

فقه و اجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی
سال یازدهم، شماره بیست و یکم (بهار و تابستان ۱۴۰۳)



صاحب امتیاز:

مرکز فقهی ائمه اطهار

مدیر مسئول:

آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی

سردبیر:

علی نهبانندی

دبیر تحریریه:

محمدرضا محمودی

دبیر اجرایی:

مهدی مقدادی داودی

ویراستار:

محمدعلی اکبری

مترجم انگلیسی:

علی رشیدآبادی

مترجم عربی:

حبیب ساعدی

طراح:

حمیدرضا پورحسین

صفحه آرا:

محسن شریفی

هیئت تحریریه به ترتیب حروف الفبا

- جعفر بستان (نجفی) (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- سید جواد حسینی گرگانی (استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم و مدرس دانشگاه)

- محمدجعفر طیبی (مدرس دانشگاه و استاد حوزه علمیه قم)

- سید علی علوی قزوینی (دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی)

- محمدجواد فاضل لنکرانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- محمدرضا فاضل کاشانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- محمد قائینی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)

- سید محمد نجفی یزدی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)

- علی نهبانندی (استاد خارج حوزه علمیه قم)

- سعید واعظی (استاد خارج حوزه علمیه قم)

دوفصلنامه فقه و اجتهاد بر اساس نامه شماره ۱۲۱۲۳
شورای اعطای مجوزها و امتیازهای شورای عالی حوزه‌های
علمیه در جلسه مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ از شماره دهم به رتبه
علمی - پژوهشی ارتقا یافته است.

نمایه شده در پایگاه‌های:

Magiran (بانک اطلاعات نشریات کشور)

Noormags (پایگاه مجلات تخصصی نور)

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار

معاونت پژوهش، دفتر فصلنامه فقه و اجتهاد

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴

دورنگار: ۰۲۵ - ۳۷۷۳۰۵۸۸

سامانه فصلنامه: www.mags.markafeqhi.com

پست الکترونیکی: mags@markazfeqhi.com

قیمت: ۴۰۰۰۰۰ ریال

Validation of Arbitration from the Perspective of Ahl al-Bayt Jurisprudence (peace be upon them)

*Ali Jahanian*¹

*Ali Mohammad Hakimian*²

*Naser Nikkho Amiri*³

*Mohammad Ali Ghasemi*⁴

Abstract

Arbitration is one of the important methods of dispute resolution in domestic and international law. The traces of this legal institution can also be found in Imamiyyah jurisprudence, known among jurists as the appointed judge (qadi tahkim). Imamiyyah jurists have resorted to religious evidence from the Quran, Sunnah, and consensus to legitimize arbitration under the title of appointed judge. The present research, using an analytical-descriptive method and library data collection tools, answers the question: What is the basis of arbitration in Imamiyyah jurisprudence? Should the appointed judge have all the conditions of an appointed judge, or is having some conditions of an appointed judge sufficient? The findings of this research show that the majority of jurists, citing verse 35 of Surah An-Nisa, consider the basis of arbitration to be appointment and have considered all conditions of an appointed judge necessary for the appointed judge as well. It should be said that the evidence of the majority of jurists does not have the power to prove all the conditions of an appointed judge, including ijtehad, for the appointed judge. Well-known narrations such as the narration of Abu Khadijah and Halabi also indicate that ijtehad is not a

-
1. University and Qom Seminary instructor, Corresponding author; jahanian280@gmail.com.
 2. Assistant Professor in the Law Department of the Research Institute of Hawzah and University; amhakimyan@yahoo.com
 3. Assistant Professor in the Department of Jurisprudence and Principles at Al-Mustafa International University (peace be upon him and his family); amin107962.nikkho@yahoo.com
 4. Director of the Medical Jurisprudence Group at the Center for Subject Studies and the Jurisprudential Center of Imams (peace be upon them), and instructor at seminary and university; ghasemimohammad110@gmail.com.

condition for the appointed judge. Therefore, the conditions of an appointed judge cannot be considered a condition for the appointed judge; rather, it is sufficient for the arbitrator to have jurisprudential-legal knowledge, which is compatible with both ijtiḥād and non-ijtiḥād. Hence, the narration of Abu Khadijah is presented as a specific separate reason causing the specification of narrations that generally consider ijtiḥād and knowledge of the judge as a condition. Therefore, the common ground between the appointed judge and arbitration is in religious matters, which both arbitration in the traditional sense and in the modern sense rely on in this meaning.

Keywords: Arbitration, Appointed Judge, Legitimacy, Narration of Abu Khadijah, Ijtiḥād.

فقه و اجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی
سال یازدهم، شماره بیستم و یکم (بهار و تابستان ۱۴۰۳)
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۲
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۵

اعتبارسنجی حکمیت از دیدگاه فقه اهل بیت علیهم السلام

علی جهانیان^۱
علی محمد حکمیان^۲
ناصر نیکخو امیری^۳
محمدعلی قاسمی^۴

چکیده

داوری یکی از روش‌های مهم حل اختلاف در حقوق داخلی و بین‌المللی است. رد پای این نهاد حقوقی را می‌توان در فقه امامیه نیز یافت که با عنوان قاضی تحکیم بین فقیهان به شهرت رسیده است. فقیهان امامیه برای مشروعیت‌دادن به داوری با عنوان قاضی تحکیم به ادله شرعی قرآن، سنت و اجماع تمسک جستند. پژوهش حاضر به روش تحلیلی - توصیفی و ابزار گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای، به این پرسش پاسخ می‌دهد که مبنای حکمیت در فقه امامیه چیست؟ آیا قاضی تحکیم باید دارای کلیه شرایط قاضی منصوب باشد یا این‌که داشتن برخی شرایط قاضی منصوب کافی است؟ یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که مشهور فقیهان با استناد به آیه ۳۵ سوره نساء مبنای حکمیت را تحکیم دانسته‌اند و تمام شرایط قاضی منصوب را برای قاضی تحکیم نیز شرط می‌دانند. باید گفت: ادله مشهور فقیهان توان اثبات کلیه شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد را برای قاضی تحکیم ندارد. روایات معروف مانند روایت معروف ابی خدیجه و حلبی نیز بر عدم شرط اجتهاد در قاضی تحکیم دلالت دارد؛ بنابراین نمی‌توان شرایط قاضی منصوب را برای قاضی تحکیم شرط دانست، بلکه همین‌که حکم‌داری دانش فقهی - حقوقی باشد کفایت می‌نماید که هم با اجتهاد و هم با غیر اجتهاد

۱. مدرس دانشگاه و حوزه علمیه قم، نویسنده مسئول؛ jahanian280@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه؛ amhakimyan@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و اصول جامعه المصطفی العالمیه علیهم السلام؛ amin107962.nikkho@yahoo.com

۴. مدیر گروه فقه پزشکی مرکز موضوع‌شناسی و مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام و مدرس حوزه و دانشگاه؛ ghasemimohammad110@gmail.com

سازگاری دارد. از این رو، روایت ابی خدیجه به عنوان دلیل خاص منفصل سبب تخصیص روایاتی که به طور عام اجتهاد و علم قاضی را شرط می‌دانند مطرح می‌شود. بنابراین، ماده اجتماع بین قاضی تحکیم و داوری، در مسائل شرعی است که چه داوری به معنی سنتی و چه به معنای نوین در این معنا تکیه زده است. واژگان کلیدی: داوری، قاضی تحکیم، مشروعیت، روایت ابی خدیجه، اجتهاد.

مقدمه

پیامبر اعظم بعد از هجرت از مکه به مدینه، فصل جدیدی را در تبلیغ رسالت خود آغاز نمودند. آن حضرت در اولین اقدام خود بعد از ورود به مدینه، به تشکیل جامعه و حکومت اسلامی پرداختند. جامعه اسلامی از آن زمان تا به امروز، در حال پیمودن مراحل تکامل خود است و در زمانه ما، یک جامعه بالنده و دارای نظام حاکمیتی متحد و منسجم شکل گرفته است. یکی از اهداف عالی پیامبر و ائمه معصومین علیهم السلام در جامعه اسلامی، اجرای عدالت، کم کردن اختلافات و تنش‌های بین شهروندان و به سامان رساندن دعاوی مردم نسبت به حقوق خود است؛ تحقق این مهم، نیازمند شکل‌گیری نظام قضایی است که در عین رسیدگی به دعاوی مردم، از مراجعه زیاد آنها به محاکم و دادگاه‌ها بکاهد. یکی از موضوعاتی که موجب کاهش جدی در مراجعه به دادگاه خواهد شد، رجوع به داور در دعوا است که خود آثار مهمی در روند پرونده دعوا خواهد داشت. آنچه که در فقه امامیه پیرامون داوری به بحث نشسته، معادل آن یعنی قاضی تحکیم است. با ایجاد بسترهای مناسب برای تحقق قاضی تحکیم بر اساس ضوابط فقهی و مقررات حقوقی کشور، می‌توان فرهنگ عدالت‌محوری را در جامعه گسترش داد و مراجعه به محاکم را به حداقل رساند. در این تحقیق با موضوع داوری در فقه امامیه که به معنای قاضی تحکیم معنا شده، سعی شده گامی در تحقق آرمان اجرای عدالت قضایی برداشته شود. از این رو سؤال اصلی در این پژوهش آن است که با بررسی مبانی نظری در فقه امامیه، جایگاه قاضی تحکیم تبیین شود تا مقدار همسان‌سازی بین دو واژه داوری و قاضی تحکیم معلوم گردد و در نتیجه رابطه داوری به معنای سنتی و داوری به معنای نوین مشخص گردد. تا به حال در خصوص حکمیت و داوری، به ویژه با رویکرد فقهی و حقوقی،

مطالب متعددی نگارش یافته است؛ از جمله:

۱. بررسی فقهی داوری (مریم عیسوی، تهران، انتشارات قانون یار، ۱۳۹۸). با وجود عنوان فقهی، مباحث فقهی خیلی اندک بحث شده است. در این کتاب ضمن بررسی مفاهیم، به شرایط داوری، مرجع رسیدگی و بطلان و زوال داوری از منظر فقه و حقوق اشاره شده است.

۲. واکاوی داوری در اعتقادات عام و خاص بشری با رویکرد فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران (منصور صفری مقدم و دیگران، مطالعات حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۲، پاییز ۱۴۰۰). در این مقاله به بررسی فقهی و حقوقی داوری با رویکرد مصادیق حق و باطل پرداخته است.

۳. جایگاه نهاد داوری در حقوق ایران با مؤسسه فقهی (محمد رحیم بهبهانی، مبانی فقهی حقوق اسلامی، دور ۲، شماره ۱۸، بهمن ۱۳۹۵) در این پژوهش ضمن مفهوم‌شناسی به تاریخچه، وجوب یا استحباب داوری، شرایط داوری از منظر فقه و حقوق بحث شده است.

۴. همچنین در فقه نیز فقیهان امامیه در کتاب القضاء به این مباحث اشاره کردند؛ از جمله مسالک الأفهام (به قلم زین الدین بن علی معروف به شهید ثانی، ۱۴۱۳ق) و سید عبدالکریم موسوی اردبیلی در کتاب فقه القضاء (قم، مؤسسه النشر الجامعه المفید، ۱۴۲۳ق) و برخی فقیهان دیگر در فقه القضاء خود به این مباحث هرچند به صورت اندک اشاره داشته‌اند. اما ضروری می‌نمود که مبانی داوری را از دیدگاه فقه امامیه مورد کاوش فقهی قرار دهیم.

۱. مفهوم‌شناسی

از مفاهیم اصلی در این پژوهش، واژه «داور» و «قاضی تحکیم» هستند. داور در اصل دادور بوده، یعنی صاحب داد. داور کسی است که میان مردم حکم و داوری می‌کند (معین، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴۹۳) یا کسی که برای داوری انتخاب شده است. در اصطلاح عبارت است از: «فصل خصومت توسط یک یا چند نفر، به طریق فصل خصومت دادگاه‌های رسمی. موضوع ارجاع به داوری اعم است از آنچه قابل ارجاع به دادگستری باشد یا خیر» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۳). اما مراد از قاضی تحکیم قاضی گماشته شده اصحاب دعوی است. کسی که بدون اذن امام علیه السلام یا بدون نصب

از جانب وی، برابر تراضی طرفین خصومات و مشاجرات آنان را رسیدگی می‌نماید. به قاضی تحکیم، داور نیز گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ص ۵۱۱). برخی فقیهان مفهوم قاضی تحکیم را حمل بر مفاهیم لغوی و عرفی آن نموده‌اند و گفته‌اند: «من يجعله المتخاصمان حکما بینهما و یرضیان بحکمه؛ کسی که طرفین دعوا او را داور بین خود قرار می‌دهند و رضایت به حکمش دارند» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۰، ص ۲۷).

۲. مبانی مشروعیت داوری در فقه امامیه

بدیهی است که تشخیص هر نهاد فقهی منوط به بررسی و تعیین مبانی فقهی آن است. در مورد اینکه مبانی داوری چیست، فقیهان امامیه برای مشروعیت آن به آیات، سنت و اجماع تمسک جسته‌اند. در ذیل، ادله مربوطه را مورد کاوش فقهی قرار داده شده و سپس نظریه مورد نظر بیان خواهد شد.

۲-۱. قرآن

اولین دلیلی که برای مشروعیت قاضی تحکیم و داوری به آن استدلال شده، آیه ۳۵ سوره نساء است: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا»؛ «و اگر از جدایی و شکاف میان آن دو (همسر) بیم داشته باشید، یک داور از خانواده شوهر و یک داور از خانواده زن انتخاب کنید (تا به کار آنان رسیدگی کنند). اگر این دو داور تصمیم به اصلاح داشته باشند، خداوند به توافق آنها کمک می‌کند؛ زیرا خداوند، دانا و آگاه است (و از نیات همه، با خبر است)» (نساء/۳۵).

مشهور فقیهان امامیه با در نظر داشت این آیه، بر این نظر هستند که مبنای داوری، قاضی تحکیم است (طوسی، ۱۳۸۷ ج ۸، ص ۳۶۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ج ۲۴، ص ۶۲۹). شهرت این نظریه به حدی است که یافتن مخالف برای آن دشوار است. همان‌طور که شیخ طوسی در المبسوط آن را موافق و مقتضای مذهب شمرده است (طوسی، المبسوط، ج ۴، ص ۳۴۰). ایشان در ذیل آیه مذکور چنین استدلال می‌نماید: «ظاهر از آیه شریفه تحکیم است نه توکیل. در تحکیم، حکمین این اختیار را دارند که هر تصمیمی در راستای مصلحت و قوام زندگی زوجین اتخاذ نمایند و تنها در جایی که

تصمیم حکمین به جدایی و طلاق زوجین منتهی گردد، باید از زوجین اجازه مخصوص داشته باشند و غیر از آن نیاز به اذن و اجازه از زوجین ندارد. چه اینکه در آیه نفرموده که طرفین وکیلی را انتخاب کنند و اساساً خطاب ناظر به طرفین نیست تا برداشت وکالت صحیح باشد، بلکه خطاب متوجه کسان و نزدیکان طرفین است. در حالی که اگر بحث از وکالت بوده باید خطاب به طرفین می‌شد. پس از آن، دیدگاه خود را به اجماع و اخبار خصوصاً خبر عبیده بن سلیمان تقویت نموده و تثبیت می‌کند» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۱۵). همچنین علامه حلی نیز ظاهر قول امامیه در راستای تحلیل آیه شریفه، انتصاب حکمین توسط حاکم و قاضی دانسته و از شیخ صدوق نقل می‌کند: «یختار الرجل رجلاً و المرأة رجلاً. و الأصل فی ذلک أنّ البعث إن کان علی سبیل التحکیم، تولّاه الحاکم، و إن کان علی سبیل التوکیل، تولّاه الزوجان.» (حلی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۳۹۵). ایشان در ادامه دو نظر از قاضی ابن براج نقل می‌کند، یکی از کتاب «المهذب» مبنی بر این که موضوع آیه را از باب تحکیم دانسته است و دیگری در کتاب «الکامل فی الفقه» که به توکیل بودن آیه شریفه اعتقاد پیدا کرده است. مرحوم علامه در نقد کلام قاضی بیان داشته است که: افراد رشید در صورت امتناع از پرداخت دیون اجبار می‌شوند و حاکم می‌تواند در اموال آنها تصرف نماید و زوجین هم اگر چه رشید هستند اما حکمین آن دو که به عنوان دو قاضی تحکیم اظهار نظر می‌نمایند می‌توانند در مورد اموالشان بدون اذن و اجازه از آنان تعیین تصمیم نمایند (حلی، همان، ص ۳۹۶). سرانجام برخی از فقیهان در خصوص مدرک مشروعیت قاضی تحکیم فرمودند اصل مشروعیت داور و قاضی تحکیم در قرآن به حکم آیه شریفه ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (نساء/۳۵) است. (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۹۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۱۹۶). در مورد نظر اخیر باید گفت: اگر منظور مرحوم کاشف‌الغطاء انحصار مشروعیت قاضی تحکیم در آیه نشوز باشد، تمام نیست؛ زیرا اشکالاتی به این آیه، مبنی بر این که قاضی تحکیم و داور گماشته اصحاب دعوی است، وارد است، در حالی که به گواهی الفاظی چون «ان خفتم» و «فابعثوا» تعیین حکم توسط جمعی صورت می‌گیرد که از ناحیه آیه شریفه، تکلیف بر ایجاد صلح و سازش دارند که قاضی تحکیم، به لحاظ وصف قضایی که

دارد، می‌تواند در طلاق و جدایی نیز اخذ تصمیم نماید؛ اگر چه گفته شود که جدایی و طلاق خود یک نوع سازش است. بنابراین حکمیت مورد نظر آیه الزاما مترادف با قاضی تحکیم نبوده، بلکه به معنای اعمال یک نوع داوری عام جهت ایجاد صلح و سازش و یا فصل خصومت به طریق ایجاد سازش می‌باشد. ازاین‌رو آیه شریفه، خروج موضوعی از محل بحث خواهد داشت. در هر حال، طرفداران این نظریه برای اثبات دیدگاه خود دلایل ذیل را اقامه نموده‌اند:

۱. دلیل تطبیق داوری بر تحکیم واژه «حکم» است که در آیه ۳۵ سوره نساء آمده است: «دلیل ما سخن خداوند متعال است که فرمود: «فابعثوا حکماً...» این جمله ظهور در حکمیت تحکیم دارد. چرا که خداوند نفرمود: «فابعثوا وکیلاً» (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۱۶).

۲. هرگاه خطابات قرآن در مقام تبیین احکام به صورت مطلق باشد، به امامان و قضات انصراف دارند. مثل خطاب «والسارق والسارقه فاقطعوا ایدیهما...» (مائده / ۳۸) و «الزانیه و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما...» (نور: ۲). در آیه ناظر بر بحث حاضر نیز خطاب مطلق است و مخاطب آن زوجین نیستند. بدین ترتیب، داوران وکلای زوجین نیستند. همچنین خطاب در آیه ناظر بر بحث حاضر متوجه زوجین نیستند؛ چرا که اگر متوجه زوجین می‌بود، باید این‌طوری می‌فرمود: «فابعثوا وکیلاً» و حال آنکه فرموده است: «فابعثوا حکماً».

۳. در بخشی از آیه مبارکه مورد بحث فرموده است: «آن یریدو اصلاحاً یوفق الله بینهما» (نساء/۳۵). از این قسمت استنباط می‌شود که حکمین یا داوران، وکلای زوجین نیستند؛ زیرا به اصطلاح علم نحو فاعل فعل «یریدا» در این جمله حکمین است و حال آنکه اگر حکمین وکلای زوجین می‌بودند، از لازمه‌اش این بود که فعل اراده به زوجین اضافه می‌شد که نشده است.

۴. حکم حکمین به جز در افتراق نافذ است و همین ویژگی دلیل آن است که حکمین وکلای زوجین نیستند؛ برای اینکه اگر آنان وکلای زوجین باشند، در کلیه تصمیم‌های خویش بایستی بر مبنای نظر و رأی موکلان خود عمل نمایند. (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۱۶).

۵. به باور برخی فقیهان، تحکیم مقتضای مذهب و تسمیه حکم است و آنچه در کتاب و سنت و فتوی آمده است، تحکیم است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۲۱۴). به بیان دیگر در مذهب امامیه این نوع حکمیت از نوع تحکیم و انتخاب حاکم است و نه انتخاب وکیل و نیز آنچه از لفظ حکم و حکمیت قابل فهم است، توکیل نیست بلکه تحکیم و برگزیدن حاکم است.

۶. وکیل ملزم به حفظ منافع و رعایت غبطه و صلاح موکل خود است و حال آنکه حکمین مکلف به حق‌گذاری و دادرسی هستند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۴۳۷)

۸. وکیل نایب موکل خود است؛ اما حکم و قاضی تحکیم شخصیت مستقل در مقابل اصحاب دعوی دارند (همان). بنابراین با توجه به دلایلی که گفته شد، حکمیت نمی‌تواند دارای ماهیت توکیل باشند.

۲ - ۱ - ۱. اقتضائات نظریه قاضی تحکیم

هرگاه نظریه تحکیم به عنوان مبنای حکمیت پذیرفته شود، پیامدهای ذیل را به همراه خواهد داشت که عبارتند از:

۱. رعایت شرایط قضاوت؛ یعنی: «در قاضی تحکیم همان شرایط قضاوت منسوب از سوی امام شرط است» (حلی، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۸۶۱؛ همو، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۳۸؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۶۸؛ همو، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۶۸؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱۲، ص ۱۷).
۲. اعتبار قضایی رأی حکمین؛ رأی حکمین دارای اعتبار قضایی است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۷)؛ زیرا اولاً این رأی بر طرفین دعوا نافذ و لازم الاجراست و ثانیاً وقتی قاضی رأی صادر می‌کند، جز در موارد خاص نمی‌تواند از رأی خود عدول نماید. ثالثاً قضاوت دیگر نیز نمی‌توانند رأی صادره را نقض کند یا همان موضوع را مجدداً رسیدگی کنند و حکم صادر نمایند. حال، چنانچه حکمیت و داوری نیز دارای ماهیت قضایی باشد، رأی حکمین نیز همین اعتبار را خواهد داشت (هدایت‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۱۷۶).

۲ - ۱ - ۲. نقد نظریه تحکیم

به نظر می‌رسد با وجود اینکه مشهور فقیهان امامیه قائل به نظریه تحکیم به‌عنوان مبنای مشروعیت داوری شده‌اند، بنا به دلایل ذیل نمی‌توان آن را پذیرفت:

۲-۱-۲-۱. ضعف دلیل

به نظر می‌رسد ادله اقامه شده بر تحکیم بودن ماهیت حکمیت توان اثبات آن را ندارد. نهایتاً می‌تواند این امر را اثبات نماید که حکمین وکیل طرفین نیستند. هم‌چنانی که از لحن کلام برخی فقیهان (شیخ طوسی) چنین استنباط می‌گردد که ایشان بیشتر در صدد نفی احتمال وکالت بوده است. بدیهی است که با نفی احتمال وکالت نمی‌توان نظریه قضاوت را استنباط کرد؛ زیرا میان این نفی و اثبات لازمه وجود ندارد. ممکن است قائل به این شد که ماهیت حکمیت نه تحکیم است و نه توکیل، بلکه دارای ماهیت سوم است. به بیان دیگر این چنین نیست که هرگاه کسی گفت: حکمین قاضی نیستند، پس باید پذیرفت که آنها وکیل هستند.

۲-۱-۲-۲. عدم اثبات مساوی بودن شرایط حکمین و قضات

هیچ دلیلی وجود ندارد که ثابت نماید شرایط حکمین همان شرایط قضات است، بلکه باید اظهار داشت که نمی‌توان برای حکمین تمامی شروط قضات را لازم شمرد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص ۲۳۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۹۷). بر اساس نظریه تحکیم، حکم باید مجتهد باشد و پذیرش آن، داوری را با دشواری مواجه خواهد کرد. بدین ترتیب، چنانچه کسی حکمیت را همان قضاوت دانست، در این صورت می‌بایست به این راه حل ملتزم شود که در انتخاب و گزینش حکم، شرایط قضات تحکیم رعایت گردد؛ البته تا حدی که منجر به عسر و حرج نگردد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۷۸) و در هر جایی که با قاعده عسر و حرج در تزامن واقع شود، قاعده عسر و حرج بر آن حاکم خواهد بود.

همچنین قاضی در جایی قابل تصور است که شاکی خصوصی وجود داشته باشد تا محل برای تراضی و توافق شاکی با متهم موجود گردد و الا قاضی تحکیم بی‌معنا خواهد بود (شاهد ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۲۳). برخی از فقیهان در این خصوص استدلال نموده‌اند: «صلاحیت قاضی تحکیم ناظر بر حقوق انسان است. از این رو این نهاد مبتنی بر نصب طرفین دعواست. به همین علت در حقوق الله تبارک و تعالی چون خصم معینی وجود ندارد، نمی‌تواند حکم نماید». علی‌رغم آن برخی فقیهان، گستره صلاحیت قاضی تحکیم را تا حقوق الله توسعه دادند. مرحوم فاضل هندی در

این خصوص چنین استدلال نموده است: «حکم قاضی تحکیم در کلیه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله، حتی در مجازات نافذ است؛ برای اینکه دلیل مشروعیت قاضی تحکیم عام است (هندی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۲۰). در برابر، برخی حقوق الله استثنا نموده است و بیان داشته‌اند: «به جز حق الله، قاضی تحکیم در سایر دعاوی صلاحیت ورود دارد و تفاوتی میان دعاوی حقوقی و کیفری نیست. (حلی، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۸۶۱) چرا که ادله مشروعیت آن عام است و برای اثبات آن می‌توان به روایت ابی خدیجه از امام صادق علیه السلام استناد کرد. در این روایت عبارتی وجود دارد که افاده عموم می‌نماید و اطلاق دارد «فتحاكموا اليه» و شامل کلیه دعاوی می‌گردد. در این میان صرفاً دعوایی که شاکی خصوصی ندارد، قابل استثناست (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۳۲). البته برخی به صلاحیت قاضی تحکیم در مسائل کیفری خرده گرفته‌اند (مروارید، ۱۴۱۰، ج ۱۱، ص ۳۹۴). به باور آنها صلاحیت قاضی تحکیم صرفاً ناظر بر مسائل حقوقی و مالی است و در مسائلی که دارای جنبه کیفری است و یا مشتمل بر جنبه مدنی و کیفری با هم هستند، قاضی تحکیم نمی‌تواند در آن دخالت کند (موسوی اردبیلی، ۱۳۶۵، ص ۵).

۱ - ۲ - ۳. عدم انطباق اختیارات حکمین با تحکیم

اختیارات حکمین با تحکیم قابل انطباق نیست؛ زیرا، حکمین صرفاً در حیطه اختیاراتی که داده شده می‌توانند حکم صادر نمایند. چنانچه قائل به نظریه تحکیم باشیم، قاضی ولایت بر حکمین ولایت دارد و دیگر بحث اختیارات بی مفهوم خواهد شد.

۱ - ۲ - ۴. تردید در مشروعیت قاضی تحکیم

برخی از فقیهان معاصر نیز بر مشروعیت قاضی تحکیم ایراد نمودند و در پاسخ به استفتایی در مورد قاضی تحکیم گفته‌اند: «قاضی تحکیم مورد قبول نیست تا جزئیات آن بیان شود» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۴۹۷). کسانی که قائل به عدم مشروعیت قضاوت تحکیم هستند، به ادله ذیل استناد جسته‌اند:

الف) جایز بودن تحکیم خلاف اصل است؛ زیرا، اصل بر عدم اجرای حکم شخصی علیه شخص دیگر است مگر آنکه با دلیل باشد.

ب) جایز بودن حکمیت و داوری غیر قاضی به این منجر می‌شود که ولایت قاضی منصوب زائل گردد و رأی و نظرش زوال یابد (این دلیل از سوی برخی فقیهان عامه مطرح شده است) (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۲).

در رد دلیل اول باید گفت: دلیل جواز می‌آورد و دلایلی که به قاضی تحکیم مشروعیت می‌بخشد، موجب خروج از اصل گفته شده می‌گردد.

در رد دلیل دوم نیز این گونه می‌توان استدلال نمود که میان جواز حکم و زوال ولایت و رأی قاضی منصوب ملازمه‌ای وجود ندارد؛ چرا که قاضی برای قضاوت منصوب گشته و بر حکم ولایت دارد و حتی چنانچه کسی هم به وی مراجعه ننماید، ولایت وی نیز پابرجاست. هم‌چنین رأی قاضی قابل زوال نیست؛ زیرا زوال رأی و حکم به آن است که حکمی صادر شود و به آن عمل نگردد و در موردی که هنوز رأی صادر نشده است، زوال مفهوم ندارد (تسخیری، ۱۳۷۶، ص ۱۹۶). به نظر می‌رسد از اشکال بر عدم مشروعیت قاضی تحکیم می‌توان چشم‌پوشی کرد؛ زیرا جمع کثیری از فقیهان مشروعیت قاضی تحکیم و نفوذ حکم وی را پذیرفته‌اند. برخی مدعی عدم خلاف (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۲۳) و ادعای اجماع در این مسأله هستند (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۲۴۱؛ راوندی، ۱۴۰۵، ص ۱۹۳)، برخی با تعبیر «جاز عندنا» (هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶) و برخی دیگر برای اثبات مشروعیت قاضی تحکیم به بنای عقلا و سیره مسلمین و عدم نهی معصومین استناد نموده‌اند (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۲).

۱ - ۲ - ۵. تردید در امکان تحقق قاضی تحکیم در عصر غیبت

به نظر برخی فقیهان، قاضی تحکیم، ویژه در عصر پیامبر ﷺ یا عصر حضور امام معصوم است و در عصر غیبت قابل تصور نیست؛ برای اینکه در عصر غیبت امام معصوم کلیه فقیهان را به نصب عام به قضاوت منصوب نموده است، از این رو عملاً هر مجتهدی در عصر حاضر قاضی منصوب است و در این حالت، قضاوت تحکیمی مصداق نمی‌یابد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۷۰؛ همو، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۶۲؛ خوانساری، ج ۶، ص ۱۰) و حال آنکه در مورد حکمیت و داوری چنین دیدگاهی ابراز نشده است. عدم تصور قاضی تحکیم در عصر غیبت از سوی عدّه زیادی مطرح شده است. از جمله شهید ثانی گفته: «بدان که در دوران غیبت

قاضی تحکیم قابل تصور نیست اعم از اینکه واجد شرایط باشد یا خیر؛ زیرا قاضی تحکیم اگر مجتهد باشد، در این صورت حکم او بدون تحکیم هم نافذ است و اگر مجتهد نباشد، در این صورت حکم وی مطلقاً نافذ نیست (حتی اگر طرفین دعوی بر داوری وی تراضی کرده باشند). قاضی تحکیم تنها در حال حضور امام معصوم برای کسی تصور می‌شود که با وجود دارا بودن شرایط قضاوت از سوی امام به قضاوت منصوب نشده باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۷۰). استدلال مذکور از سوی برخی دیگر نیز مطرح شده است و موضوع وفاق دانسته شده است (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۶۶۵). برخی نیز با استناد به اجماع و نصی که در مورد نفوذ قضاوت فقیه جامع‌الشرایط فتوا وجود دارد، قاضی منصوب در عصر غیبت را به نصب عام انتصاب شده می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۷). مرحوم صاحب جواهر پس از بیان این عبارت مبنی بر عدم تصور قاضی تحکیم در عصر غیبت، چنین بیان می‌نماید: «مقصود ایشان از زمان غیبت، زمان امام صادق علیه السلام که عصر حضور است نیز می‌باشد. چرا که از این زمان تمامی مجتهدین به نصب عام به قضاوت منصوب شدند (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۲۸ - ۲۹). ایشان در ادامه بیان می‌کند همین که قاضی تحکیم بر مبنای حق و عدل حکم نماید، کافی است. پس قاضی تحکیم در عصر غیبت قابل تصور است (همان، ص ۳۰ و ۴۰). بدین ترتیب بر اساس نظریه ایشان، نهاد قاضی تحکیم مربوط به زمان قبل از صدور روایات نصب عام خواهد بود (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۸۳). برخی از فقیهان معاصر بر نظریه شهید ثانی و طرفداران خرده گرفته‌اند و گفتند قاضی تحکیم در عصر غیبت قابل تصور است (خویی، ۱۴۰۷، ص ۱۴). اساساً ایشان اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند و در عصر غیبت هر کس مجتهد باشد، با توجه به ادله نصب عام، قاضی منصوب است و هرگاه کسی مجتهد نباشد ولی توسط اطراف دعوا انتخاب گردد، قاضی تحکیم خواهد بود. برخی با تفکیک قضاوت در عصر حضور و عصر غیبت بیان می‌نمایند: «در زمان حضور با وجود قاضی منصوب از جانب امام علیه السلام، قضاوت دیگر نمی‌تواند حکم کنند و حکمشان نافذ نیست اما در زمان غیبت چون معصوم مبسوط‌الید نیست، مردم می‌توانند هر فقیهی را به عنوان تحکیم انتخاب کنند (موسوی ۱۴۱۳، گلپایگانی، ص ۲۳). بدین ترتیب، از نظر ایشان تقاضای

اطراف دعوا در نفوذ حکم قاضی نقش دارد (هوشمند فیروز آبادی، بطحایی، ۱۳۹۶، ص ۱۸۶). نظریه مذکور در آثار برخی فقیهان نیز به چشم می خورد (مؤمن، بی تا، ج ۱، ص ۶۷). برخی دیگر از فقیهان گفته اند: هر چند مقبوله حنظله که شهید ثانی به آن استدلال نموده است، اجتهاد در کلیه قضات را شرط دانسته است ولی عدم اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم را می توان از روایت ابی خدیجه برداشت نمود. این روایت قاضی تحکیم را تخصصاً از لزوم دارا بودن اجتهاد خارج می نماید (همان). در هر حال، با توجه به استدلالی که صورت گرفت می توان عدم لزوم اجتهاد در قاضی تحکیم را اثبات و قاضی تحکیم را در همه زمان ها از جمله در عصر غیبت دارای اعتبار دانست. از بین فقیهان امامیه تنها ابن براج در کتاب «الکامل فی الفقه» قائل به نظریه توکیل شده است (اما در آثار بعدی خود از این نظریه عدول و نظریه مشهور یعنی قاضی تحکیم را پذیرفته است) (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶، ص ۲۶۶).

۲-۲. روایات

یکی دیگر از مبانی مشروعیت، داوری روایاتی است که رجوع به قاضی جور را منع کرده است و به قاضی تحکیم ارجاع داده است. یکی از مهم ترین روایات در این خصوص، روایت معروف ابی خدیجه است: «الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ قَالَ قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ﷺ إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَلَكِنْ انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ» (کافی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۲). امام ﷺ در این روایت می فرماید: «از دادخواهی از دستگاه ظالم و اهل جور بپرهیز، اما برای رجوع مردی از شیعیان که چیزی از حلال و حرام ما می داند از بین خود انتخاب کنید.» در خصوص دلالت این روایت بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی این روایت را صرفاً ناظر بر قاضی منصوب دانسته اند و در برابر، برخی دلالت این روایت را تنها ناظر به قاضی تحکیم قائل شدند و مناسبت آن را با قاضی تحکیم، بهتر از قاضی منصوب می دانند و چنین استدلال نموده اند: «ظاهر روایت این است که متخاصمان، شخصی را که چیزی از قضایای ما اهل بیت می داند، به این معنا که عارف به معظم احکام باشد، بین خود حکم قرار دهند. به نظر می رسد این روایت به

معنای قاضی ابتدایی نیست؛ چون این روایت به قرینه «فاجعلوه بینکم»، قاضی مجعول از طرف متخاصمین است نه قاضی منصوب از طرف امام به معنای قاضی منصوب ابتدایی» (خویی، ۱۴۲۲، ج ۱۰، ص ۴۱).

به نظر می‌رسد با توجه به خصوصیات و اوصاف ارائه شده از جانب امام علیه السلام مجوز تعیین قاضی از جانب متداعیین می‌باشد. اذن امام علیه السلام هم شامل قاضی منصوب «فقیه جامع الشرایط» بوده و هم شامل قاضی تحکیم می‌باشد. بنابراین اگر فردی که مرضی الطرفین دعوی قرار گرفته، واجد شرایط و اوصاف مطرح شده در روایت باشد و با اسلوب و دانش فقهی - حقوقی آشنایی داشته باشد، می‌تواند به عنوان حکم قرار گیرد؛ خواه در حد مجتهد جامع الشرایط باشد یا نباشد. چه اینکه قید «یعلم» هم با اطلاعات فقهی و حقوقی یک مجتهد جامع الشرایط قابل جمع است و هم با غیر آن. افزون بر اینکه آنچه در این روایت به طور آشکار قابل دریافت است، تفویض اختیار به ارباب متخاصم است. در نتیجه تعیین چنین فردی از عوامل جلب نظر امام و اذن او در مشروعیت داوری است.

روایت دیگر ناظر بر بحث روایت حلبی از امام صادق علیه السلام است: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام رُبَّمَا كَانَ - بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُنَازَعَةُ فِي الشَّيْءِ - فَيَتَرَاضِيَانِ بَرَجُلٍ مِنَّا فَقَالَ لَيْسَ هُوَ ذَاكَ - إِنَّمَا هُوَ الَّذِي يُجْبِرُ النَّاسَ عَلَى حُكْمِهِ بِالسَّيْفِ وَالسُّوْطِ» حلبی می‌گوید: «از امام صادق علیه السلام سؤال کردم که گاهی بین دو نفر از شیعیان اختلافی به وجود می‌آید و طرفین رضایت می‌دهند که محاکمه را نزد مردی از ما شیعیان مطرح کنند؛ این چه صورتی دارد؟ امام علیه السلام در جواب فرمود: «قضاوت این اشخاص مانعی ندارد و آنچه را که ما از آن منع کرده‌ایم این اشخاص نیستند، بلکه آنانی می‌باشند که مردم را مجبور می‌کنند که به حکم‌شان سر فرود آورند و با شمشیر و تازیانه مردم را تهدید می‌کنند» (منظور قضاوت منصوب از طرف خلفای جور است) (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، ص ۲۵).

فقیهان امامیه دلالت این روایت را در راستای حجیت و یا عدم حجیت، قضاوت و دادرسی غیرمجتهد اعم از مقلد و یا قاضی تحکیم می‌دانند و پیرامون آن مباحث دقیقی عنوان کرده‌اند. مرحوم صاحب جواهر در خصوص تفسیر و دلالت این

روایت بر مشروعیت قضاوت و دادرسی مقلدین عموم و یا قاضی تحکیم، پس از بیان دیدگاه برخی از اصحاب مبنی بر اینکه احکام اهل بیت گاهی با اجتهاد صحیح و زمانی، با تقلید صحیح به دست می‌آید این مسئله را متذکر شده که روایاتی که دلالت بر اذن دارد ممکن است برای تمامی شیعیانی باشد که تمسک به ولایت اهل بیت نمودند و حافظ احکام آنان در میان مردم هستند. چه این که قطع به احکام پیدا کرده یا از طریق اجتهاد صحیح یا از راه تقلید به دست آورده باشند. این فقیه بزرگ، روایت حلبی را به عنوان تأیید در راستای وجود اذن برای تمام شیعیانی که احکام را با قطع و یا اجتهاد و تقلید صحیح به دست می‌آورند، می‌فرماید: «آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود این است که قضاوت بر اساس علم و آگاهی صحیح و نافذ است و کسی که عالم به مسائل قضاوت است و بر اساس آن حکم می‌کند، مصداق روایات خواهد بود؛ چه از طریق اجتهاد این علوم را فرا گرفته باشد و چه از طریق تقلید عالم شده باشد، زیرا هیچ کدام از نصوص، شرط اجتهاد را نمی‌رساند، بلکه روایات دال بر علم و آگاهی به احکام و قوانین و ضوابط قضاوت» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۶). ایشان در ادامه می‌فرماید: «اذن عامی که مقتضی ریاست عامه برای فقهاست، منافی قضاوت عده‌ای که علم به بعضی از احکام خاصه را دارند، نداشته و یا منافی اذن برای کسی که این ریاست را ندارد مثل قاضی تحکیم نمی‌باشد» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۸ - ۱۹).

یکی از فقیهان دیگری که در خصوص این روایت استدلال نموده است، مرحوم امام خمینی علیه السلام است: «اطلاق قول راوی که گفت: «رجل منا» شامل مقلد نیز می‌شود و داوری و قضاوت مجتهد خصوصیتی ندارد و این که امام علیه السلام ذهنیت راوی را مردود نساخته و تفصیل به مجتهد و مقلد نکرده، خود دال بر عموم جواز نسبت به داور مجتهد یا غیر مجتهد است. همچنین از مفهوم حصر عدم جواز داوری نسبت به اهل جور و ظلم، خود دلیل بر شمول داور و قاضی غیر مجتهد است» (خمینی، ۱۴۲۲، ص ۴۷). سپس مرحوم امام استدلال‌های یاد شده را که در روایت مطرح شده و جواز رجوع به غیر مجتهد را با آن ثابت نموده، رد نموده و می‌فرماید: «ظاهراً از کلام امام علیه السلام که فرمود: «لیس هو ذالک» اشاره به یک امر ذهنی بین راوی و امام است که

برای ما نقل نشده است چه این که مولا باید در مقام بیان و مقدمات حکمت باید فراهم باشد تا به اطلاق کلام امام تمسک شود. مفهوم حصر نیز نسبی و اضافی است چه این که عدم جواز نسبت به قضات عامه که اهل شمشیر و تازیانه نیستند نیز ممنوع است؛ بنابراین حصر حقیقی نیست تا بتوان به مفهومش عمل کنیم» (همان).
 به نظر می‌رسد دیدگاه صاحب جواهر به مضمون روایت نزدیک‌تر است؛ زیرا اولاً ادعا در مقام بیان نبودن روایت، خود مخالف بداهت روایت بوده و اثبات اجتهاد از روایت مشکل‌تر است. ثانیاً منظور از سیف و سوط جمله، کنایه از ظلم دستگاه ظالم به نصب قاضی است و منحصرآ دادخواهی در دستگاه ظلم را منع نموده است که قدر متیقن از این جمله صحت دادخواهی و داوری اصحاب امامیه است. بنابراین روایت حلبی در مقام حجیت قاضی تحکیم بوده و می‌رساند که اصحاب می‌توانند به کسی که امام المذهب بوده و دارای شرایط مخصوصی از جمله عدالت و آگاهی کافی از مسائل قضایی باشد مراجعه کند.

۳-۲. اجماع

اجماع به‌عنوان سومین مستند مشروعیت قاضی تحکیم مطرح است. مرحوم شیخ طوسی فرموده اگر دو نفر شخص ثالثی را به عنوان حکم انتخاب کردند، در صورت داوری بین ایشان لازم است از او متابعت کنند که دلیل ما اجماع طائفه است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۴۱). صاحب جواهر اجماع را از مبانی مشروعیت قاضی تحکیم برشمرده (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۲۸ و ۲۹)، شهید ثانی جواز رجوع به قاضی تحکیم را به مشهور نسبت داده است و بعد فرموده بلکه هیچ مخالفی از آن ذکر نشده است. چون این قضیه در زمان صحابه واقع شده و هیچ کس نیز مخالفتی با این قضیه نداشته است (عاملی، ۱۴۳۳، ج ۱۳، ص ۳۳۲). به نظر ممکن است مدرک مجمعین همان آیات و روایاتی که مقوم مشروعیت قاضی تحکیم شده است، باشد و به عبارتی اجماع، مدرکی است. در این فرض اجماع به‌عنوان دلیل مطرح نمی‌شود، بلکه تنها مؤیدی بر مشروعیت قاضی تحکیم است. در هر حال اگر اجماع هم نباشد می‌توان حکم به عدل از ناحیه صحابی شیعی را در مشروعیت تحکیم، کافی قلمداد نمود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۲۹)؛ اما دیدگاه مردود بودن اجماع مدرکی مبنایی است، چه

این که برخی از فقیهان معاصر از قبیل آیت‌الله زنجانی حجیت اجماع را با شروطی بر اساس تقریر معصوم علیه السلام می‌دانند و معتقدند نه غیر مدرکی بودن اجماع دلیل اعتبار اجماع است و نه مدرکی یا محتمل‌المدرکیه بودن آن نقشی در عدم اعتبار اجماع داشته و ضرری به اعتبار آن می‌زند؛ زیرا تنها و عمده دلیل حجیت اجماع، تقریر معصوم می‌باشد. از نظر ایشان اگر اصحاب مجتهدی فتوای او را در شرایطی که محذوری برای رد آن نداشته باشد، در حضور وی برای دیگران نقل کنند و او سکوت نماید، این سکوت و تقریر علامت امضا و نشانه موافقت اوست. این مطلب عیناً در مورد معصوم علیه السلام صادق است. هنگامی که گروهی از فقها در زمان معصوم فتوایی بدهند و از ناحیه امام علیه السلام ردعی صورت نپذیرد، این سکوت و تقریر برای اثبات اعتبار فتوا و نظر مجمعین کفایت می‌کند و تفاوتی بین ذکر و عدم ذکر مستند فتوا از سوی مجمعین وجود ندارد. روشن است که اعتبار فتوا از یک سو وابسته به احراز اتصال آن به زمان معصوم و از سوی دیگر مشروط به آن است که فتوا، محل ابتلای مردم و عام‌البلوا باشد. سکوت و عدم الردع نیز در صورتی نشان از امضای نظر مجمعین دارد که به دلیل تقیه صورت نگرفته باشد (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۶۴۲۰). به هر روی حتی بر فرض حجیت اجماع مدرکی، ممکن است به این اجماع اشکال گردد که اجماع دلیل لبی است و باید به قدر متیقن اکتفا نمود چه اینکه معقد اجماع رجوع به قاضی تحکیم است که مورد اتفاق قرار گرفته است اما حدود و ثغور اجماع که علم قاضی در چه حدی باید باشد، مورد اجماع قرار نگرفته است. بنابراین قدر متیقن از معقد اجماع، جایی است که قاضی و داور مجتهد باشد. از این رو نمی‌توان به اجماع در تمام صور تمسک نمود.

نتیجه

مشروعیت داوری در فقه امامیه در مسائل شرعی امری قابل قبول نزد همه فقیهان است. اما در حدود و ثغور مشروعیت بین فقیهان، اختلاف نظر وجود دارد. از نظر مشهور فقیهان امامیه، مبنای مشروعیت قاضی تحکیم آیه ۳۵ سوره نساء است. طبق همین آیه شریفه، انتصاب حکمین توسط حاکم و قاضی نیز شرایط قاضی منصوب را برای قاضی تحکیم شرط دانسته است. این امر ناشی از اطلاقات ادله‌ای شرایط

قاضی است؛ اما بیان شد که پذیرش قاضی تحکیم اقتضائاتی دارد که در صورت پذیرفتن اقتضائات آن، با دشواری‌های زیادی مواجه خواهیم شد. بدین جهت ادله مربوطه نمی‌توان شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد را برای قاضی تحکیم نیز شرط دانست و الا تحکیم با دشواری‌های زیادی مواجه خواهد شد. از مفاد آیه نیز نمی‌توان شرایط قاضی منصوب را بر قاضی تحکیم بار نمود؛ زیرا ادله فقیهان، قدرت اثبات آن را ندارد. بنابراین آنچه از آیات و روایات قابل فهم و استنباط است، این است که صرفاً علم و دانش فقهی - حقوقی کافی برای حل و فصل اختلافات امر داوری کافی است و داور همین مقدار که علم و دانشی در امر حلال و حرام داشته باشد و بتواند دعوا را به طور صحیح مورد بررسی قرار دهد و حکم صادر نماید، کفایت می‌نماید. از این رو وجود شرط اجتهاد برای قضاوت قاضی تحکیم، مورد نقد قرار می‌گیرد. بنابراین داوری در مسائل شرعی در مورد کسی است که به امر حلال و حرام آشنا باشد و توانایی فصل خصومت و منازعات را دارا باشد، خود پیوندی با داوری با معنای نوین است؛ چرا که داوری در حقوق داخلی و خارجی نیز از تخصص و بهره‌ی علمی برخوردار می‌باشد.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
۱. ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: جامعه مدرسین.
 ۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *کتاب القضاء و الشهادات*. قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
 ۳. _____ (۱۴۳۲ق). *کتاب المکاسب*. قم: مجمع فکر اسلامی.
 ۴. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقہیہ*. قم: نشر الهادی.
 ۵. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۶. تسخیری، محمدعلی؛ مشیرفر، شیوا (۱۳۷۶ش). *حکمت در فقه اسلامی*، مجله تحقیقات اسلامی، ش ۱ و ۲.
 ۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲ش). *دانشنامه حقوقی*. تهران: انتشارات امیرکبیر.
 ۸. حسین هوشمند فیروزآبادی، فرهاد بطحایی (تابستان ۱۳۹۶)، بررسی ماهیت فقهی داوری، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، ش ۴۸.
 ۹. حسینی مراغی، سید عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۱۰. حلی، جعفر بن حسن (۱۳۸۵). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*. تهران: انتشارات بنیاد معارف اسلامی.
 ۱۱. _____ (۱۴۱۰ق). *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۱۲. حلی، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعه*. قم.
 ۱۳. حمیری، ابن هشام محمد بن اسحاق بن یسار مطلبی (۱۳۸۳ق). *سیره النبی ﷺ*، تهران: مکتبه محمدعلی صبیح و اولاده.
 ۱۴. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۲ش). *کتاب البیع*. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 ۱۵. _____ (۱۴۲۲ق). *الاجتهاد و التقليد*. تهران: موسسه نشر آثار امام خمینی.
 ۱۶. _____ (۱۴۲۰ق). *معتمد الاصول*. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 ۱۷. خوانساری، سید احمد (۱۳۵۵). *جامع المدارک*. تهران: مکتبه الصدوق.
 ۱۸. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۷ق). *مبانی تکمه المنهاج*. قم: لطفی.
 ۱۹. _____ (۱۴۱۸ق). *موسوعه الامام الخویی*، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی.
 ۲۰. _____ (۱۴۲۲ق). *مبانی تکمله المنهاج*. قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی.
 ۲۱. _____ (بی تا). *معجم رجال الحدیث و تفصیل الطبقات*. بی جا، بی نا.
 ۲۲. راوندی، قطب‌الدین (۱۴۰۵). *فقه القرآن*. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی رحمته.
 ۲۳. ساکت، محمدحسین (۱۳۸۲ش). *ددرسی در حقوق اسلامی*، تهران: میزان.
 ۲۴. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام*. قم: مؤسسه المنار.
 ۲۵. سبزواری، محمدباقر (۱۴۱۳ق). *کفایه الاحکام*. قم: مکتب آیت‌الله السید السبزواری.

۲۶. طبری، محمد بن جریر (۱۴۱۲ق). *جامع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت: دار المعرفه.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن (۳۸۷ق). *المبسوط*. تهران: المکتبه المرتضویه.
۲۸. _____ (۱۴۰۷ق). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۰. _____ (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم: کتابفروشی داوری.
۳۱. _____ (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۲. عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۳۳. عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*. بیروت: دار التراث - الدار الاسلامیه.
۳۴. عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق). *القواعد الفقهیة*. قم: مهر.
۳۶. _____ (۱۴۲۱ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، کتاب النکاح*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۷. قمی، علی بن ابراهیم (۱۳۶۷ق). *تفسیر قمی*، قم: نشر کتاب.
۳۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳ش). *اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی*. تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز.
۳۹. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ق). *تحریر المجله*. نجف: المکتبه المرتضویه.
۴۰. کشی، محمد بن عمر عبدالعزیز (۱۳۹۰ق). *رجال کشی اختیار معرفه الرجال*، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
۴۱. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق). *سلسله الینابیع الفقهیة، کتاب النکاح*. بیروت: مؤسسه فقه الشیعه.
۴۲. مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۲۱ق). *القواعد الفقهیة*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۳. معین، محمد (بی تا). *فرهنگ معین*. تهران: دانشگاه تهران.
۴۴. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ق). *فقه القضاء*. قم: دانشگاه مفید.
۴۵. _____ (۱۳۶۵ش)، قاضی تحکیم در نظام قضایی اسلام، فصلنامه حق، ش ۵.
۴۶. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۳). *کتاب القضاء*. قم: دارالقرآن الکریم.
۴۷. مؤمن، محمد (بی تا). *مبانی تحریر الوسیله*. بی جا.
۴۸. نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷ق). *رجال نجاشی فهرست اسماء مصنفی الشیعه*، سید موسی شبیری زنجانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۹. هدایت نیا، فرج الله (پاییز و زمستان ۱۳۹۳)، ماهیت حکمیت (در دعوای خانواده) در آیه ۳۵ سوره نساء. *مجله قرآن، فقه و حقوق اسلامی*، سال اول، ش ۱.
۵۰. _____ (۱۳۸۷ش). *داوری در حقوق خانواده*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۵۱. هندی، فاضل (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.