

جایگاه قضاوت تحکیمی در شریعت از منظر فقه فریقین

مرتضی دلبریان^۱



چکیده

قاضی تحکیم، اصطلاحی در فقه قضایی است که در مقابل قاضی منصوب مطرح شده است و طرفین دعوا او را به هدف حکم کردن در میانشان منصوب می‌کنند. یکی از معضلاتی که امروزه سیستم قضایی با آن روبه‌رو است، انباشته شدن پرونده‌های زیادی در دادگاه‌ها جهت بررسی و صدور حکم است که برای مسئولین این امر، بررسی هر کدام از دعاوی به زمان بسیاری نیاز دارد. به منظور حل این مشکل، آنچه در فقه توسط فقهای شیعه و سنی مطرح شده است، نهاد قضاوت تحکیمی است. در مشروعیت قضاوت تحکیمی بین فقهای اسلام اختلاف نظرهایی وجود دارد و این امر باعث شده است برخی قائل به مشروعیت این نوع قضاوت و عده‌ای قائل به عدم مشروعیت آن شوند و برخی دیگر نیز بین زمان حضور و غیبت امام معصوم (علیه السلام) تفصیل قائل شوند. در این نوشتار سعی شده است برای حل معضل یادشده، نظریه‌های فقهی گوناگون مطرح شود. نوآوری این مقاله را می‌توان بررسی نظریه‌ها به همراه ادله هر کدام در فقه امامیه و اهل سنت، به صورت مقارنه‌ای دانست. در این نوشتار، مشروعیت این نهاد قضاوت در عصر غیبت و در حکومت اسلامی برای احقاق حق مردم اثبات شده است؛ همچنین آنچه مؤید نظریه مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی است، مطابقت این نظریه با اهداف و مقاصد کلی شارع از جمله حفظ نظام و مصلحت جامعه اسلامی و عدم تضییع حقوق مردم و احقاق حق مردم در عصر غیبت است.

واژگان کلیدی: قاضی تحکیم، فقه قضایی، مشروعیت قضاوت تحکیمی، نظریه‌های فقهی.

✽ طرح مسئله

در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، در مورد قضاوت تحکیمی معین شده است که:

«طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق فصل خصوصت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.» (قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۰۴/۱۵، ماده ۶)

محققانی که با قوانین ایران آشنا هستند، اطلاع دارند که قانون‌گذار برای اولین بار مراجعه به قاضی تحکیم را در ماده فوق تجویز کرده است؛ با توجه به جدید بودن نهاد مزبور در قوانین موجود ایران که برگرفته از مباحث فقهی است، شایسته است که درباره آن تحقیق و بررسی صورت گیرد.

اگرچه قاضی تحکیم عنوانی نوپدید در قوانین ایران به شمار می‌رود؛ ولی سابقه‌ای طولانی در علم فقه دارد. در کتب فقیهان قدیم از جمله شیخ صدوق و شیخ مفید، مبحثی به عنوان قاضی تحکیم یافت نمی‌شود و اول کسی که بدون تعرض به عنوان قاضی تحکیم در کتاب فقهی خود در این موضوع بحث نموده است، جناب شیخ الطائفه شیخ طوسی است و نیز اول کسی که درباره قاضی تحکیم نظر داده است، شهید اول در کتاب الدرر المنتهیه بوده است؛ از این رو با عنایت به منشأ این بحث، ضروری است که در این باره، با توجه به پرسش‌هایی که در پی خواهد آمد، بحثی فقهی انجام پذیرد.

از یک طرف سیاست صحیح قضایی ایجاب می‌کند که دستگاه عدالت قضایی تا حد امکان از تراکم پرونده‌ها جلوگیری کند و با سرعتی همراه با دقت به آن‌ها رسیدگی نماید و با کمترین هزینه و نیروی انسانی به حل و فصل دعاوی بپردازد؛ از طرفی دیگر افزایش روزافزون جمعیت و به وجود آمدن شرایط و امکانات جدید با پیچیدگی‌هایی که دارند و شتاب هرچه بیشتر زندگی مادی، موجب شده است که اجحاف به حقوق و ارتکاب جرائم نیز افزایش یابد و این امر موجب می‌شود که مردم برای تأمین حقوق خویش بیشتر به دستگاه قضایی مراجعه نمایند؛ در نتیجه موجب تراکم پرونده‌ها در دستگاه قضایی می‌شود که این خود عوارض دیگری را در پی دارد و سبب می‌شود که دستگاه قضایی نتواند سرعت و دقت مطلوب را در بررسی پرونده‌ها داشته باشد؛ علاوه بر این، تراکم پرونده‌ها از نظر مالی نیز برای دستگاه قضایی بسیار هزینه‌بر

است؛ از این جهت، اگر بتوان سیاستی را به کار گرفت که تا حد امکان از مراجعه مردم به دادگاه جلوگیری کند، امری مطلوب و پسندیده است.

از جمله ثمرات واضح پذیرفتن قاضی تحکیم این است که باعث همکاری و تعاون طرفین دعوا در جهت فصل خصومت می شود و نیز موجب می شود که تنش های به وجود آمده میان آن ها کاهش یابد. در نظام قضایی تعمیمی یکی از طرفین یعنی خواهان شکایت می کند و دیگری یعنی خوانده به دادگاه احضار می شود. این امر باعث کشمکش و تعارض میان طرفین دعوا می شود و در برخی موارد حاضر نشدن به موقع در دادگاه، دادرسی را طولانی می کند؛ اما در نهاد قضاوت تحکیمی، طرفین دعوا قبل از مراجعه به قاضی تحکیم ناچارند توافق و مصالحه کنند و این امر از جهت روانی، کمک قابل توجهی در حل دعوا می کند. در واقع می توان ادعا نمود که این راه حل، نوعی سیاست خصوصی سازی امر قضاوت محسوب می شود که در جهت دست یافتن به یک نظام رسیدگی سریع و دقیق، همراه با کاهش هزینه و نیروی انسانی، امری پذیرفتنی و پسندیده است.

مسئله قضاوت تحکیمی از دیرباز در فقه مطرح بوده است و فروعیات مختلف آن در بیان فقیهان و پژوهشگران، در قالب کتب و مقالات و رساله های مختلف مورد بررسی قرار گرفته است. از جمله مقالاتی که در این موضوع نوشته شده است، مقاله «امکان سنجی مشروعیت قضاوت تحکیمی در حکومت اسلامی در زمان غیبت» و مقاله «بررسی ادله نفی قضاوت تحکیمی با رویکرد فقه مقارن» است که آن هم بیشتر با رویکرد نقد ادله فقهایی است که در مقام نفی قضاوت تحکیمی برآمده اند. از جمله مقالات دیگر که در این مسئله به رشته تحریر درآمده است، مقاله «قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت» است که رویکرد این مقاله هم ناظر به نظرات فقهای امامیه است؛ اما در نوشتار حاضر، علاوه بر مباحث مطرح شده در مقالات مذکور، به نظریه های فقهای فریقین و ادله آن ها درباره مباحث مرتبط با نهاد قضاوت تحکیم پرداخته شده است؛ مباحثی مانند: دامنه شمول و کاربرد قضاوت تحکیمی و نیز بررسی شرطیت رضایت طرفین دعوا قبل و بعد از صدور حکم قاضی تحکیم.

از جمله پرسش هایی که در این تحقیق به دنبال پاسخ به آن ها هستیم این موارد است:

۱. اقوال فقهای فریقین نسبت به جایگاه قضاوت تحکیمی در فقه چیست؟
۲. ادله هر کدام از اقوال نسبت به نهاد قضاوت تحکیمی چیست؟



۳. دامنه کاربرد و شمول نهاد قضاوت تحکیمی در نگاه فقهای فریقین تا کجاست؟ آیا صرفاً در دعاوی حقوقی کاربرد دارد یا اینکه می‌توان در دعاوی کیفری نیز از آن استفاده نمود؟
۴. آیا از نظر فقهای فریقین بعد از قضاوت قاضی تحکیم، حکم قاضی نسبت به طرفین دعوا نافذ است یا اینکه بعد از صدور حکم نیز، نیاز به رضایت طرفین دعوا دارد؟

۱. مفهوم شناسی قاضی تحکیم

صاحب جواهر قائل است که قاضی تحکیم کسی است که طرفین دعوا به قضاوت او راضی باشند و همچنین باید دارای همه شرایط قضاوت از جمله بلوغ، عقل، طهارت مولد، ذکوریت، اجتهاد، ایمان و عدالت به غیر از اذن از جانب امام علیه السلام باشد. ایشان بر اعتبار کلیه این شرایط نیز ادعای اجماع نموده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۴۰).

همچنین در اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم اختلاف است. مشهور فقهای امامیه قائل اند که قاضی تحکیم باید کلیه شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد را نیز داشته باشد؛ اما برخی از علمای معاصر امامیه از جمله محقق خوئی در کتاب مبانی تکملة المنهاج، اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند و دلیل ایشان اطلاق برخی از آیات قرآن^۱ و روایات^۲ در این باره است (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۲، ص ۲).

موسوی اردبیلی در کتاب فقه القضاء خود در تعریف قاضی تحکیم فرمودند: قاضی تحکیم شخص یا اشخاصی است که طرفین نزاع تراضی بر مطرح نمودن ترافع در نزد او کرده‌اند و همچنین متعهد به قبول حکم او و عمل به آن شده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۱۰).

به بیان دقیق‌تر، فقیهان برای حل نزاع و اختلاف در بین طرفین دعوا سه راه حل ارائه نموده‌اند:

۱. حکم قاضی منصوب: یعنی حکم شخصی که از طرف حکومت اسلامی و حاکم اسلامی برای قضاوت تعیین شود و به طور رسمی دارای این مقام گردد.
۲. حکم قاضی تحکیم: حکم کسی که طرفین دعوا، او را برای قضاوت انتخاب و گزینش نمایند.
۳. حکم قاضی امر به معروف: کسی که از راه امر به معروف، متصدی فصل خصومت در بین طرفین دعوا شود، نه به عنوان قاضی رسمی.

طبق نظر آیت الله موسوی خلخالی، این مراتب سه گانه در طول یکدیگر قرار دارند؛ به این معنا که اعتبار و نفوذ هر یک از این مراحل سه گانه از مرحله بعدی قوی تر است و همچنین از لحاظ شرایط قاضی - در

سلسله مراتب طولی - دارای شرایط و قیود بیشتری است؛ به این ترتیب حکم «قاضی منصوب» در فقه، قطعی و لازم الاجراء است و برای هیچ کس، حتی مجتهد دیگر قابل ردّ و تجدید نظر نیست و دعوا مختومه تلقی می شود؛ زیرا قاضی منصوب دارای مقام ولایت قضایی است که شعبه ای از ولایت فقیه است و ردّ حکم او، ردّ حکم امام علیه السلام است و ردّ امام علیه السلام ردّ خداست و در قاضی منصوب، اجتهاد و عدالت شرط است و در عموم دعاوی و اختلافات می تواند قضاوت نماید؛ اما قاضی امر به معروف یعنی کسی که رفع اختلاف را به صورت امر به معروف انجام می دهد، به هیچ وجه مقام رسمی نیست و نه تنها اجتهاد در او شرط نیست، بلکه از نظر مسا عدالت نیز در امر به معروف شرط نخواهد بود؛ زیرا وظیفه عموم مسلمین است که امر به معروف نمایند، چه در مورد رفع اختلافات یا غیر آن و فقط آگاهی به احکام کافی است و متقابلاً دستور آن ها به معنای قضاوت رسمی نیست و فقط جنبه ارشاد خواهد داشت و با حکم ایشان اجرای حدود و الزام رسمی صورت نمی گیرد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۵۴).

البته این نکته را باید یادآور شد که بر طبق علم حقوق و نظام قضایی کنونی که این نوشتار در مقام بیان و تطبیق آن نیست، نظر قاضی صرف انشاء حکم است و حکم، تابع تصمیم قاضی نیست، بلکه تابع قوانین مصوب دولت است؛ از این رو باین که همه قضات در نظام قضایی کنونی، قاضی منصوب هستند؛ ولی حکم آن ها قطعی و نهایی نیست و در دادگاه تجدید نظر قابل تغییر است.

همچنین سید کاظم حائری در تعریف قاضی تحکیم فرمودند: قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم کسی است که در ابتدا و فی نفسه برای قضاوت نصب نشده است، بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آن ها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به او حق اعمال ولایت می دهد (حسینی حائری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۱).

در بیان فقیهان اهل سنت نیز برای تعریف قاضی تحکیم تفاوت خاصی نسبت به تعاریف فقهای شیعه دیده نمی شود. از جمله این که دکتر وهبه ذحیلی به نقل از کتاب الدر المختار در تعریف قاضی تحکیم می گوید:

«تولیه الخصمین حاکماً یحکم بینهما» (ذحیلی، ۱۴۲۷ق، ص ۵۰۱).

سایر علمای اهل سنت نیز تعریف خاصی برای قاضی تحکیم ذکر نکرده اند.

۲. اقوال فقهای فریقین نسبت به نهاد قضاوت تحکیمی

۲-۱. مشروعیت قضاوت تحکیمی

مشروعیت قضاوت تحکیمی مورد پذیرش مشهور فقهای فریقین قرار گرفته است و ادله‌ای از کتاب، سنت و اجماع و... بر آن اقامه کرده‌اند و درباره آن ادعای اجماع و عدم خلاف نیز نموده‌اند.

شهید اول در کتاب الدروس خود در باب مشروعیت قضاوت تحکیمی می‌فرماید: قضاوت تحکیم شرعاً جایز است؛ اگرچه در شهر قاضی وجود داشته باشد و بر مترافعین که تراضی بر حکم واقع شدن چنین قاضی جهت صدور حکم را داشتند، حکم این قاضی لازم‌العمل است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۸).

شهید ثانی نیز در کتاب مسالک در مشروعیت قضاوت تحکیم فرمودند: مشهور بین اصحاب جواز و مشروعیت قضاوت تحکیم است و همچنین بر این قول ادعای عدم خلاف نیز شده است و همچنین در زمان صحابه پیامبر ﷺ نیز قضاوت تحکیمی وجود داشته است و احدی از صحابه آن را انکار نکرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۲).

از جمله فقهای امامیه که قائل به مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی شده است، شیخ طوسی است. ایشان در کتاب خلاف خود می‌فرماید: اگر دو نفر جهت حکم کردن بین خودشان به فردی مراجعه نمودند و او را به عنوان حکم و قاضی انتخاب نمودند و بر حکم واقع شدن او رضایت دادند، این قضاوت جایز و مشروع است و بر این قول ادعای عدم خلاف نیز نموده‌اند؛ پس اگر این قاضی، حکمی نسبت به این طرفین دعوا صادر کرد، بر هر دو نفر این حکم لازم‌العمل است و بعد از حکم قاضی تحکیم، برای هیچ کدام از طرفین نسبت به نقض نمودن حکم قاضی اختیاری نیست (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲).

محقق اردبیلی نیز قائل به مشروعیت قضاوت تحکیمی است و می‌فرماید: اگر طرفین دعوا در محاصمه بر یک نفر برای صدور حکم الله تراضی نمایند و از سویی آن فرد مأذون و منصوب از جانب امام علیا به نصب خاص یا عام هم نباشد و شرایط صدور حکم از جمله اجتهاد و عدالت را نیز داشته باشد، چنین حکم و قضاوتی صحیح و مشروع است و بر طرفین دعوا نیز لازم‌العمل است و امکان نقض آن حکم نیز برای طرفین دعوا جایز نیست (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۱۷).

ابن قدامه از علمای مذهب حنبلی نیز در کتاب المغنی گفته است: اگر چنانچه دو نفر بر یک نفر تحاکم

کنند که در بین آن دو حکم کند و هردو رضایت به صدور حکم از جانب او نیز دارند و همچنین آن فرد صلاحیت قضاوت را دارد، حکم چنین فردی (قاضی تحکیم) نافذ و جائز است و بر طرفین دعوا نیز این حکم لازم و نافذ خواهد بود. ایشان در ادامه می‌گویند: وقتی که نفوذ حکم قاضی تحکیم ثابت شد، در نتیجه نقض کردن حکم قاضی تحکیم نیز بر طرفین جائز نیست؛ ولی برای هریک از طرفین دعوا، قبل از شروع قاضی به صدور حکم، جائز است که از تحکیم خود برگردند؛ اما اگر بعد از شروع حکم قاضی از تحکیم خود برگردند، دو وجه در مسئله است: اول این که برای او چنین کاری جائز است، زیرا حکم هنوز تمام نشده است؛ دوم این که برای او چنین رجوعی جائز نیست، زیرا این رجوع از تحکیم هریک از طرفین دعوا منجر به این می‌شود که اگر هر کدام حکم قاضی را موافق با نظر خود نداند تحکیم را به هم بزند و رجوع کند که این خود موجب بطلان مقصود از تحکیم می‌شود (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۱، ص ۴۸۴).

در کتاب نه‌ایه المحتاج نیز آمده که اگر دو نفر طرفین دعوا یا بیشتر فردی را به عنوان قاضی قرار دادند و به او مراجعه نمودند، در غیر موارد حدود و تعزیرات، حکم این قاضی (قاضی تحکیم) مطلقاً جایز است، خواه قاضی افضل از او وجود داشته باشد و خواه نباشد؛ البته به شرطی که آن فرد اهلیت و صلاحیت قضاوت را داشته باشد. عده‌ای در اینجا گفته‌اند که مشروعیت قضاوت تحکیمی در صورتی ثابت است که قاضی منصوب در شهر نباشد (رملی شافعی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۲۴۲).

در کتاب شرح کبیر نیز آورده شده است که برای طرفین دعوا جایز است برای تحکیم، به مردی که خصم نیست (جاهل و کافر نیست) و ولایت شرعی در قضاوت ندارد، رجوع نمایند تا در نزاع رخ داده در بینشان حکم کند (الدسوقی مالکی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۲).

ابن مسعود کاسانی نیز در بدائع الصنائع قائل به مشروعیت قضاوت تحکیم شده است (کاسانی، ۱۴۱۸ق، ص ۹۳).

در میان مذاهب اهل سنت نیز مذهب شافعیه در یکی از دو قول خود، قائل به مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی شده است. مذهب شافعی در باب لزوم حکم قاضی تحکیم بر طرفین دعوا، دو قول را مطرح کرده است: اول اینکه به سبب نفس حکم قاضی بر افراد، این حکم لازم می‌شود؛ دوم اینکه بعد از صدور حکم توسط قاضی تحکیم، نفوذ و تأثیر این حکم متوقف بر ترازی طرفین دعوا است؛ بنابراین در صورت ترازی طرفین بعد از صدور حکم قاضی تحکیم، بر هردو لازم العمل می‌شود (عمرانی شافعی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۳، ص ۲۳).

النووی دمشقی در کتاب روضة الطالبین نیز قول اظهر در نزد جمهور اهل سنت را جواز و مشروعیت قضاوت تحکیمی بر شمرده است (نووی، ۱۴۲۱ق، ج ۸، ص ۱۰۵).

ابن رشد قرطبی از علمای مالکیه در کتاب خود نسبت به مبحث مشروعیت قاضی تحکیم در بین مذاهب اهل سنت گفته است که در بین علمای اهل سنت نسبت به نفوذ حکم کسی که ولایت شرعی بر احکام ندارد و طرفین دعوا نسبت به آن فرد تراضی دارند (قاضی تحکیم) اختلاف وجود دارد. در میان مذاهب اهل سنت، مالکیه قائل است که قضاوت تحکیمی جائز است و ابوحنیفه نیز قائل شده که حکم قاضی تحکیم نافذ است؛ البته به شرطی که حکم او موافق حکم قاضی بلد باشد (قرطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۶، ص ۴۶۶).

۲-۲. عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی

در میان فقهای شیعه، علامه حلی در کتاب تحریر الأحکام با نفوذ حکم قاضی تحکیم بعد از قضاوت مخالفت کرده است و آن را نپذیرفته و فرموده است: حکم چنین قاضی بر طرفین دعوا لازم نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۱۳). از جمله فقهای امامیه که اصل مشروعیت قضاوت تحکیمی را نپذیرفته‌اند، آقاضیاء عراقی است. ایشان در این باب می‌فرماید: مسئله قضاوت تحکیمی از اصول مورد بحث در فقه امامیه نیست؛ بلکه از اصول فقه اهل سنت است و در ادله و منابع اولیه فقه شیعه مطلبی درباره قضاوت تحکیمی وجود ندارد؛ از این رو شایسته است که اصل بحث قضاوت تحکیمی در فقه شیعه را انکار کنیم؛ همچنین مولی علی کنی نیز که از فقهای شیعه بوده است، اصل بحث قضاوت تحکیمی را دارای اعتبار نمی‌داند (عراقی، بی‌تا، ص ۲۱).

از جمله فقهای دیگر امامیه که در مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی تشکیک کرده است و از کلام ایشان برداشت مخالفت می‌شود، موسوی خلخالی است. ایشان در کتاب حاکمیت در اسلام خود در این باب می‌فرماید: در زمان حضور، افراد خاصی به نصب خاص از ناحیه امام منصوب می‌شدند و گاهی اوقات نیز ممکن بود که خود متخاصمین کسی را به عنوان قاضی تعیین کنند؛ یعنی چنین مقامی را به او بدهند تا میان آن‌ها قضاوت کند و دعوا را خاتمه دهد، اعم از آنکه قاضی منصوب در اختیار باشد یا خیر؛ یعنی در قاضی تحکیم، هیچ‌گونه اضطراری مطرح نبود؛ ولی سخن در این است که آیا شریعت، اعتباری برای چنین قضاوتی قائل شده است یا نه؟ یعنی آیا نصب متخاصمین موضوع امضای شرعی قرار می‌گیرد؟ و ثمره چنین اعتباری نفوذ قضاوت در جمیع آثار حقوقی و حکمی خواهد بود؟ همان‌طور که بیان شد تعدادی از فقیهان بر اعتبار

شرعی چنین قضاوتی ادعای شهرت بلکه اجماع نموده‌اند و اعتبار قضاوت تحکیمی نزد جمعی از علمای عامّه نیز ثابت است. از نظر موسوی خلخالی، قاضی تحکیم از این جهت که با رضایت طرفین انتخاب شده است، شرایط کمتری در او در نظر گرفته می‌شود و متقابلاً اعتبار و رسمیت او از اعتبار قاضی منصوب کمتر خواهد بود؛ همچنین اجتهاد در او شرط نیست و نیاز به اجازه فقیه ندارد؛ بنابراین نمی‌تواند حدود را اجرا کند؛ گرچه جمعی از علما و شاید اکثر آن‌ها فرموده‌اند که وجود تمام شرایط از جمله «اجتهاد» در قاضی تحکیم نیز ضروری است؛ ولی این سخن به انکار وجود قاضی تحکیم بازمی‌گردد؛ زیرا فقیه، خود قاضی منصوب است و دیگر حاجت به حکمیت و انتخاب طرفین ندارد و انتخاب طرفین به او رسمیت زائدی نمی‌دهد. به هر حال، سخن ما در قضاوت فردی است که به انتخاب متخاصمین تعیین شده است و دارای مرتبه فقاهاست نیست. بدیهی است که اعتبار قضاوت چنین فردی بستگی کامل به وجود دلیلی خواهد داشت که بتوان به استناد آن، تمامی آثار شرعی را مرتب نمود؛ اما به نظر می‌رسد دلیل معتبری در کتاب و سنت وجود ندارد؛ بنابراین حکم قاضی تحکیم هیچ‌گونه رسمیت و اعتبار شرعی نخواهد داشت و عمل به آن بستگی کامل به رضایت متخاصمین دارد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۱).

در میان مذاهب اهل سنت نیز فقط مذهب شافعیه در یکی از دو قول خود قائل به عدم جواز حکم قضاوت تحکیمی شده است. غزالی که از فقهای مذهب شافعی است، قائل به ممنوعیت قضاوت تحکیمی است و گفته است: «التحکیم جائز علی اضعف القولین» (غزالی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۳۸).

از این کلام برداشت می‌شود که عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی از نظر مذهب شافعیه اقوی است، همان‌طور که در کتب دیگر مذاهب اهل سنت نیز به همین عدم جواز قضاوت تحکیمی از نظر مذهب شافعیه (البته بنابر یکی از دو قول مذهب شافعیه) تصریح شده بود.

۲-۳. تفصیل بین عصر حضور و غیبت امام معصوم علیه السلام

از میان فقهای شیعه که قائل به تفصیل بین عصر حضور و غیبت شده است و قضاوت تحکیمی را تنها در عصر حضور جایز و مشروع می‌داند، شهید ثانی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۴).

میرزای قمی نیز در کتاب خود، به اختصاص مشروعیت قاضی تحکیم در عصر حضور معصوم علیه السلام تصریح نموده و فرموده است: امضای حکم مجتهد جامع الشرائط در عصر غیبت، متوقف بر

تراضی خصمین یا طرفین دعوانیست (میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۵۹۷).

صاحب جواهر نیز قائل به عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی در عصر غیبت شده است و پس از آن که استدلال قائلین به اعتبار آن را رد می کند، چنین می فرماید:

«با آنچه گفتیم روشن شد که گفتار علمای اهل سنت درباره مشروعیت قاضی تحکیم با اصول استدلالی ما تطبیق نمی کند، چه رسد به فروعی که بر آن مترتب نموده اند و اما گفته اصحاب ما (علمای شیعه) در اعتبار آن مسئولیتش به عهده خود آنان است که خود دانند به نحو تطبیق ادله بر گفتارشان» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۴۰).

ایشان در ادامه کلام خود مشروعیت قضاوت تحکیمی را مختص به زمان حضور معصوم علیه السلام می داند و برای تأیید کلام خود عبارت شهید ثانی در مسالک را نقل می کند (همان).

همچنین موسوی اردبیلی در باب اختصاص و عدم اختصاص قضاوت تحکیم به عصر حضور یا غیبت، چهار قول در مسئله را مطرح می فرماید:

۱. عدم لزوم حکم قاضی تحکیم مطلقاً؛
۲. اختصاص به زمان پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم؛
۳. اختصاص به زمان حضور معصوم علیه السلام؛
۴. عدم اختصاص به زمان خاص (لزوم حکم قاضی تحکیم مطلقاً) (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۸).

۳. ادله اقوال فقهای فریقین نسبت به نهاد قضاوت تحکیمی

۳-۱. ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی

الف. کتاب قرآن

از جمله ادله ای که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی در برخی از کتب فقهی امامیه، مثل مبانی تکهله المنهاج و جواهر الکلام استدلال شده است، اطلاق آیات کریمه قرآن است که شامل قاضی تحکیم هست:

«وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده / ۴۵).

«إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء/ ۸۵).

از اطلاق این دو آیه استفاده می شود که عموم افراد، حق داوری دارند، مشروط به آنکه به عدالت رفتار کنند و این شامل قاضی تحکیم هم می شود.

محمد سلام مدکور نیز در مقام بیان ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی می گوید: اصل و عمده دلیل بر مشروعیت قضاوت تحکیمی آیه شریفه: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» (نساء/ ۲۵) است. (مدکور، ۱۴۲۵ق، ص ۱۴۴).

ب. سنت

عمده ترین دلیل بر مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی را می توان روایات برشمرد که از جمله آن، روایت ابی خدیجه است که عبارت است از:

«إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»

«مبادایکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند. بنگرید و مردی از خودتان را که پاره ای از احکام ما را می داند میان خودتان قاضی قرار دهید، من نیز وی را قاضی قرار می دهم؛ بنابراین نزد وی تحاکم کنید» (حرعاملی، ج ۲۷، ص ۱۳).

وجه استدلال به روایت این است که عبارت «فاجعلوه» یا «فليرضوا» که در روایات دیگری نیز وارد شده است، با قاضی تحکیم سازگار است. اگر منظور قاضی تحکیم نباشد «رضایت» و «جعل» طرفین دعوا چه لزومی داشت؛ بلکه کافی بود بفرماید: در صورت اختلاف و نزاع به کسی که پاره ای از احکام ما را می داند «مراجعه» نمایید؛ چرا که من او را میان شما قاضی قرار داده ام؛ ولی امام علیه السلام از تعبیر «رضایت» و «جعل» استفاده می کند نه «مراجعه» که به این معنا است: اگر شما به کسی «راضی» شدید، من هم آن را قبول دارم و شما نزد چنین کسی تحاکم کنید (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۱۰، ص ۲۱۴).

همچنین خوبی نیز دلالت این روایت بر نصب ابتدایی قاضی از جانب امام را نمی پذیرد و آن را از ادله نصب قاضی مطلق یا منصوب بر نمی شمارد. ایشان در این باره می فرماید:



«صحیح این است که روایت نظارتی به نصب قاضی ابتدایی یا منصوب ندارد؛ چراکه سخن امام علیه السلام که فرمودند: "فإِنِّي قد جعلته قاضياً" متفرع بر این سخن امام علیه السلام است که فرمودند: "فاجعلوه بینکم" و منظور از "فاجعلوه" همان قاضی است که طرفین دعوا آن را پذیرفته اند؛ بنابراین نتیجه این می شود که هر کسی را اصحاب دعوا حکم قرار دهند، امام علیه السلام نیز همان را قاضی قرار داده است» (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۱۱).

در کتاب الکافی فی الفقه نیز قول به جواز قضاوت تحکیمی آمده است و ادله ای که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی به آن تمسک کرده اند برخی روایات است. از جمله آن روایتی^۳ از رسول الله صلی الله علیه و آله است که ایشان این نوع قضاوت را تحسین و تأیید نموده، فرموده اند: «ما احسن هذا»؛ همچنین مؤید دیگر بر جواز قضاوت تحکیمی که اقامه کردند تحاکم عمر و پدرش به جناب زید بن ثابت و تحاکم عثمان و طلحه به جبرین مطعم است (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۷).

ج. سیره عقلا

از جمله ادله دیگر بر مشروعیت قضاوت تحکیمی، سیره عقلاء و متشرعه است؛ چراکه تحاکم بین افراد امری است که از گذشته بین عقلا وجود داشته و همان گونه که پیش از این گفته شد، با توجه به آیات قرآن کریم و شواهد تاریخی در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله نیز سابقه داشته است و قرآن کریم آن را ردع ننموده است و امامان علیهم السلام نیز نهی و انکار نکرده اند و این دلیل بر پذیرفته شدن نهاد قضاوت تحکیمی نزد شارع مقدس است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۱۹).

د. اجماع

از جمله ادله دیگر امامیه بر مشروعیت و جواز حکم قاضی تحکیم، اجماعی است که مستند به روایت دال بر جواز این مطلب است:

«قَالَ انْظُرُوا إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَارْضَوْا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ قَدْ

اسْتَخَفَّ وَعَلَيْنَا رَدُّو الرَّاذِلُ عَلَيَّ اللَّهُ وَهُوَ عَلَى حَدِّ الشِّرْكِ بِاللَّهِ» (اصول کافی؛ ج ۷، ص ۲۱۴).
 «ما روی عن النبی ﷺ انه قال: من حکم بین اثنین تراضیا به، فلم يعدل بينهما، فعليه لعنة الله»
 (ابن حجر، ۹۱۴۱ق، ج ۴، ص ۵۸۱، ذیل حدیث ۴۸۰۲).

شیخ طوسی در ذیل این ادله می‌فرماید: اگر حکم قاضی تحکیم در حق طرفین دعوانافذ و جایز نبود، وعید دادن به لعن از جانب خدا نباید صورت می‌گرفت؛ همچنین اگر حکم قاضی تحکیم بر طرفین لازم نشود، دیگر معنایی برای طرح ترافع در نزد قاضی تحکیم وجود ندارد و طرح ترافع و نزاع در نزد قاضی با وجود تراضی طرفین بر حکم واقع شدن قاضی تحکیم لغو می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲).

همچنین از نظر اهل سنت اجماع صحابه بر مشروعیت این نوع قضاوت نیز وجود دارد (مدکور، ۱۴۲۵ق، ص ۱۴۴).

۳-۲. ادله عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی

شهید ثانی در کتاب خود در مقام بیان دلیل بر عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی فرموده است: قضاوت تحکیمی خلاف اصل است و همچنین موجب تفویت ولایت و رأی و نظر قاضی منصوب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۲).

از میان فقهای امامیه، آقاضیاء عراقی که قائل به عدم مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی شده‌اند، درباره بیان ادله قول مختار خود فرمودند: دلیل معتبری بر مشروعیت قضاوت تحکیمی که موجب حصول اطمینان برای فقیه شود، در دسترس نیست و همچنین در ادله قضاوت، اعتبار اذن از طرف امام معصوم ﷺ نیز وجود دارد و این خود برای اثبات عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی که مخالف اصل و اعتبار است، کفایت می‌کند؛ همچنین منصب قضاوت دارای ولایت شرعیه مطلقه بر حکم است و به صرف تحکیم مترافعین با رجوع به او و تراضی بر حکم او، مشروعیت پیدا نمی‌کند؛ بنابراین عمده دلیل از نظر ایشان بر مشروعیت قضاوت تحکیمی فقط اجماع است و روایات وافی به اثبات این مطلب نیست و دلیل دیگر ایشان اشتراط جمیع شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم است که با این فرض، دیگر موضوعی برای قاضی تحکیم باقی نمی‌ماند (عراقی، بی تا، ص ۲۱).

همان طور که بیان شد، مذهب شافعیه در یکی از دو قول خود، قائل به عدم جواز قضاوت تحکیمی



شده‌اند و غزالی از علمای مذهب شافعی در مشروعیت قضاوت تحکیمی اشکال و آن را ضعیف‌ترین اقوال دانسته است و دلیلی بر این مطلب ذکر نکرده است.

۳-۳. ادله قول به تفصیل بین عصر حضور و غیبت امام معصوم^ع

همان‌گونه که ذکر شد، قاضی تحکیم فردی است که همه شرایط قضاوت را دارد مگر این که منصوب از ناحیه امام^ع نباشد؛ بلکه صرفاً طرفین دعوا رضایت به قضاوت او داده‌اند؛ ولی برخی از فقیهان با عنایت به روایات صادر شده که همه فقیهان جامع الشرائط را در زمان غیبت نایب امام^ع می‌دانند، وجود قاضی تحکیم را در زمان غیبت منکر شده‌اند؛ زیرا با توجه به ضرورت شرط اجتهاد در امر قضاوت، همه کسانی که صلاحیت قضاوت را دارند، دارای ولایت قضایی هستند؛ بنابراین در زمان غیبت، قاضی واجد شرایط و ولی غیر منصوب، وجود ندارد تا طرفین دعوا نسبت به او تراضی نمایند. (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۲۱۵).

شهید ثانی در مسالک می‌فرماید: با توجه به این که بین فقیهان اتفاق وجود دارد که قاضی تحکیم باید تمام شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد را داشته باشد؛ بنابراین قاضی تحکیم مختص به زمان حضور امام معصوم^ع است و در زمان غیبت وجود قاضی تحکیم تصور نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۴).

از نظر مؤلف آن چه از مجموع ادله از جمله اطلاق ادله کتاب و سنت و همچنین فقدان مخصص، مقید، وجود شهرت، سیره متشرعه و سیره عقلا که ردع و منعی از جانب شارع نسبت به آن‌ها وارد نشده است، به دست می‌آید این است که قول به مشروعیت این نهاد قضاوت برای حل و فصل دعاوی مردم، قول اقوی بلکه صحیح در مسئله است و طبق ادله نمی‌توان تفصیلی بین عصر حضور و غیبت قائل شد و مشروعیت قضاوت تحکیمی را منحصر در عصر حضور دانست؛ همچنین آنچه مؤید قول به صحت مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی در عصر غیبت است، مطابق بودن این قول با مقاصد و اغراض کلی شارع است، از جمله برقراری عدالت و عدم تضییع حقوق مردم و حفظ مصلحت جامعه اسلامی و حفظ نظام اسلامی و همچنین کفایی بودن وجوب قضاوت در عصر غیبت. در صورت عدم پذیرش این نهاد قضاوت، کلیه این اهداف شارع رعایت نمی‌شود و موجبات مفاسدی برای حکومت اسلامی و اختلال نظام زندگی مردم می‌شود.

۴. قلمرو و کاربرد قضاوت تحکیمی

همان گونه که در ابتدای تحقیق ذکر شد، پرسش این است که دامنه کاربرد قضاوت تحکیمی تا کجاست؟ آیا صرفاً در دعاوی حقوقی کاربرد دارد یا در مورد دعاوی کیفری نیز می توان آن را به کار گرفت؟ از سوی دیگر آیا قلمرو آن صرفاً در حق الناس یا حقوق خصوصی است یا در حق الله یا حقوق عمومی نیز کاربرد دارد؟

در ماده ششم قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب که به صورت عام نگارش شده است، قضات تحکیم می توانند هم در دعاوی حقوقی و هم دعاوی کیفری قضاوت نمایند. از دیدگاه فقه نیز اطلاق دلیل مشروعیت قاضی تحکیم اقتضا می کند که قاضی تحکیم بتواند هم در دعاوی حقوقی و هم دعاوی کیفری قضاوت کند. در این باره می توان به روایت ابی خدیجه از امام صادق علیه السلام اشاره کرد که حضرت فرمود:

«یا اکرم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم، فإنّ جعلته قاضياً فتحاكموا إليه» (حر عاملی، ج ۷۲، ص ۳۱).

طبق نظر شهید اول، حکم قاضی تحکیم در باب مجازات یا حدود قابل جریان و نافذ است. ایشان در ادامه می فرماید: در مشروعیت قضاوت تحکیم به خاطر فاقد بودن مخصص در ادله قضاوت تحکیم، این قضاوت در ابواب فقهی مثل نکاح و قصاص و لعان و قذف نیز مشروعیت دارد و جاری است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۸).

شهید ثانی نیز در مسالک نقل می کند که علامه در کتاب قواعد و برخی شافعیه نیز قائل هستند که حکم قاضی تحکیم در استیفاء و اجرای مجازات ها و حبس، نافذ و مشروع نیست و می فرماید: از این حیث که این امور از جمله امور خطیر و حساس است و نیاز به ولایت شرعی دارد؛ بنابراین غیر حاکم شرعی صلاحیت صدور چنین احکامی در این قلمرو را ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۳).

فاضل هندی در این باره بحث می فرماید:

«حکم قاضی تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله، حتی در مجازات ها به دلیل عام بودن دلیل مشروعیت، نافذ و لازم است» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۶).

همچنین موسوی اردبیلی در قلمرو جواز قضاوت تحکیمی نیز متعرض اقوال فقها شده، فرموده است: در

قلمرو حکم قاضی تحکیم چهار قول از بین اقوال فقها استخراج شده است که عبارت اند از:

الف. جواز تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله حتی مجازات ها. این قول مختار حنابله و بعضی از شافعیه نیز هست؛

ب. جواز تحکیم در کلیه احکام به استثنای چهار موضع، از جمله باب نکاح و قذف و لعان و قصاص؛

ج. جواز تحکیم در خصوص حقوق الناس فقط، نه در حقوق الله؛

د. جواز تحکیم در امور مالی و احوال شخصیه (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۳۱).

موسوی خلخالی با توجه به مبنای خود که در مباحث قبل بیان شد، در قلمرو حکم قاضی تحکیم می فرماید: نفوذ حکم «قاضی تحکیم» محدود به «حق الناس» مانند امور مالی است که تمام اختیار آن در دست طرفین دعوا است و می توانند از آن بگذرند، و در «حق الله» یا «حقوق مشترک» قضاوت تحکیمی اعتبار شرعی ندارد؛ بلکه برخی قائل شده اند که رضایت طرفین حتی بعد از صدور حکم نیز لازم است؛ به این ترتیب حکم قاضی تحکیم هیچ گونه رسمیت و اعتبار شرعی نخواهد داشت و عمل به آن بستگی کامل به رضایت متخاصمین دارد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۴).

ابن قدامه مقدسی حنبلی قائل است که حکم قاضی تحکیم نسبت به امور نکاح و لعان و قذف و قصاص نافذ نیست؛ زیرا با توجه به حساسیت و تمایز خاص آن ها با سایر امور شرعی، حکم در آن ها مختص به امام عليه السلام و نایب او است (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۱، ص ۴۸۴).

سایر فقهای اهل سنت نیز در آن چیزی که تحکیم در آن جایز است اختلاف کرده اند، به این صورت که عده ای قائل شدند که تحکیم در هر چیزی که نسبت به آن طرفین دعوا تحاکم نمودند جایز است و مستند آن ها قیاس به قاضی منصوب است؛ ولی عده ای دیگر قائل اند که فقط در خصوص امور مالی تحکیم جایز است، ولی در اموری مثل نکاح و قصاص و حد قذف تحکیم جایز نیست؛ زیرا در این امور احتیاط لازم است و فقط قاضی منصوب صلاحیت حکم در این امور مذکور را دارد (همو، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۷).

دسوقی در کتاب حاشیه خود بر شرح کبیر گفته است: حکم قاضی تحکیم فقط در امور مالی و جراحات جایز است و در اموری مثل حدود و لعان و قتل و ولایت بر شخص دیگر و نسب و طلاق و عتق جایز

نیست (الدسوقی مالکی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴).

النووی دمشقی در کتاب خود در باب محدوده کاربرد قضاوت تحکیمی گفته است: عده‌ای قائل اند که قضاوت تحکیمی فقط در امور مالی جایز است و در اموری مثل نکاح و لعان و قصاص و حد قذف، قطعاً جایز نیست و همچنین نهایت چیزی که برای قاضی تحکیم جایز است، فقط اصدار و اثبات حکم است و حق اجرا و استیفای حکم را ندارد (النووی، ۱۴۲۱ق، ج ۸، ص ۱۰۵).

غزالی نیز در کتاب الوجیز بعد از اینکه اصل قضاوت تحکیمی را جایز می‌داند، می‌گوید: قضاوت تحکیمی بنابر اضعف دو قول در اموال جایز است و در جواز آن در نکاح اختلاف وجود دارد که اولی و سزاوارتر این است که قائل به منع مشروعیت قضاوت تحکیمی در نکاح شویم؛ همچنین در امور کیفری و مجازات‌ها نیز قضاوت تحکیمی جریان ندارد و مشروع نیست؛ اگر چنانچه قاضی منصوب در شهر باشد، جواز قضاوت تحکیمی ابعاد است، ولی اگر این نوع قضاوت را در صورت وجود قاضی منصوب در شهر جایز بدانیم، قاضی تحکیم حق اجرای مجازات‌ها و حبس را ندارد (غزالی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۸۰).

۵. لزوم تراضی به حکم بعد از قضاوت تحکیمی

از آنجا که مشروعیت قاضی تحکیم بر اساس تراضی طرفین دعوا است، یکی از مسائل مورد بحث این است که آیا علاوه بر تراضی قبل از حکم، نیازمند به تراضی بعد از حکم هم هستیم یا خیر؟

عده‌ای از فقیهان عقیده دارند که بعد از تراضی و صدور حکم، نیازی به قبول و رضایت به حکم نیست و رأی قاضی بر طرفین نافذ و لازم است.

شهید اول می‌فرماید: قول اقرب به واقع این است که رضایت طرفین مرافعه بعد از صدور حکم قاضی تحکیم، شرط نیست و باعث نقض حکم او نمی‌شود. ایشان در ادامه متذکر می‌شود که وجود تمام شرایط قضاوت در قاضی تحکیم نیز شرط است و اگر چنانچه یکی از طرفین مرافعه قبل از صدور حکم توسط قاضی تحکیم، از رضایت خود نسبت به قاضی واقع شدن آن فرد برگشت؛ اگرچه در اثنای صدور حکم هم باشد، این حکم قاضی تحکیم نافذ و دارای اثر شرعی نیست (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۸).

شهید ثانی در مسالک فرموده است: اگر قبل از رجوع یکی از طرفین دعوا، حکم توسط قاضی تحکیم

صادر شد، حکم قاضی بر طرفین لازم می‌شود و رضایت طرفین بعد از صدور قطعی حکم شرط نیست؛ اما برخی از علمای اهل سنت قائل هستند که رضایت طرفین ترافع بعد از صدور حکم قاضی تحکیم نیز شرط نیست و دلیل آن‌ها این است که همان‌طور که رضایت طرفین دعوا در اصل حکم قاضی تحکیم شرط است، در لزوم این حکم هم شرط خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۳).

محقق حلی نیز می‌فرماید: اگر طرفین دعوا فردی را به عنوان قاضی پذیرفتند و نزد او طرح دعوا نمودند و قاضی حکم صادر کرد، حکم او بر طرفین دعوا لازم است و رضایت آن‌ها شرط نیست (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۰).

خوانساری نیز در شرح عبارت کتاب مختصر محقق حلی چنین می‌فرماید:

«اگر دو نفر در مورد قضاوت کردن شخصی که شرایط اجتهاد را دارد تراضی کردند، سپس او حکم صادر کرد، حکم او بر آن‌ها نافذ و لازم است؛ زیرا طبق روایت مقبوله عمر بن حنظله از رد و انکار حکم چنین قاضی منع شده است؛ پس با توجه به این مطلب مذکور، دیگر مجالی برای طرح اشتراط و عدم اشتراط رضایت بعد از حکم قاضی باقی نمی‌ماند» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۰).

آیت‌الله سبحانی نیز وجود تراضی بعد از صدور حکم را در قضاوت تحکیمی شرط نمی‌دانند و قول حق را همین می‌دانند و برای این قول دو دلیل اقامه نموده‌اند که به شرح زیر است:

۱. همانا قاضی تحکیم موضوع جدیدی نیست، بلکه قاضی تحکیم و قاضی منصوب از اقسام قاضی ماذون در عصر غیبت است؛ ولی صرفاً برای حفظ نظم در عصر غیبت، قاضی غیرمنصوب با این که شایستگی قضاوت را دارد و فقیه جامع‌الشرایط است، از شأن قضاوت کناره‌گیری می‌کند؛ پس اگر این فرد که اهلیت قضاوت را دارد در امری که ادله منع شامل آن مورد نمی‌شود قضاوت کند، حکم او نافذ و مشروع هست و ادله نفوذ قضاوت شامل آن می‌شود که از جمله آن ادله این دلیل است:

«إِذَا حُكِمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَخَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَعَلِينَا رَدُّ وَالرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ» (کلینی، ۱۴۵۰، ج ۱، ص ۶۷).

۲. اگر نفوذ حکم قاضی تحکیم منوط به رضایت طرفین دعوا باشد، لغو بودن چنین قضاوتی لازم می‌آید؛ زیرا در این فرض از دو حال خارج نیست: یا تراضی طرفین حاصل می‌شود و یا حاصل نمی‌شود که بنابر حالت اول آنچه که فیصله دهنده نزاع است، درحقیقت همان تراضی می‌شود، نه قضاوت قاضی تحکیم و قضاوت در این حالت اول به منزله افتاء می‌شود؛ بنابر حالت دوم نیز قضاوت قاضی تحکیم بدون اثر و کنار گذاشته می‌شود که این هم موجب لغویت قضاوت می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۲۳).

شرینی در مغنی المحتاج در باب اشتراط رضایت به حکم در قضاوت تحکیمی می‌نویسد: قول اظهر این است که رضایت بعد از حکم در اعتبار قضاوت تحکیمی شرط نیست و قول دیگر در مسئله این است که عده‌ای رضایت بعد از حکم را نیز در اعتبار قضاوت تحکیمی شرط می‌دانند و می‌گویند: همان طور که رضایت در اصل حکم قاضی تحکیم معتبر و لازم است، در لزوم آن نیز معتبر و لازم است (شرینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۳۷۹).

ابن ابی الدم شافعی در ادب القضاء در باب لزوم حکم قاضی تحکیم می‌گوید: در این باب دو قول وجود دارد که اصح از آن دو قول این است که قول قاضی تحکیم همانند حاکم ذاتاً لازم است و نیازی به رضایت متخاصمین بعد از صدور حکم نیست؛ همچنین در مورد اتفاق فقهای اهل سنت این است که هرگاه طرفین دعوا به حکم قاضی تحکیم تراضی نمودند؛ ولی قبل از صدور حکم از جانب قاضی، یکی از طرفین از تحکیم خود برگشت، حکم چنین قاضی نافذ نیست (ابن ابی الدم، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۴۲۹).

در مذهب حنبلی، عبدالله بن قدامه مقدسی در این باب می‌گوید: اگر یکی از طرفین دعوا قبل از شروع حکم قاضی تحکیم، از تحکیم خود برگشت و منصرف شد، برای او چنین حقی وجود دارد؛ زیرا همان طور که در اول تحکیم رضایت طرفین دعوا شرط است، در ادامه تحکیم هم رضایت شرط است؛ اما اگر یکی از طرفین دعوا بعد از شروع حکم قاضی تحکیم و قبل از تمام شدن آن از تحکیم خود رجوع کرد، دو وجه در مسئله مطرح است؛ یک وجه جواز چنین رجوعی برای چنین فردی است؛ زیرا حکم قاضی تحکیم هنوز تمام نشده است و وجه دوم عدم جواز چنین رجوعی است؛ زیرا پذیرش این وجه منجر به این تالی فاسد می‌شود که هریک از طرفین دعواتا متوجه شد که رأی حاکم بر علیه اوست، از تحکیم خود رجوع می‌کند و این برخلاف مقصود از تحکیم است (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۸۱).

نتیجه‌گیری

آنچه از تفحص اقوال فقهای شیعه و اهل سنت در باب جایگاه قضاوت تحکیمی به دست آمد، این است که:

به طور کلی، غالب فقهای شیعه و اکثر قریب به اتفاق فقهای اهل سنت قائل به مشروعیت و جواز قضاوت تحکیمی در شریعت شده‌اند و ادله‌ای از کتاب و سنت و اجماع نیز برای آن اقامه کرده‌اند؛ اما مناقشات اندکی میان فقیهان در این باب صورت گرفته است که موجب اختلاف آرا در بین فقهای شیعه شده است.

عده‌ای اندکی از فقیهان، از جمله آقاضیاء عراقی و علامه حلی، مشروعیت قاضی تحکیم را نپذیرفتند و قائل شدند که در نظام قضایی اسلام چنین تأسیسی وجود ندارد. برخی دیگر از فقیهان، مشروعیت قضاوت تحکیمی را به طور مطلق پذیرفتند. عده‌ای دیگر نیز در مشروعیت قضاوت تحکیمی بین زمان حضور امام علیه السلام و غیبت تفصیل قائل شدند و فرموده‌اند: قضاوت تحکیمی فقط مختص به زمان حضور معصوم علیه السلام است و در این زمان فقط مشروعیت دارد و قضاوت تحکیمی به هیچ وجه در عصر غیبت تصور نمی‌شود. این قول به اشتراط اجتهاد و عدم آن در قاضی تحکیم برمی‌گردد، به طوری که مشهور فقهای امامیه قائل به اشتراط کلیه شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد در قاضی تحکیم بوده‌اند و عده‌ای از فقهای امامیه مانند محقق خویی، قائل به اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم نبوده، آن را نپذیرفته‌اند.

در میان فقهای اهل سنت نیز در مورد مشروعیت قضاوت تحکیمی، عده‌ای قائل به مشروعیت قضاوت تحکیمی مطلقاً بوده‌اند؛ در حالی که عده‌ای دیگر مانند برخی از شافعیه، قائل به عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی بوده‌اند و برخی از جمله حنفی‌ها، مشروعیت حکم قاضی تحکیم را منوط به تطابق حکم او با حکم قاضی بلد نموده‌اند.

همچنین، در باب قلمرو قضاوت تحکیمی، از نظر فقهای امامیه روشن شد که قاضی تحکیم با توجه به اطلاق ادله و فقدان محصص و مقید معتبر، در کلیه دعاوی مدنی و کیفری می‌تواند قضاوت نماید و منعی وجود ندارد و در قانون نیز همین قول تأیید شده است و مختار مؤلف هم همین قول است؛ اما اهل سنت در این فرع قائل به این قول شدند که قاضی تحکیم فقط در حقوق مالی می‌تواند قضاوت کند و قضاوت او در امور

کیفری و مجازات‌ها از جمله حدود، قذف، نکاح، لعان و قصاص، به خاطر حساسیت بالای آن، جایز نیست.

فرع آخر مربوط به مبحث شرطیت رضایت طرفین دعوا قبل و بعد از حکم قاضی تحکیم بود. از نظر مؤلف، بعد از بررسی اقوال فقهای فریقین و ادله آن‌ها، قول صحیح در مسئله این است که با توجه به تعریف قاضی تحکیم و نیز اطلاق ادله مثل روایت مقبوله عمر بن حنظله، شرطیت رضایت طرفین دعوا فقط در ابتدای تحکیم و قبل از صدور حکم قاضی تحکیم مطرح است؛ اما بعد از صدور حکم توسط قاضی تحکیم، رضایت طرفین به هیچ وجه شرط نیست. همچنین آن چه مید نظریه مختار در این فرع محسوب می شود، این است که شرطیت تراضی طرفین دعوا گرچه بعد از اصدار حکم، خلاف مقصود و غرض جعل نهاد قضاوت تحکیم است و قضاوت تحکیم اساساً بی مورد و لغو می شود، زیرا هرکس به محض مخالفت حکم قاضی تحکیم بر علیه خود می تواند تحکیم را به هم بزند.

❁ پی نوشت

۱. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ (نساء/۵۸)».
۲. «إطلاق صحیحة الحلبي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجلٍ منا، فقال: ليس هو ذاك، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط» وغير ذلك من الروایات».
۳. روى النسائي في سننه عن شريح بن هانئ عن ابيه هانئ انه لما وفد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعه وهم يكونون هانئا ابا الحكم: فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: «ان الله هو الحكم واليه الحكم فلم تكني ابا الحكم؟ فقال له: ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان. قال: ما احسن هذا (سنن نسائي، ج ۸، ص ۲۲۶)».

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن حجر عسقلانی شافعی، شهاب الدین، (۱۴۱۹ق)، تلخیص الحبر، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، (۱۴۰۳ق)، المغنی و الشرح الكبير، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العربی.
۳. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، (۱۴۲۷ق)، الکافی فی الفقه، چاپ اول، بیروت: المکتبه العصریه.
۴. جمعی از مؤلفان، (بی تا)، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۵. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۶. حسینی حائری، سید کاظم، (۱۴۱۵ق)، القضاء فی الفقه الاسلامی، چاپ اول، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۷. خلخالی، سید محمد مهدی، (۱۴۲۲ق)، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. خوانساری، سید احمد، (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. الدسوقی مالکی، احمد بن عرفه، (۱۴۱۷ق)، حاشیه الدسوقی، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۰. رملی شافعی، شمس الدین، (۱۴۱۴ق)، نهاییه المحتاج فی شرح المنهاج، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۱. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۸ق)، نظام القضاء و الشهادة در الشریعة الاسلامیه الغراء، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۱۲. شریینی، محمد، (۱۳۷۷ق)، مغنی المحتاج، مصر: مکتبه مصطفی البابي الحلبي.
۱۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف اسلامیه.
۱۶. عراقی، ضیاء الدین، (بی تا)، کتاب القضاء، چاپ اول، قم: چاپخانه مهر.
۱۷. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیه، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۱۸. عمرانی شافعی، یحیی بن ابی الخیر، (۱۴۲۱ق)، البیان فی مذهب الشافعی، بیروت: دارالمنهاج.
۱۹. غزالی، محمد بن محمد، (۱۴۲۵ق)، الوجیز فی فقه المذهب الامام الشافعی، بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. قرطبی، محمد بن احمد بن رشد، (۱۴۳۲ق)، بدایه المجتهد و نهاییه المقتصد، تهران: المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه.

۲۱. کاسانی، ابن مسعود، (۱۴۱۸ق)، بدائع الصنائع، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، اصول الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۳. محقق اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده و البرهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
۲۵. مذکور، محمد سلام، (۱۴۲۵ق)، الاجتهاد و القضاء فی الاسلام، قاهره: دارالکتب الحدیث.
۲۶. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۲۳ق)، فقه القضاء، چاپ دوم، قم.
۲۷. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ق)، مبانی تکمله المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی رحمته الله علیه.
۲۸. میرزای قمی، ابوالقاسم، (۱۴۲۷ق)، رسائل المیزان القمی، چاپ اول، قم.
۲۹. نجفی، محمد حسن، (۱۴۲۱ق)، جواهر الکلام، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۳۰. نسائی، احمد بن شعیب، (۱۴۰۱ق)، سنن نسائی، بیروت: دارالرائد.
۳۱. النووی، یحیی بن شرف، (۱۴۲۱ق)، روضه الطالبین، بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
۳۲. همدانی الحموی (ابن ابی الدم)، ابراهیم بن عبد الله، (۱۴۰۴ق)، ادب القضاء، چاپ اول، بغداد: مطبعة الارشاد.



Semiannual Journal of Teachings of Comparative Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

Research Article

The Status of Arbitral Adjudication in Islamic Law from the Perspective of Both Sunni and Shia Schools

Morteza Delbarian¹ 



Abstract

An "arbitral judge" (*qāḍī taḥkīm*) is a term in judicial jurisprudence that is used in contrast to a "state-appointed judge" (*qāḍī maṣṣūb*). The disputing parties appoint the former to adjudicate between them.

One of the problems that the judicial system faces today is the accumulation of a large number of cases in the courts for review and issuance of verdicts, which requires a great deal of time for the officials in charge to examine each of the claims. In order to solve this problem, what has been raised in jurisprudence by Shia and Sunni jurists is the institution of arbitral adjudication. There are differences of opinion among Islamic jurists regarding the legitimacy of arbitral adjudication, and this has caused some to believe in the legitimacy of this type of adjudication, some to believe in its illegitimacy, and others to believe in differentiating between the time of the presence and absence of the infallible Imam (j). In this paper, an attempt has been made to present various jurisprudential theories to solve the aforementioned problem. The novelty of this article can be considered as the comparative examination of the theories along with the evidence of each in Imami and Sunni jurisprudence. In this paper, the legitimacy of this institution of adjudication in the era of absence and in the Islamic government for the realization of people's rights has been proven; also, what confirms the theory of the legitimacy of the institution of arbitral adjudication is the conformity of this theory with the general goals and purposes of the Lawgiver, including the Preservation of social system and the interest of the Islamic community, and the non-violation of people's rights and the realization of people's right in the era of absence.

Keywords: Arbitrator, Judicial Jurisprudence, Legitimacy of Arbitral Adjudication, Jurisprudential Theories.

Received date: 2024/06/20

Accepted date: 2024/12/03

1 . Level 4 student of Khorasan Seminary and PhD student in Jurisprudence and Principles of Law, Islamic Sciences Razavi University, Mashhad-Iran. morteza.delbarian1395@gmail.com