطبق با قاضی منصوب نیست بلکه مراد قاضی تحکیم است. «موسوی اردبیلی، فقه القضا، ۱۱۰)»

شایان ذکر است بزرگانی چون علامه حلی (حلی، قواعد الاحکام، ۳، ۳۱۹ - حلی، ارشادالاذهان، ۲، ۱۳۸) و فخر المحققین (فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۴، ۶۲۹) به این روایت تمسک جسته‌اند.

۵- وایت ابوبصیر

«عن ابی بصیر عن ابی عبدا... (ع) قال فی رجل کان بینه و بین اخ له مماراه فی حق فدعاه الی رجل من اخوانه لیحکم بینه و بینه فأبى إلا ان یرافعه الی هولاء. کان بمنزله الذین قال ... عزوجل الم تر الی الذین یزعمون انهم آمنوا بما انزل الیک و ما انزل من قبلک یریدون ان یتحاكموا الی الطاغوت و قد امروا ان یکفروا به» (حر عاملی، وسایل الشیعه، ۱۸، ۳) ترجمه: از امام صادق (ع) سؤال شد در مورد مردی که بین او و بردارش در حقی کشمکش بود آن گاه مطلب را برای حکمیت نزد یکی از برادرانش بردند او امتناع کرد و اصرار داشت که به قضاوت جور مراجعه کنند حضرت فرمود ابن بمنزله آن کسانی است که خداوند عزوجل در مورد ایشان فرمود آیا ندیدی کسانی را که گمان می‌کنند به آن چه بر تو و پیامبران قبل از تو نازل شد ایمان آوردند و تصمیم گرفتند که به طاغوت مراجعه کنند و حال آن که امر شده‌اند به طاغوت کافر باشند.

با توجه به اطلاق روایت، استدلال شده است فردی که قرار بود به او مراجعه کنند - تا بین آنها قضاوت نماید - مقید به هیچ قید و شرطی به جز شیعی بودن نبود. از طرف دیگر مقتضای اطلاق نیز، صحت تحاکم نزد رجل شیعی است اگر چه منصوب نباشد بلکه حتی اگر واجد سایر شرایط نباشد. (حائری، ۱۴۱۵، ۱۵۸)

شایان ذکر است روایت دیگری نیز قائلین مشروعیت قاضی تحکیم آورده‌اند که به خاطر ضعف سند و دلالت آن بر قاضی تحکیم از آوردن آن در اینجا خودداری می‌کنیم (حر عاملی، وسایل الشیعه، ۱۸، ۸۸) و آیت ... حائری آنان را کاملاً در خصوص مشروعیت تحکیمی رد نموده‌اند.



(حائری، القضا فی الفقه الاسلامیه، ۱۶۰)

ج: سیره

یکی از مهمترین دلایلی که بر مشروعیت قاضی تحکیم خصوصاً از طرف اهل سنت اقامه شده، سیره پیامبر(ص) و صحابه او است به عبارت دیگر در صدر اسلام چنین بوده است که مردم در اختلافات و منازعات خود به قاضی تحکیم مراجعه می کردند. تمام اصولیین سیره متشرع‌ای که متصل به صدر اسلام باشد و هیچ‌گونه منعی از طرف پیامبر و معصومین(ع) از آن نشده باشد آن را حجت می دانند؛ لذا برای اثبات اصل موضوع به سراغ کلمات فقها می رویم.

شهیدثانی در این زمینه مقرر می دارد: «در زمان اصحاب پیامبر، تحکیم تحقق پیدا کرده و کسی با آن مخالفت نمی کرد.» (شهیدثانی، ممالک الافهام، ۱۳، ۳۳۲)

یکی دیگر از محققین با تأکید بر همین معنا می نویسد: «و تحقیقاً در زمان صحابه پیامبر تحکیم واقع شده و احدی از آنها تحکیم را منع نکردند.» (سبزواری، کفایه الاحکام، ۲۶۲)

علمای دیگری نیز وقوع تحکیم در زمان صدر اسلام را مورد تأکید قرار داده اند که برای روشن شدن مطلب، به ذکر یک نمونه از کتب روایی اهل سنت و یک نمونه از کتب شیعی بسنده می کنیم.

یکی از محققین اهل سنت می نویسد: «از ابی البختری نقل شد به این که یک فرد عرب صحرائی نزد عثمان بن عفان رضی الله عنه آمد و گفت پسر عموهای تو به شترهای من حمله کردند پیه‌های آنها را قطع نمودند و بچه شترش را خوردند: عثمان به او گفت من شتری مثل شترت و بچه شتری مثل بچه شترت به تو می دهم مرد صحرائی گفت در این موقع آن را به بیابان برسانم چربی‌ها و پیه‌ها آن از بین می رود و بچه شتر می میرد. بعضی از مردم عبدالله بن مسعود را به او معرفی کردند مرد صحرائی به عثمان گفت: عبدالله بن مسعود بین من و تو داوری کند عثمان هم قبول کرد؛ لذا عبدالله گفت نظر من این است که در بیابان شتری مثل شترش و بچه شتری مثل بچه شترش به او داده شود و عثمان پذیرفت و این کار را انجام داد.» (السرخسی، المبسوط، ۱، ۵۳ و ۵۲)



با توجه به آن چه آمد، ملاحظه می‌شود که عثمان و آن مرد اعرابی عبدالله بن مسعود را به عنوان حکم و داور میان خود انتخاب کردند و او بین آنها حکم صادر نمود؛ لذا مسأله خاتمه یافت و کسی مانع این امر نشد. این مطلب به خوبی نشان این نوع داوری در آن زمان متداول بوده و مردم غالباً دعاوی خود را از طریق حکمیت حل و فصل می‌نمودند.

در کتب روایی شیعی از امام محمد باقر(ع) نقل شده است که حضرت فرمودند: مردی اعرابی نزد پیامبر (ص) آمد و ادعا کرد که ۷۰ درهم در مقابل شتری که به او فروخته از پیامبر(ص) طلب دارد. پیامبر (ص) فرمود: آن را قبلاً پرداخت کرده‌ام. اعرابی گفت بین من و خودت یک نفر را قرار ده تا داوری کند. آن گاه مردی از قریش به طرف آنها آمد. رسول خدا فرمود بین ما حکم کن. آن مرد به اعرابی گفت چه ادعایی علیه پیامبر داری؟ گفت هفتاد درهم در قبال شتری که به او فروخته‌ام. آن گاه مرد گفت ای رسول خدا شما چه می‌گویید؟ پیامبر(ص) فرمود قبلاً به او پرداخته‌ام. آن مرد به اعرابی گفت تو چه می‌گویی؟ گفت نپرداخته است. مرد به رسول خدا(ص) گفت آیا شاهدی داری که به او پرداخته‌ای به فرمود خیر. مرد به اعرابی گفت: آیا سوگند می‌خوری که حقت را نگرفته‌ای؟ گفت آری! آن گاه رسول خدا(ص) فرمود باید مردی را به حکمیت بطلبیم که بین ما به حکم خدای متعال داوری کند. آنگاه علی(ع) به همراه یک مرد قریشی به محضر رسول خدا(ص) وارد شد. سپس علی(ع) فرمود: موضوع چیست یا رسول خدا(ص)؟ پیامبر(ص) فرمود ای ابا الحسن بین من و این مرد اعرابی حکم کن. علی(ع) گفت ای اعرابی چه ادعایی علیه رسول خدا(ص) داری؟ گفت ۷۰ درهم به خاطر قیمت شتری که به او فروخته‌ام. آن گاه عرض کرد شما چه می‌گویید ای رسول خدا؟ فرمود من قیمتش را به او پرداخته‌ام. پس علی(ع) فرمود ای مرد اعرابی آیا رسول خدا در آن چه که گفت صادق بود مرد اعرابی گفت خیر. چیزی به من پرداخت نکرد. آنگاه علی(ع) شمشیرش را خارج کرد و گردنش را زد. رسول خدا(ص) فرمود یا علی چرا چنین کردی؟ عرض کرد ای رسول خدا ما شما را در امر و نهی خدا و بهشت و جهنم و ثواب و عقاب و وحی الهی تصدیق کرده و بر صداقت شما شهادت می‌دهیم حال چگونه شما را به خاطر قیمت شتری تصدیق نکنیم. من او را کشتم زیرا وی شما را تکذیب کرد و وقتی از او پرسیدم آیا رسول خدا(ص) در گفته‌اش صادق است گفت خیر. چیزی به



من پرداخت نکرده، و آن گاه رسول خدا فرمود درست داوری کردی ای علی، ولی دیگر چنین مکن. سپس علی(ع) رو به مرد قریشی که همراه او بود کرد و فرمود این حکم خدا بود نه حکم من. (حرعاملی، وسایل الشیعه، ۱۸، ۲۰۰)

بر اساس روایت مزبور بعضی از اصحاب با این که قاضی نبودند توسط پیامبر و آن مرد اعرابی به عنوان حکم قرار گرفتند و این دلالت بر جواز حکمیت و مشروع بودن آن دارد و در صورت مشروع نبودن این عمل، نه پیامبر کسی را برای این کار معرفی می کرد و نه این که امام علی(ع) آن را می پذیرفت.

نقد و بررسی: در پاسخ به این استدلال فوق گفته شده است: بعد از رحلت رسول خدا(ص) اوضاع اجتماعی و سیاسی چنان دگرگون شد که بسیاری از ارزش‌ها تبدیل به ضد ارزش گردید. از جمله، نهادهای حقوقی نیز واژگونه شد بنابراین، عمل صحابه نمی تواند کاشف از استمرار همان نهاد حقوقی باشد که به امضای شارع مقدس رسیده است. (نجفی، جواهر الکلام، ۴۰، ۲۶)

به نظر می رسد این استدلال در خصوص مواردی که در زمان رسول خدا (ص) اتفاق افتاد و ایشان ردع و منعی نمودند قابل تسری است زیرا ایشان وقتی طرفین دعوا شخصاً به سراغ یکی از مسلمانان جهت حل و فصل اختلافات خود می رفتند مانع آنان نمی شد و حتی خود پیامبر(ص) نیز برای حل منازعات شخصی خود، به قاضی تحکیم مراجعه نموده است چنانچه یکی از آن موارد را پیش از این، یادآور شده ایم.

د: اجماع

یکی دیگر از دلایل مشروعیت قضاوت تحکیمی تمسک به اجماع است. مسأله اجماع ظاهراً اولین بار در کلمات شیخ طوسی در خصوص اثبات مشروعیت قاضی تحکیم مطرح شده است و ایشان در کتاب خلاف بعد از این که مسأله قاضی تحکیم را مطرح و مشروعیت آن را تأیید می کند در مقام استدلال می گوید «و دلیلنا اجماع الفرقه» (طوسی، الخلاف، ۲۴۲، ۲۴۳)

بعضی از علما آن را دلیل منحصر به فرد دانسته و می نویسند: به درستی که ظاهر بعضی از

عبارات علما دلالت بر تحقق اجماع بر این مسأله می کند. (نجفی، جواهر الکلام، ۴۰، ۲۹)

در عبارات بعضی از علما تعبیراتی به کار رفته که از مفهوم آنها اجماع بدست می‌آید؛ مثل: اختلافی نیست؛ و یا مخالفی وجود ندارد؛ و امثال این تعبیرات. یکی از محققین به همین معنا اشاره دارند و مقرر می‌دارد: «که در کتاب مسالک و کفایه آمده که علما در این مسأله مخالفی ذکر نکردند و در کتاب ریاض آمده است علما در این مسأله اصلاً خلافی نقل ننموده‌اند.» (حائری، القضا فی الفقه الاسلامی، ۱۶۳)

نقد و بررسی: در پاسخ می‌توان گفت که ادعای اجماع بر اصل مسأله که تحکیم باشد صورت نگرفته بلکه شیخ طوسی ادعای اجماع، بر نقل روایات کردند که از آن روایات، جواز قضا به تحکیم استفاده می‌شود. این اجماع، حدسی است و اجماع بر اصل مسأله تحکیم نمی‌باشد، علاوه بر این، وقتی دلایل دیگری بر قاضی تحکیم وجود داشته باشد، اجماع اعتباری نخواهد داشت زیرا اجماع مدرکی بوده و حجیت ندارد. گذشته از آن چه بیان شد، بسیاری از فقهای متقدم در کتاب‌های خود اشاره‌ای به قاضی تحکیم نکردند به همین خاطر اساساً اجماعی در مسأله صورت نگرفته است.

ه: بنای عقلا یا سیره عقلائیة

بعضی از محققین برای مشروعیت قاضی تحکیم به سیره عقلائیة استناد کردند و مقرر می‌دارند: بنای عقلا و سیره آنها بر داوری به تحکیم است به این ادعا که بنای عقلا دال بر تنفیذ حکم قاضی تحکیم است مادامی که مترافعان رضایت دارند علی‌رغم این که از ناحیه امام (ع) منصوب نبوده و از طرف شرع تعیین نشده باشند. این عدم منع، دلیل برامضا شرع است. (همان، ۱۶۳)

یعنی مردم - مسلمان و غیر مسلمان - اختلافات خود را از طریق داوری و تحکیم حل و فصل می‌نمایند. این مسأله اختصاص به مسلمانان ندارد بلکه غیرمسلمانان نیز از این روش استفاده می‌کنند و شرع مقدس هم آن را منع نکرده است؛ لذا بنای عقلا دلیل محکم بر مشروعیت آن است.

و: ادله وفای به شرط

آخرین دلیلی که بعضی از فقها آن را مطرح نموده‌اند ادله‌ی و فای به شرط است. به این بیان



که، طرفین دعوا با هم شرط نمودند که حکم قاضی تحکیم را بپذیرند حال یا به صورت شرط فعل یا بنابر نفوذ آن به نحو شرط نتیجه. پس در هر صورت بر آنها واجب است که به داوری او گردن نهند یا داوری او را نافذ بدانند به این خاطر که وفا به شرط واجب است. (همان، ۱۶۱)

نقد و بررسی: به دلیل فوق این گونه می توان نقض وارد نمود که شرط ابتدایی بنابر نظر مشهور نافذ نیست زیرا ماهیت شرط مستقل نیست بلکه می بایست در ضمن امر دیگری تحقق یابد، بنابراین گرچه طرفین راضی به حکمیت شخص ثالث شده اند و با یکدیگر مشارطه نموده اند، اما تا وقتی که این مشارطه در ضمن امر دیگری نباشد مشروعیت نخواهد داشت. علاوه بر این اگر بخواهیم تحاکم و مرافعه را همیشه به مشارطه بر گردانیم واضح نیست و این دلیل بیانگر نفوذ شرط است نه نفوذ قضا فی نفسه؛ لذا منحصر می شود در محدوده مباحات، و در اثر اثبات زوجیت و نفی آن و مشابه اینها که با شرط نمی توان آنها را ثابت کرد مؤثر نیست بلکه لازم است در اثبات اینها به خود ادله احکام شرعی مراجعه نمود. (همان، ۱۶۱)

با توجه به آن چه گذشت، می توان مشروعیت قضاوت خصوصی را بر اساس آیه شقاق، صحاح ابی خدیجه و حلبی، روایات ابوبصیر و داود بن حصین، مقبوله عمر بن حنظله و بنای عقلا به اثبات رساند.

ادله مخالفین مشروعیت قضاوت خصوصی براساس نهاد تحکیم

مخالفین قضاوت تحکیمی برای اثبات مدعای خود، به دو آیه، یک روایت و یک قاعده استناد جسته اند که در ذیل آنها را بیان خواهیم نمود.

الف: آیات

۱- آیه ۵۹ سوره نساء

«یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولوالامر منکم فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و رسوله ان کنتم مومنون». ترجمه: ای کسانی که ایمان آوردید خداوند و پیامبر و صاحبان امرتان را اطاعت کنید پس اگر در مورد چیزی اختلاف پیدا کردید آن را به خدا و رسول خدا برگردانید.



۲- آیه ۶۵ سوره نساء

«فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدون في انفسهم حرجاً مما قضيت و سلموا تسليماً». ترجمه: پس نه به حق پروردگار تو که ایمان نخواهند داشت تا این که تو را حکم قرار دهند در آن چه اختلاف شود میانشان، پس در خودشان ناخشنودی از آن چه حکم کردی نیابند و گردن نهند.

وجه استدلال به دو آیه فوق: مقصود از ارجاع اختلافات به خدا و رسول او در آیه اول و داور قرار دادن آن حضرت در آیه دوم، این است که رسول خدا(ص) یا کسانی که او نصب نموده است مرجع حل اختلاف یا داوری قرار داده شوند(همان، ۱۶۵) و کسی غیر از آنها مشروعیت داوری و حکم ندارد. به تعبیر دیگر؛ آیه دوم در بیان مقام قضایی پیامبر است و مؤمنان حقیقی را کسانی می‌داند که در اختلاف خود «فیما شجر بینهم» تنها پیامبر یا منصوب از سوی او را قاضی یا داور قرار دهند و از طرح دعوا نزد غیر پیامبر یا منصوب از سوی او اجتناب نمایند بنابراین رجوع به قاضی تحکیم غیر مشروع است.

نقد و بررسی آیه اول: معنای ارجاع به خدا و رسول، ارجاع به کتاب و سنت پیامبر(ص) است و مقصود از تنازع، اختلاف در دستورات و قوانین کلی اسلامی است که تشریح آن به عهده‌ی خداوند و پیامبرش می‌باشد و عدم ذکر اولی‌الامر در قسمت دوم آیه، دلیل استنباط مذکور است. زیرا در قسمت دوم آیه می‌فرماید «فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و رسوله ان کنتم مومنون» در این قسمت اخیر آیه، رد به اولی‌الامر ذکر نشده است و این خود دلیل است که منظور اختلافات قضایی و حکومتی نیست زیرا مرجع حل اختلاف قضایی فقط خدا و رسول نیست بنابراین مقصود از آیه مذکور، ارجاع اختلافات قضایی و حکومتی به خدا و رسول نیست.

با توجه به مطالب فوق، دلالت آیه مذکور بر عدم مشروعیت قضایی تحکیم جداً محل اشکال است زیرا که آیه اصلاً ناظر به اختلافات قضایی نیست.

نقد و بررسی آیه دوم: واژه شجر به معنای اختلافی شدید است به گونه‌ای که بین اصحاب دعوی سخنان تند و تیز رد و بدل شود بنابراین، آیه ظهور در این دارد که اختلافات مهم را نزد رسول خدا مطرح کنند اما در مورد سایر اختلافات خصوصی، خانوادگی و ساده، ساکت است در



نتیجه نمی‌توان به عدم مشروعیت قاضی تحکیمی که بر طبق رضایت طرفین، مستند به احکام رسول خدا(ص)، در قلمرو اختلافات ساده و خصوصی حکم می‌دهد استناد کرد. (فرقانی، قاضی تحکیم، ۵۵)

ب: روایت سلیمان بن خالد

قائلین به عدم مشروعیت قاضی تحکیم به روایت سلیمان بن خالد از امام صادق(ع) استناد کرده‌اند که ایشان فرمودند: «اتقوا الحکومه فان الحکومه انها هی للامام العالم بالقضا العادل فی المسلمین لنبی و وصی نبی» (حرعاملی، وسایل الشیعه، ۷، ۱۸). ترجمه: از داوری بهره‌یزید که همانا داوری کردن به امام عدالت گستر و عالم به قضاوت که پیامبر یا وصی اوست اختصاص دارد.

حکم به نبی و وصی او منحصر شده است و حاکم باید نبی یا وصی یا منصوب از جانب یکی از این دو باشد. این مطلب با فرض امضا حکم توسط قاضی تحکیم که در آن تراضی طرفین نقش دارد و او از این طریق منصوب می‌شود تناسب ندارد (حائری، القضا فی الفقه الاسلامیه، ۱۶۵) و سیاق حدیث با این فرض که شارع، حکم شخصی مرضی الطرفین را امضا کند، منافات دارد. به تعبیر دیگر، سیاق حدیث نشان می‌دهد که شارع حکم شخص مرضی الطرفین را به صرف انتخاب و بدون نصب نافذ و جایز نمی‌داند.

نقد و بررسی: حصر در این روایت حصر حقیقی نیست زیرا اگر حصر حقیقی می‌بود تمامی دادرسی‌ها جز دادرسی پیامبر و امام(ع) باید باطل باشد. حال آن که قطعاً این گونه نیست و حدیث تنها در مقام بیان شأن و عظمت مقام قضاوت می‌باشد و به هیچ وجه ناظر بر قاضی تحکیم نیست تا در اثبات یا نفی آن مورد استناد قرار گیرد. (فرقانی، قاضی تحکیم، ۵۶) هم‌چنین حکومت در این روایت انصراف به منصب حکومت دارد نه مجرد حکم دادن؛ لذا نمی‌توان برای اثبات عدم مشروعیت قضاوت خصوصی به آن تمسک جست.

ج: خلاف اصل بودن تحکیم

یکی دیگر از دلایلی که مخالفین به آن استناد کرده‌اند خلاف اصل بودن تحکیم است. ظاهراً

مقصود آنها از اصل، اصل عدم ولایت است یعنی هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد (لا ولایه لاحد علی احد) ولایت و حاکمیت مطلق از آن خداوند و کسانی است که او به آنها اذن داده باشد. این اصل، اصل قطعی و مسلم بوده و دلایل متعددی بر اعتبار آن اقامه شده است، از جمله در آیه ۵۷ سوره انعام آمده: «ان الحکم الا لله یقضی الحق و هو خیر الفاصلین» ترجمه: حکم جز خدا را نخواهد بود بحق دستور دهد و او بهترین حکم فرمایان است. در آیه ۲۰ سوره غافر نیز می خوانیم: «والله یقضی بالحق و الذین تدعون من دونه لا یقضون بشی» ترجمه: خدا در عالم به حق حکم می کند و غیر از او آن چه به خدایی می خوانند هیچ حکم و اثری در جهان نمی تواند داشته باشد. و در روایتی از امام صادق آمده است که حضرت فرمودند: «والحکم لایصح إلا باذن من الله و برهانه» ترجمه: قضاوت جز با اجازه خداوند و برهان او صحیح نیست. (منتظری، مبانی حکومت اسلامی، ۳، ۲۳۰ و ۲۲۹)

حال با توجه به این که حاکمیت از آن خدا و مأذونین از طرف اوست خروج مورد خاص از این اصل، نیازمند دلیل قطعی است و ادله ظنی غیر معتبر نمی تواند این اصل را تخصیص بزند. در خصوص قاضی تحکیم نیز انتخاب طرفین موجب ولایت وی بر اصحاب دعوی می شود، در حالی که اصل عدم ولایت است و دلیل قطعی بر خروج این مورد از اصل مذکور، وجود ندارد.

نقد و بررسی: اصل عدم ولایت می باشد. این که تنها حاکم مطلق و حقیقی در جهان هستی خداوند متعال است تردید ناپذیر است اما این گونه نیست که خداوند سبحان بدون اسباب جهان را اداره کند خداوند علاوه بر دادن حاکمیت به پیامبر و ائمه (ع) انسان ها را بر سرنوشت خویش حاکم کرده است وجود آیات فراوان در مورد مسئولیت انسان، تحذیر و تشویق وی، منوط کردن تغییر و تحول در امت ها به تحول در خویشتن «ان الله ما ینغیر ما بقوم حتی ینغیروا ما بانفسهم» (رعد، ۱۱) نشان می دهد که حاکمیت انسان بر سرنوشت خود در محدوده ای احکام خداوند به رسمیت شناخته شده است.

با توجه به مطالب فوق می توان گفت: خداوند انسان را بر سرنوشت خویش حاکم قرار داده است به گونه ای که در پرتو آن می تواند معاملات خود را تنظیم، بسیاری از حقوق خود را اسقاط کند یا در اموال خود تصرفات کند و سرانجام رضایت بدهد که قاضی تحکیم دعوا و اختلاف او را



فیصله دهد. به تعبیر دیگر، اصل، آزادی انسان است. انسان می‌تواند هر تصمیمی را که مخالف با قوانین آمره و نظم عمومی نباشد اتخاذ کند. رجوع به قاضی تحکیم نیز در محدوده‌ی همین اصل است. (فرقانی، قاضی تحکیم، ۵۷)

شهید ثانی در جواب خلاف اصل بودن قاضی تحکیم می‌گوید: در استدلال ایشان اشکال وجود دارد زیرا این استدلال موجب نفی ولایت قاضی منصوب و نفی رأی و نظر او نیز می‌شود (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱۳، ۳۳۲) چرا که او هم مشمول این اصل است یعنی اصل اولیه، ولایت او را هم نفی می‌کند.

البته ناگفته نماند که استناد به اصل به عنوان دلیل تام نیست چرا که اصل، دلیل نیست و زمانی اصل مورد استناد قرار می‌گیرد که دلیل لفظی مانند آیه و روایت و یا دلیل لیبی مانند اجماع وجود نداشته باشد و به تعبیر اصولیین، اصل زمانی دلیل است که دلیلی نباشد. بنابراین وقتی مثبتین قاضی تحکیم اقامه دلیل کردند دیگر وجهی ندارد که به این اصل استناد کرد مگر این که تمام ادله آنها را رد نموده سپس به این اصل استناد شود.

مشروعیت قضاوت خصوصی

براساس آنچه آمد، مشروعیت قضاوت تحکیمی با توجه به آیات، روایات و سایر ادله، محل تردید نیست و می‌توان بر اساس آن مشروعیت قضاوت خصوصی را اثبات نمود.

همان‌طور که در تعریف قضاوت خصوصی آمد، می‌توان این نوع قضاوت را مشابه قضاوت تحکیمی دانست. به همین خاطر جهت اثبات مشروعیت آن، می‌توان از ادله‌ای که به واسطه آن مشروعیت قضاوت تحکیمی به اثبات رسید، استفاده نمود.

یکی از مواردی که به عنوان ادله اثبات قضاوت تحکیمی مطرح شد، آیه شقاق بود. وقتی که بتوان دعوی زوجین را نزد بستگان آن دو که ممکن است، اطلاعات فقهی و حقوقی لازم نداشته باشد، مطرح نمود، به طریق اولی طرح دعوی مزبور نزد قاضی خصوصی، که می‌بایست از شرایطی خاص جهت احراز این منصب برخوردار باشد، می‌توان مطرح کرد.

شایان ذکر است قضاتی که به عنوان قاضی خصوصی برگزیده می‌شوند، علاوه بر شرایطی

که در قاضی تحکیم متصور است مانند، عقل بلوغ، عدالت و... می‌بایست حداقل لیسانس فقه یا حقوق بوده، یا مدرک معادل آن از حوزه را داشته باشد قاعدتاً چنین شخصی به قضاوت اولی از کسی است که فقط مرضی‌الطرفین می‌باشد.

دلیل دیگری که می‌توان در اثبات مشروعیت قضاوت خصوصی با بهره‌گیری از ادله قضاوت تحکیمی مطرح کرد قیودی است که در روایت داود بن حصین، صحیحه ابی خدیجه، صحیحه حلبی، مقبوله عمر بن حنظله و... آمده نیز می‌تواند مؤید ادعای ما مبنی بر مشروعیت قضاوت خصوصی باشد. توضیح این که در روایت داود بن حصین بر روی دو نکته، یکی «اتفقا علی عدلین» و دوم «فرضیا بالعدلین» تأکید شده است. پرواضح است دو قید فوق‌الذکر همان‌طور که در قضاوت تحکیمی متصور بود در قضاوت خصوصی نیز می‌آید و دلیلی هم بر منع آن وجود ندارد. در صحیحه ابی خدیجه، امام (ع) نصب قاضی تحکیم را متفرع بر رضایت طرفین دانسته است؛ لذا با تنقیح مناهات، در قضاوت خصوصی نیز صادق است. به این معنا که علت ارجاع طرفین به قاضی تحکیم در روایت مزبور، رضایت طرفین بوده نه به دلیل وجود خصوصیت خاص در قاضی تحکیم و این مبنا در قضاوت خصوصی تحقق دارد.

روایات دیگر مانند صحیحه حلبی، مقبوله ابن حنظله و... نیز عمدتاً برای اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی روی رضایت طرفین تأکید شده است و این امر چنان چه گذشت در قضاوت خصوصی می‌آید.

سیره پیامبر (ص) و اصحاب وی بر این بود که در دعاوی حکم تعیین می‌کردند و از طرف آن بزرگواران ردع و منعی در این خصوص وارد نشده است. همین سیره در قضاوت خصوصی نیز به عنوان حکم مطرح می‌باشد، زیرا فرقی بین حکم قرار گرفتن قاضی خصوصی و قاضی تحکیم نیست زیرا حکمیت یعنی فصل خصومت از طریق شخصی که طرفین بر حکم او رضایت دارند. از جمله مهمترین ادله مشروعیت قضاوت (در همه اشکال آن) بنا و سیره عقلی است. زیرا در تمام ادوار تاریخ، برای حل خصومات به اشخاصی که مورد وثوق طرفین دعوا بود مراجعه می‌شد و از طرف شارع مقدس نیز منعی ذکر نشده است. با توجه به این که شارع خود اعقل عقلا بوده و در پاره‌ای از موارد به قاضی تحکیم رجوع نموده است، می‌توان به این نتیجه رسید مشروعیت قضاوت

خصوصی نیز که تفاوت‌های بنیادین با قاضی تحکیم ندارد مورد پذیرش عقلا و من جمله شارع مقدس خواهد بود.

نتیجه‌گیری:

از مجموعه مباحثی که طرح گردید می‌توان به این نتیجه رسید که قضاوت خصوصی از مشروعیت لازم برخوردار می‌باشد و ادله‌ای که در اثبات نهاد تحکیم بکار رفته، از جمله آیه شقاق، صحیحی‌ابی‌خدیجه و... در اینجا نیز قابل استناد است و همچنین ادله‌ی مخالفین که در این مقاله مورد نقد و بررسی قرار گرفت، توانایی مقابله با ادله‌ی موافقین را نداشته و ندارد.

فهرست منابع:

۱. قرآن مجید.
۲. اصفهانی، بهالدین محمد (فاضل‌هندی) **کشف اللثام**، مکتبه‌آیت‌الله العظمی‌المرعشی‌النجفی، قم، (۱۴۰۵).
۳. افریقی‌المصری‌ابی‌الفضل‌جمال‌الدین (ابن منظور)، **لسان العرب**، دار احیا التراث، بیروت، (۱۴۰۵).
۴. افشار، سید محسن، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، انتشارات جهاد دانشگاهی، (۱۳۷۴).
۵. ابن فارس، ابوالحسین احمد، **معجم مقاییس اللغة**، مکتب الاعلام الاسلامی، (۱۴۰۳).
۶. ابن هشام، **سیره النبویه**، سید هاشم رسولی، چاپ اسلامی، تهران، (بی‌تا).
۷. بحرآبادی، ابوالقاسم، **سخنی پیرامون خانه انصاف**، مجله حقوق امروز، شماره ۳ و ۴، (۱۳۴۲).
۸. جبعی‌العاملی‌جواد، زین‌الدین (شهید ثانی) **الروضه البهیة**، انتشارات داوری قم، چاپ اول، (۱۴۱۰).
۹. _____، **مسالك الافهام**، مؤسسه المعارف الاسلامی، چاپ اول (۱۴۱۶).
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد، **صحاح**، دارالعلم، بیروت، (۱۴۰۷).
۱۱. حائری، سید کاظم، **القضا فی الفقه الاسلامی**، مجمع فکر الاسلامی، قم، چاپ اول (۱۴۱۵).
۱۲. حرعاملی، شیخ محمد بن الحسن، **وسایل الشیعه**، دار احیا التراث، بیروت، (بی‌تا).
۱۳. حلی، جعفر، **شرایع الاسلام**، انتشارات استقلال، قم، (۱۴۰۹)، چاپ اول.
۱۴. حلی، حسن، **قواعد الاحکام**، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول (۱۴۱۳).
۱۵. _____، **ارشاد الاذهان**، جامعه مدرسین، قم (۱۴۱۰)، چاپ اول.



۱۶. حلی، محمد بن حسن (فخر المحققین) **ایضاح الفوائد**، موسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول (۱۳۸۹).
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم، **مبانی تکمله المنهاج**، قم، (۱۴۰۷).
۱۸. سبزواری، محمدباقر، **کفایه الاحکام**، مهر، قم، (بی تا).
۱۹. سرخسی، شمس الدین، **المبوسط**، بی تا، (بی تا).
۲۰. سنگلجی، محمد، **قضا در اسلام**، دانشگاه تهران، تهران، (۱۳۳۸).
۲۱. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، دراک، تهران، (۱۳۸۴).
۲۲. شهلا، مهدی، **خانه انصاف**، مجله کانون وکلا، شماره ۱۷۴، (۱۳۸۰).
۲۳. صادقی، محمد هادی، **قضا زدایی در حقوق جزای اسلامی**، مجله تخصصی هیات و حقوق (۱۳۸۴) شماره ۱۵ و ۱۶.
۲۴. طباطبایی، سید علی، (صاحب ریاض) **ریاض المسائل**، موسسه ال بیت، قم (۱۴۰۴).
۲۵. طباطبایی، سید محمد حسین، **تفسیر المیزان**، مؤسسه نشر اسلامی، (۱۴۰۲).
۲۶. طبری، ابن جریر، **تاریخ الامم و الملوک**، موسسه الاعلمی، بیروت (۱۸۷۹ م).
۲۷. طحان، حجت اله، **قاضی تحکیم**، دانشگاه تهران، (۱۳۷۶).
۲۸. طوسی، ابن جعفر محمد بن الحسن، **الخلافا**، موسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول (۱۴۱۷).
۲۹. عاملی، شمس الدین محمد (شهید اول) **الدروس الشرعیه**، موسسه النشر اسلامی، قم، چاپ اول (۱۴۱۴).
۳۰. فراهیدی، خلیل ابن حمد، **کتاب العین**، موسسه دارالهجره، (۱۴۰۹).
۳۱. فرقانی، محمد کاظم، **قاضی تحکیم**، دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۷۸).
۳۲. کاشانی، سید محمود، **بررسی حقوقی لایحه شورای حل اختلاف و نهاد قاضی تحکیم**، مجله کانون وکلا، شماره ۱۹۲ و ۱۹۳، (۱۳۸۵).
۳۳. قماش، محمد سعید، **قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت**، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۰ (۱۳۷۶).
۳۴. محمدی گیلانی، محمد، **قضا و قضاوت در اسلام**، قم، (بی تا).
۳۵. معرفت، محمد هادی، **تقریرات درس خارج قضا**، دارالعلم، قم، (۱۳۷۲).
۳۶. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، **فقه القضا**، موسسه نشر دانشگاه مفید، قم، چاپ اول، (۱۴۰۸).

۳۷. منتظری، حسینعلی، **مبانی حکومت اسلامی**، محمود صلواتی، نشر تفکر، تهران، چاپ اول (۱۳۷۰ ش).
۳۸. نجفی، زین العابدین، **سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم در فقه شیعی**، مقالات و بررسی‌ها، تهران، (۱۳۸۴)، دفتر ۷۷.
۳۹. نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر) جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامی، (۱۳۶۲).

