



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

زمان چاپ: ۱۴۰۲/۰۸/۲۰

شماره مجوز مجله: ۸۰۴۰۰

## مشروعیت قاضی تحکیم و قضاوت شورایی در عصر حاضر براساس قاعده اطلاق ادله

عباس نوری<sup>۱</sup>، سعید آقا بیگی<sup>۲</sup>، پریسا گل زاده<sup>۳</sup>

۱- سطح چهار (دکتری) حوزه علمیه قم

۲- سطح چهار (دکتری) حوزه علمیه قم

۳- سطح دو (کارشناسی) حوزه علمیه خراسان

### چکیده

قضاوت از اموری است که هیچ جامعه‌ای از آن بی‌نیاز نیست و هرچند نظر فقهای امامیه بر لزوم نصب آن از سوی معصوم حاضر است، اما اطلاق ادله مربوط به قضاوت باعث می‌شود که فقها قاضی تحکیم در عصر غیبت را نیز مشروع بدانند. پژوهش حاضر که با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی تحلیلی انجام گرفته است به این سؤال پاسخ داده است که مشروعیت قاضی تحکیم و قضاوت شورایی در عصر حاضر براساس قاعده اطلاق ادله چگونه اثبات می‌شود؟ یافته‌های پژوهش نشان داد که فقها براساس ادله عقلی و نقلی، لزوم نصب قاضی تحکیم را مطلق دانسته و در صورت غیبت معصوم نیز این الزام نفی نمی‌شود، از این رو نصب قاضی تحکیم و عمل به حکم وی مشروع است. همچنین برخی از فقها قضاوت شورایی را نیز مشروع و بلکه ارجح دانسته‌اند.

### مقدمه

قضاء در لغت یعنی حکم کردن،<sup>۱</sup> حکم کردن و رفع خصومت بین طرفین درگیر بنا بر اعتقاد گروهی از ایشان.<sup>۲</sup> در توضیح معنای حکمیت هم آمده است: «حکمتنا فلانا امرنا» یعنی بین ما حکم می‌کند،<sup>۳</sup> «حکمت فلانا فی کذا و کذا تحکیم» هنگامی به کار

۱. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، ج ۵، ص ۹۹.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۹.

۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، ج ۳، ص ۶۷.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

می‌رود که «کارش را به دیگری واگذار کند»<sup>۴</sup> و گفته می‌شود: «حکمناً فلانا فیما بیتنا» یعنی «حکمیت وی را در بین خودمان جایز دانستیم».<sup>۵</sup>

قاضی بر دو نوع است:

**الف) قاضی منصوب:** «کسی است که از ناحیه امام معصوم (ع) نصب شده است و این نصب گاهی خاص است یعنی امام (ع) شخص به خصوصی را نصب می‌کند و گاهی نصب عام است یعنی امام شخص بخصوصی را نصب نکرده ولی صفات ویژه‌ای را برای قاضی بیان کرده است طوری که هر کس واجد آن صفات باشد می‌تواند قضاوت کند».<sup>۶</sup>

**ب) قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم:** «کسی است که از ابتدا و بالذات برای قضاوت نصب نشده بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوی حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به وی حق اعمال ولایت می‌دهد».<sup>۷</sup> به عبارت دیگر قاضی تحکیم کسی است که طرفین دعوا به قضاوت وی راضی باشند و بایستی: «همه شرایط بلوغ، کمال، طهارت مولد، ذکوریت، اجتهاد، ایمان، عدالت، نصب مگر نصب ابتدائی از ناحیه امام خواه نصب عام یا نصب خاص را داشته باشد».<sup>۸</sup> با توجه به اینکه در دوران غیبت کسی به طور خاص توسط امام معصوم (ع) برای قضاوت منصوب نمی‌شود، مشروعیت قاضی تحکیم باید بررسی شود که این امر با توجه به اطلاق ادله قضاوت ممکن است.

## الف) حکمیت از منظر فقها

شیخ طوسی می‌گوید: «هنگامی که دو نفر به حکمیت شخصی عادی راضی شوند از وی می‌خواهند تا بین آن دو داوری کند».<sup>۹</sup> محقق حلی می‌گوید: «اگر طرفین دعوا به فردی از مردم راضی شوند و قضیه را پیش وی بازگو کنند پس وی می‌تواند حکم کند».<sup>۱۰</sup> علامه حلی می‌گوید: «اگر طرفین دعوا به داوری فردی از مردم راضی شوند و مسأله را نزد وی مطرح کنند او می‌تواند

۴. ابن درید، محمد بن حسن، جمهره اللغه، ج ۲، ص ۱۸۶.

۵. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۱۲، ص ۱۴۲.

۶. حائری، سید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، ص ۲۱.

۷. همان.

۸. همان.

۹. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۲، ص ۶۰۲. اذا تراضی نفسان برجل من الرعیة یحکم بینهما و سألاه الحکم بینهما.

۱۰. حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، ص ۳۱۴. لو تراضی خصمان بواحد من الرعیة و ترافعا الیه فحکم بینهما.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

بین آن دو به داوری بنشیند.<sup>۱۱</sup> شهید ثانی می‌گوید: «قاضی حکم آن کسی است که طرفین دعوا برای حکمت او را بپذیرند حتی اگر قاضی منصوب نیز موجود باشد.»<sup>۱۲</sup>

## ب) مشروعیت حکمیت از دیدگاه فقها

شیخ طوسی ادعا کرده که هیچ خلافی در جواز آن وجود ندارد.<sup>۱۳</sup> شهید ثانی می‌گوید: «اگر دو نفر به یکی از رعیت برای داوری راضی شوند و از وی تقاضای حکمت کنند بدون هیچ خلافی جائز است.»<sup>۱۴</sup> ظاهر کلام کشف اللثام نیز اجماع بر این قضیه است و می‌فرماید: «اگر طرفین دعوا حکمیت یکی از رعیت را بپذیرد به اعتقاد ما هیچ اشکالی ندارد.»<sup>۱۵</sup>

## ج) استدلال‌های جواز حکمیت

۱) از پیامبر (ص) روایت شده که می‌فرماید: «کسی که حکم کند بین دو نفر که حکمیتش مورد رضایت هر دوی آنهاست لکن در حکمش عدالت نوزد لعنت خدا بر وی باد.»<sup>۱۶</sup> با توجه به این روایت مشخص می‌شود که حکمیت جایز است چرا که طبق فرمایش پیامبر (ص) لعنت برای کسی است که در حکمیت عدالت نوزد یعنی اگر عدالت ورزد لعنتی بر او نیست.

۲) از امام صادق (ع) روایت شده که فرمودند: «ایاکم أن یحاکم بعضکم بعضا إلی أهل الجور، و لکن انظرو إلی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم فإنی قد جعلته قاضیا فتحاکموا إلیه» ظرو إلی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم فإنی قد جعلته قاضیا فتحاکموا إلیه»<sup>۱۷</sup> (مبادا یکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند، بلکه در بین خود نگاه کنید و شخصی را که چیزی از احکام می‌داند میان خود قرار دهید، به درستی که من او را در میان شما قاضی قرار دادم، پس مرافعه خود را نزد او برید.) آنچه که در اینجا مورد اعتبار است نظر به قاضی تحکیم دارد، به قول امام (ع): «فانی قد جعلته قاضیا» (من او را قاضی قرار دادم) فرع است بر آن قولش که فرمود: «فاجعلوه بینکم» (او را بین خویش قرار دهید) که او همان قاضی تحکیم است.

<sup>۱۱</sup>. حلی، یوسف بن علی، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، ج ۲، ص ۱۸۰. لو تراضی خصمان بواحد من الرعیة و ترفعا الیه.  
<sup>۱۲</sup>. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۱، ص ۲۷۸. قاضی التحکیم و هو الذی تراضی به الخصمان للحکم بینهما مع وجود قاض منصوب.  
<sup>۱۳</sup>. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۲، ص ۶۰۲. اذا تراضی نفسان برجل من الرعیة یحکم بینهما و سألاه الحکم بینهما کان جائزا بلاخلاف.

<sup>۱۴</sup>. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۳۵۱.

<sup>۱۵</sup>. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، ج ۲، ص ۱۴۰.

<sup>۱۶</sup>. ابن قدامه، موفق الدین، المغنی، ج ۱۰، ص ۱۳۷.

<sup>۱۷</sup>. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

۳) در مقبوله عمر بن حنظله «عن عمر بن حنظله، قال: سألت أبا عبدالله (ع) عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه في دين او ميراث فتحاكما الى السلطان والقضاء أيحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت... قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا، فليرضوا به حكما، فإنني قد جعلته عليكم حاكما و...»<sup>۱۸</sup> (عمر بن حنظله می گوید از ابا عبد الله جعفر بن محمد صادق (ع) در مورد دو نفر از یارانمان که بینشان درگیری در دین یا میراث به وجود آمده بود و حکمیت را به سلطان یا قاضی برده بودند، سؤال کردم؛ که آیا این جائز است؟ امام فرمودند: هر کسی در حق یا باطل برای حکمیت به ایشان مراجعه کند، حکمیت طاغوت را پذیرفته، و آنچه او برایش حکم کند غلط است اگر چه حق مسلم وی باشد، زیرا او به واسطه حکم طاغوت آن را به دست آورده که این مخالف امر الهی است. خداوند متعال در آیه ۶۰ سوره نساء، می فرماید: «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» (می خواهند برای داوری نزد طاغوت و حکام باطل بروند؟ با اینکه به آنها دستور داده شده که به طاغوت کافر شوند) گفتم: پس چه کار کنند؟ فرمود: بنگرند که چه کسی از ایشان احادیث ما را روایت می کند و به حلال و حرام ما توجه دارد، و احکام ما را می شناسد، در این صورت حکمیت وی را بپذیرند، چه من نیز او را بر شما حکم قرار می دهم، و هر گاه حکم کند به حکم ما و از وی نپذیرند حکم خدا را کوچک شمرده اند...) راوی می گوید سپس پرسیدم: «اگر هر یک، شخصی از اصحاب را اختیار کند و طرفین دعوا راضی بشوند که آن دو ناظر بر حقشان باشند و آن دو حکم اختلاف داشته باشند (در حکمت) و حال آن که هر دوی آنها در حدیث شما نیز اختلاف داشته باشند، تکلیف چیست؟ فرمود: حکمیت آنکه عادل تر و فقیه تر و صادق تر در حدیث و با تفاوتی است مورد قبول است و به حکم دیگری توجه نمی شود.»<sup>۱۹</sup>

این اعتبار عمر بن حنظله مانند اعتبار قبلی نظر به قاضی تحکیم دارد زیرا به قول معصوم (ع) که فرمود: «فانی قد جعلته علیکم حاکما» (من او را حاکم بر شما قرار دادم) فرع بر این قول حضرت (ع) «فلیرضوا به حکما» (حکمیت وی را بپذیرند) است چرا که حاکم قرار دادن وی موقوف است بر رضایت طرفین دعوا به حکمیت او، و این همان قاضی حکم است، و این گفته سائل که «فان کان کل واحد اختار رجلا...» همراه با تقریر امام صادق (ع) دلالت بر جواز به حکمیت گرفتن دو نفر است.

۴) نسائی می گوید: «قتیبه خبر داد ما را که زید یعنی ابن مقدم بن شریح از شریح بن هانی از پدرش روایت کرده که هنگامی که به رسول خدا (ص) وارد شد شنید که هانی را با کنیه اباالحکم صدا می کردند. رسول خدا (ص) او را فرا خواند و گفت: خداوند حکم است و حکمت به او مختص؛ پس چرا (تو را) اباالحکم خطاب می کنند؟ گفت: قوم من هنگامی که در مسأله ای به اختلاف بیافتند نزد من می آیند تا بین آنها حکم کنم و بدین ترتیب هر دو گروه راضی خواهند بود. حضرت فرمود: چقدر خوب است، آیا تو فرزندی داری؟ گفت: بلی، شریح و عبدالله و مسلم. حضرت فرمود: کدامیک فرزند ارشد است؟ گفت: شریح. حضرت فرمود:

<sup>۱۸</sup>. همان، ص ۹۹.

<sup>۱۹</sup>. همان.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

پس کنیه تو ابوشریح است، آنگاه برای او و فرزندش دعا نمود.<sup>۲۰</sup> بدین ترتیب عمل صحابی اگر برخاسته از رأی و نظر معصوم (ع) و بیانگر آن باشد می‌تواند به عنوان «حجت» تلقی شود.

## د) قلمرو حکم قاضی تحکیم از دیدگاه فقها

از دیدگاه فقه اطلاق دلیل مشروعیت قاضی تحکیم اقتضاء می‌کند که وی بتواند هم در دعوی حقوقی و هم دعوی کیفری قضاوت کند. فاضل هندی در این مورد می‌فرماید: «حکم قاضی تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله حتی در مجازات‌ها به دلیل عام بودن مشروعیت نافذ و لازم است.»<sup>۲۱</sup> این قول مورد تأیید محقق حلی<sup>۲۲</sup> و شهید اول<sup>۲۳</sup> و همچنین یکی از دو قول اصحاب شافعی می‌باشد.<sup>۲۴</sup> علامه حلی نیز حکم قاضی تحکیم را در کلیه احکام (حتی عقوبات جزائیات) نافذ می‌داند. ایشان می‌فرمایند: «تحکیم در میان مردم جایز است اگر چه در شهر قاضی منصوب باشد.»<sup>۲۵</sup> ولی آیا قاضی تحکیم، حق حبس و اجرای عقوبت را دارد؟ علامه در این خصوص اظهار تردید می‌کند.

شیخ طوسی در کتاب مبسوط معتقد هستند که عموم اخبار صحت قولی را اقتضا می‌کند که بر مبنای آن قضاوت قاضی تحکیم در تمامی احکام و دعاوی جایز می‌باشد.<sup>۲۶</sup> شهید ثانی نیز می‌فرماید: «بله قاضی تحکیم ویژه حق الناس است، زیرا مشروعیت آن بر تراضی طرفین دعوی توقف دارد. بنابراین در حقوق الله نمی‌تواند قضاوت کند زیرا در این موارد شاکی خصوصی ندارد.»<sup>۲۷</sup> شیخ طوسی برخی صلاحیت قاضی تحکیم را مخصوص به دعاوی حقوق الناس و اختلافات مالی و غیر کیفری شمرده‌اند.<sup>۲۸</sup>

گروهی دیگر قائل به صلاحیت کامل قاضی تحکیم مگر در چهار مورد: قذف، لعان، قصاص و نکاح شده‌اند.<sup>۲۹</sup> همچنین به این نظر در المغنی اشاره شده است که یکی از دو قول اصحاب شافعی می‌باشد.<sup>۳۰</sup> صاحب جواهر جواز حکمیت فقط در اموال را از بعضی فقهاء از کتاب الروضه نقل کرده است.<sup>۳۱</sup>

۲۰. ترمذی، محمد، سنن، ج ۸، ص ۲۲۶.

۲۱. فاضل هندی ( بهاء الدین محمد بن الحسن بن محمد الاصفهانی)، کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۲.

۲۲. محقق حلی، شیخ جعفر بن شیخ حسن حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۱۴.

۲۳. شهید اول ( محمد بن جمال الدین مکی العاملی)، اللعنة الدمشقیة، ج ۲، ص ۶۸.

۲۴. ابن قدامة، موفق الدین، المغنی، ج ۱۰، ص ۱۳۷.

۲۵. حلی، یوسف بن علی ابن مطهر، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، ج ۲، ص ۱۸۰.

۲۶. شیخ طوسی ( ابو جعفر محمد بن الحسن)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۱۶۴.

۲۷. شهید ثانی ( زین الدین الجبعی العاملی)، مسالک الافهام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۵۲.

۲۸. شیخ طوسی ( ابو جعفر محمد بن الحسن)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۱۶۵.

۲۹. همان.

۳۰. ابن قدامة، موفق الدین، المغنی، ج ۱۰، ص ۱۳۷.

۳۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰، ص ۲۴.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

## ه) نافذ بودن حکم قاضی تحکیم بعد از قضاوت

اکثر فقها بر این باورند که بعد از تراضی و صدور حکم، نیازی به قبول و رضایت به حکم نیست و رأی قاضی بر طرفین نافذ و لازم است. محقق حلی در این مورد می‌فرماید: «اگر طرفین دعوا شخصی را به عنوان قاضی پذیرفتند و نزد وی طرح دعوی کردند و قاضی حکم صادر کرد، حکم وی بر طرفین دعوی لازم است و رضایت آنها شرط نیست.»<sup>۳۲</sup> شیخ طوسی،<sup>۳۳</sup> شهید اول<sup>۳۴</sup> و شهید ثانی<sup>۳۵</sup> با محقق حلی هم عقیده‌اند. همچنین آیت‌الله خوانساری چنین می‌گوید: «اگر دو نفر در مورد قضاوت کردن شخصی که شرایط اجتهاد را دارد تراضی کنند، سپس وی حکم صادر کند، حکم وی بر آنها لازم و نافذ است، زیرا روایتی که دلیل تشریح قاضی تحکیم است<sup>۳۶</sup> از رد و انکار حکم قاضی تحکیم منع کرده است.»<sup>۳۷</sup>

عده‌ای از فقها با نفوذ حکم قاضی تحکیم بعد از قضاوت مخالفت کرده و آن را نپذیرفته‌اند. علامه حلی در التحریر می‌گوید: «اگر طرفین دعوی به یکی از مردم در حکمیت راضی شوند و حاکم حکم کند حکم وی برای آنها الزامی نمی‌آورد»<sup>۳۸</sup> و ابن قدامه می‌گوید: «حکم قاضی تحکیم برای طرفین دعوی الزام آور نیست مگر به رضایت آن دو، الزام زمانی است که رضایت به آن حکم وجود داشته باشد و رضایت زمانی است که شناخت به حکم داشته باشد.»<sup>۳۹</sup>

## و) شرایط قاضی تحکیم

در مورد شرایط قاضی تحکیم به اجماع فقها، اجتهاد، بلوغ، عقل، حلال زادگی، حافظه قوی و عدالت شرط است.<sup>۴۰</sup> شهید اول در الدروس می‌فرماید: «و جمیع شرایط لازم است.»<sup>۴۱</sup> اما در بینایی و کتابت و مرد بودن قاضی تحکیم اختلاف نظر است.<sup>۴۲</sup> همچنین محقق حلی در کتاب شرایع، اوصاف و شرایط قاضی را عبارت از بلوغ، کمال عقل، ایمان عدالت، پاکی تولد، علم (اجتهاد) و مرد بودن بیان داشته است.<sup>۴۳</sup> علامه حلی در تبصره اشاره می‌کند: «قاضی باید مکلف باشد و مؤمن و عادل و عالم و مرد و حلال زاده

<sup>۳۲</sup> محقق حلی، شیخ جعفر بن شیخ حسن حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۱۵.

<sup>۳۳</sup> شیخ طوسی (ابو جعفر محمد بن الحسن)، الخلاف، ج ۲، ص ۳۲.

<sup>۳۴</sup> شهید اول (محمد بن جمال الدین مکی العاملی) اللعنة الدمشقیة، ج ۲، ص ۶۸.

<sup>۳۵</sup> شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی)، مسالک الافهام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۵۱.

<sup>۳۶</sup> منظور از روایت، روایت مقبول عمر بن حنظله که در قسمت استدلال‌های جواز حکمیت ذکر کردیم، می‌باشد.

<sup>۳۷</sup> خوانساری، احمد، جامع المدارک، ج ۶، ص ۱۰.

<sup>۳۸</sup> حلی، یوسف بن علی ابن مطهر، التحریر، ج ۲، ص ۱۸.

<sup>۳۹</sup> ابن قدامه، موفق الدین، المغنی، ج ۱۰، ص ۱۳۷.

<sup>۴۰</sup> نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۲۸.

<sup>۴۱</sup> شهید اول (محمد بن جمال الدین مکی العاملی)، الدروس، ج ۲، ص ۶۸.

<sup>۴۲</sup> شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی)، مسالک الافهام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۶۸.

<sup>۴۳</sup> محقق حلی، شیخ جعفر بن شیخ حسن حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۳۰۱.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

و حافظه خویش را از دست نداده و کافی نیست به فتوای علما آگاه باشد و به قول آنها عمل کند بلکه باید خود صاحب نظر باشد و صحت حکم خود را بشناسد.<sup>۴۴</sup> شهید ثانی می‌فرماید: «بدان که بنابر اتفاق نظر علماء شرایطی که برای قاضی منصوب لحاظ می‌شود برای قاضی تحکیم نیز شرط می‌گردد.»<sup>۴۵</sup> به نظر برخی فقها به دلیل شمول ادله، مقلد نیز می‌تواند قاضی تحکیم شود، زیرا او نیز عالم به احکام الهی بوده و امین بر حلال و حرام خدا از روی تقلید است.<sup>۴۶</sup> شهید ثانی در کتاب الروضه گفته است: «بر شمردن جمیع شرایط فتوی شرطی است اجماعی، و همینطور شرط بلوغ، عقل، حلال زاده بودن، حافظه قوی و عدالت.»<sup>۴۷</sup> امام خمینی در تحریر الوسیله نیز در صفات قاضی، بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، اجتهاد مطلق، مرد بودن، پاکی تولد و اعلم بودن در بلد را شرط دانسته‌اند.<sup>۴۸</sup>

## ز) فرض قاضی تحکیم در زمان غیبت

فقهائی که قاضی تحکیم را مشروع دانسته‌اند، گفته‌اند که جمیع شروط و صفات معتبر در قاضی منصوب از ناحیه ریاست دین در قاضی تحکیم نیز معتبر است: «فرق بین قاضی منصوب و قاضی تحکیم این است که اولی از جانب رئیس مذهب انتخاب و نصب گردیده، و دومی از ناحیه متخاصمین یعنی طرفین دعوی انتخاب شده است. پس باید واجد مرتبه اجتهاد نیز باشد چنانچه در قاضی منصوب شرط بوده است. بنابراین در موضوع قاضی تحکیم، فقدان اذن رئیس مذهب یعنی امام مأخوذ شده است، چنین قاضی در عصر غیبت امام (ع) غیر متصور است، زیرا در زمان غیبت امام (ع) همه مجتهدان که اهلیت فتوی دارند، در امر قضاوت مأذون از امام (ع) هستند.»<sup>۴۹</sup> چنانچه در خبر عمر بن حنظله اشاره شد و همچنین در توقیع امام عصر (عج) آمده که: «در پیشامدها به راویان حدیث مراجعه کنید، که آنان حجت من بر شمایند و من حجت خدا بر آنها می‌باشم»<sup>۵۰</sup> نیابت عامه برای فقیه جامع شرایط استنباط می‌شود. بدین جهت: «موضوع قاضی تحکیم در زمان غیبت امام (ع) صورت پذیر نیست. و تمام فقهائی که جامع شرایط فتوی در زمان غیبت امام (ع) می‌باشند مأذون از ناحیه امام (ع) هستند. نه فقط در قضاوت، بلکه نائب عام آن حضرت در همه امور شریعت، می‌باشند.»<sup>۵۱</sup>

۴۴. حلی، یوسف بن علی ابن مطهر، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، ج ۲، ص ۶۹۶.

۴۵. شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی)، مسالک الافهام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۱۵.

۴۶. همان، ص ۲۸۳.

۴۷. شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیة، ج ۱، ص ۲۷۹.

۴۸. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۶۷.

۴۹. محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، ص ۶۴.

۵۰. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۱۴۰. أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَأَقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا، فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ.

۵۱. محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، ص ۶۵.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

مرحوم شهید اول در کتاب القضاء می‌فرماید: «و قضاوت وظیفه امام یا نایب ایشان است و در زمان غیبت، قضاوت فقیهی که دارای شرایط افتاء باشد نافذ است حال اگر کسی در مرافعات خود به جای رجوع به فقیه یاد شده نزد قاضی جور رود، گناه کرده است.»<sup>۵۲</sup> شهید ثانی فرموده‌اند: «از آنجا که حکم مجتهدین در زمان غیبت نافذ است قاضی تحکیم وجود ندارد.»<sup>۵۳</sup> همچنین به نظر برخی فقها قاضی تحکیم در زمان غیبت نتیجه عملی ندارد، زیرا: «اگر او مجتهد است حکمش بطور مطلق، چه به عنوان قاضی تحکیم باشد یا نباشد نافذ است و اگر مجتهد نباشد نمی‌تواند قاضی تحکیم بشود.»<sup>۵۴</sup>

به نظر بسیاری از مجتهدین: «فرض وجود قاضی تحکیم مربوط به زمانی قبل از امام صادق (ع) مانند عصر پیامبر (ص) است ولی از زمان امام صادق (ع) به بعد قابل تصور نیست.»<sup>۵۵</sup> بعضی از فقها قاضی تحکیم را در زمان غیبت قابل تصور می‌دانند<sup>۵۶</sup> و عده‌ای دیگر معتقدند که اگر فقیهی امور عامه مردم را عهده‌دار گردد و کسانی را به امر قضاوت منصوب نماید، در این صورت قاضی تحکیم در مورد افراد دیگر معنا پیدا می‌کند.<sup>۵۷</sup>

## ح) مشروعیت حکمیت دو نفر

مقبوله عمرین حنظله مشروعیت حکمیت بین دو نفر را جایز دانسته است، بنا بر این فرض دو نفر می‌توانند در یک مسأله همفکری نموده و یک حکم مشترک اعلام دارند، که آن حکم نیز لازم و قطعی الاجرا برای طرفین دعوی است. نکته دیگر در حکم گرفتن دو نفر این است که گاهی ممکن است هر دو طرف دعوی دو حکم را قبول داشته باشند و با رضایت انتخاب کنند و گاه ممکن است هر یک از طرفین یک حکم را اختیار کنند تا ناظر بر حقوقشان باشد و داوری نماید. در این خصوص در «مقبوله» عمرین حنظله صورت دوم ارجح است.

سوالی که در این میان مطرح می‌شود آن است که اگر طرفین خصم در یک قضیه دو نفر را به حکمت بطلبند، آنگاه در حکم دو حکم اختلاف حاصل شود، حکم کدامیک قابل اجرا خواهد بود؟ بنابر نظر عمرین حنظله در مقبوله اش: «باید به حکم عادل تر و فقیه تر و صادق تر و با تقوی تر عمل نماید و حکم دیگری قابل اجرا نیست.»<sup>۵۸</sup>

<sup>۵۲</sup> شهید اول ( محمد بن جمال الدین مکی العاملی)، القضاء، ص ۷۷. و هو وظیفه الامام او نائبه، و فی الغیبه ینفذ قضاء الفقیه الجامع الشرائط الافتاء فمن عدل الی قضاة الجور کان عاصیا و...

<sup>۵۳</sup> شهید ثانی ( زین الدین الجبعی العاملی)، مسالک الافهام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۸۳.

<sup>۵۴</sup> همان، ج ۳، ص ۷۰.

<sup>۵۵</sup> نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۲۸.

<sup>۵۶</sup> شیخ طوسی ( ابو جعفر محمد بن الحسن)، الخلاف، ج ۸، ص ۱۶۴.

<sup>۵۷</sup> حسینی شیرازی، سید محمد حسین، الفقه، ج ۸۴، ص ۴۲.

<sup>۵۸</sup> حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۹.





# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

## ط) قضاوت شورایی از دیدگاه امامیه و اهل سنت

باتوجه به این که قضاوت جمعی و مشترک از نظر علمی و تئوری از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، لذا به بررسی این موضوع از نظر فقهی پرداخته می‌شود.

اول) دیدگاه فقهای امامیه

علامه حلی در قواعد الاحکام می‌فرماید: «اقرّب جواز صدور حکم توسط قاضی به نحو اتفافی می‌باشد.»<sup>۵۹</sup> فخر المحققین فرزند وی نظر پدر را به ترتیب زیر توجیه می‌نماید: «اول آنکه وجه قرب، اضبط بودن است، یعنی از این طریق بهتر می‌توان نزاع موضوعی را بر قانون تطبیق نمود و حکم مناسبی را صادر کرد. دوم آنکه چنانکه در شهادت، دو نفر با هم شهادت می‌دهند، در حالی که بینه و شهادت یکی از ادله اثبات دعوا و مبنای صدور حکم قضایی می‌باشد، در خود حکم هم دو نفر با هم می‌توانند به صدور حکم مبادرت نمایند. و سوم آنکه چنانکه دو نفر می‌توانند از ناحیه یک شخص وکیل یا وصی باشند، به همین ترتیب دو قاضی نیز می‌توانند از ناحیه مقام ولایت صدور رأی واحد در موضوع واحد منصوب باشند.»<sup>۶۰</sup>

آنگاه ایشان احتمال عدم جواز را چنین بیان می‌کند: «امور قضایی بر دو نوع‌اند: مواردی که روشن و مبرهن بوده و به آن صورت نیازی به اجتهاد شخصی ندارد و مواردی که به اجتهاد در اصل و تفسیر قضایی و تطبیق مورد با حکم نیاز دارد. در قسم دوم اگر بخواهیم صدور حکم قضایی را به توافق دو قاضی منوط کنیم به تعطیلی حکم منجر خواهد شد و به اصطلاح افزایش روز افزون پرونده‌های قضایی حل نشده را به دنبال خواهد داشت.»

فخر المحققین در ادامه اشاره می‌کند: «آن چه نزد مصنف (که والد ایشان هست) اقرب بود، پیش من اولی می‌باشد.»<sup>۶۱</sup> پس در مجموع قضاوت شورایی دارای اولویت است.

شهید ثانی می‌نویسد: «حکم قضایی مشترک، با ضابطه، انطباق بیشتری داشته و از قابلیت اعتماد برتری برخوردار است، به خصوص از این جهت که از نظر ما حق و صواب، واحد است.»<sup>۶۲</sup> امامیه که مقررات شرع را در هر مسئله در واقع یکی می‌داند، امکان خطا را در به دست آوردن حکم خدا ممنوع نمی‌شمارد، از این جهت اظهار نظر چند قاضی در یک حکم به جهت انطباق بهتر با واقع بیشتر مورد اعتماد خواهد بود.

صاحب مفتاح الکرامه پس از رد تشبیه مورد با مسئله دو وکیل برای موکل واحد می‌فرماید: «اولی این است که برای تعدد قاضی در امر واحد به چند وجه استدلال کنیم: اول اصل، دوم عموم ادله، سوم ضبط و اوثق شدن حکمی که به اتفاق نظر دو قاضی

<sup>۵۹</sup>. حلی، یوسف بن علی ابن مطهر، قواعد الأحکام، ج ۱، ص ۱۶۷.

<sup>۶۰</sup>. فخر المحققین، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ص ۳۰۰.

<sup>۶۱</sup>. همان.

<sup>۶۲</sup>. شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی)، مسالک الافهام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۱۸۱.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

صادر شده است، چون معنای قضای تشریکی، محدود بودن اختیار قضایی هر یک از قضات به موارد اتفاق رأی می‌باشد»<sup>۶۳</sup> و در آخر می‌افزاید: «لعل الجواز اظهر». <sup>۶۴</sup> چرا که با وجود صلاحیت شخصی قضات در امر قضا، گاهی مصلحت اقتضای قضای شورایی را دارد، مثل مناطقی که منطقه علمی و اجتهادی است معمولاً واجدین صلاحیت با مشورت به امر فتوی و صدور رأی قضایی می‌پردازند.

صاحب جواهرالکلام می‌نویسد: «در صورتی تشریک بین دو قاضی قابل منع است که مجموع آن دو، یک قاضی به حساب آمده به نحوی که هر یک نصف قاضی تلقی شوند. با چنین تصویری حتی در نصب دو وکیل و دو وصی از طرف موکل و موصی نیز این اشکال پیش می‌آید، چرا که اصل عدم نفوذ تصرف هر یک از دو وصی می‌باشد، لکن در مرحله نفوذ با تأیید هر دو مسئله وجه اجرایی به خود می‌گیرد، چون با وفات یک وصی، وصایت دیگری در جای خویش محفوظ است و احتیاجی به ضمیمه وصی دیگر از ناحیه حاکم نیست و مراد از تشریک مزبور در حال امکان است. در جایز بودن تشریک دو قاضی در یک امر واحد، به نحو اجماع بر حکم واحد، دو وجه هست و اقوی قول به جواز می‌باشد.»<sup>۶۵</sup>

بنابراین به نظر ایشان قول به جواز قوی‌تر است.

از فقهای معاصر آیت الله گلپایگانی متعرض موضوع شده‌اند و پس از نقل نظر دو طرف (جواز و عدم جواز قضاوت شورایی) بیان می‌دارد: «قول صحیح، منع جواز است، به دلیل این که ولایت از امور ذات اضافه است و تشریک در آن ممکن نیست، یعنی وقتی شخص، اختیار و ولایت در امری را دارد، در این صورت نقص و محدودیت در آن نیست که بتوان تصور اشتراک را در آن مورد، مگر اینکه مراد از تشریک، منوط نمودن نفوذ حکم هر یک به تأیید و موافقت دیگری باشد.»<sup>۶۶</sup>

صاحب «الفقه» با توسعه در تعبیر و استفاده از ملاک جواز دو قاضی برای امر واحد به نحو روشن‌تری مسأله قضای شورایی را عنوان می‌کند و می‌نویسد: «اگر چند قاضی به نحو شورایی بر کرسی قضا بنشینند به این نحوه از قاضی واحد، متقن‌تر است و مشمول ادله خواهد بود. اگر چند قاضی از نظر علمی مساوی بوده و یا قاضی اعلم در جانب اکثریت باشد اشکالی پیش نخواهد آمد، در صورتی که اعلم از ایشان در طرف اقلیت باشد، چون فرض بر این است که اقلیت حکم نمی‌نماید و حکم با اکثریت است، باز هم بدون اشکال خواهد بود، زیرا او در بحث و تبادل آراء، نظر و رأی خویش را بیان می‌کند، ولی حکم نمی‌کند و بین اظهار آن و حکم تفاوت روشن وجود دارد.»<sup>۶۷</sup>

<sup>۶۳</sup> . عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، ص ۱۳.

<sup>۶۴</sup> . همان.

<sup>۶۵</sup> . نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۷، ص ۹۷.

<sup>۶۶</sup> . گلپایگانی، سید محمد رضا، تقریرات کتاب قضاء، ص ۱۱۷.

<sup>۶۷</sup> . حسینی شیرازی، سید محمد حسین، الفقه، ج ۸۴، ص ۶۶.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

دوم) دیدگاه فقهای اهل سنت

محمد سلام مدکور از اساتید حقوق دانشگاه لبنان تحت عنوان «فکره اشتراک اکثر من قاضی فی نظر الدعوی» موضوع را مورد بررسی قرار داده و چنین جمع بندی نموده است: «اصل در قضای اسلامی این است که قاضی فرد باشد، غیر از این که فقه اسلامی مشارکت بیش از یک قاضی را برای اظهار نظر در بعضی از قضایا مجاز شمرده است، چون قاضی نایب و وکیل از ولی امر است و همان طور که موکل می‌تواند چند وکیل برای خویش اختیار کند تا به طور اجتماعی وکالت کنند، امور قضایی نیز مثلا نیابت سه یا پنج نفر قاضی که به طور اشتراکی در بعضی از دعاوی اظهار نظر کنند، صحیح است و در این صورت اظهار نظر فردی اعتبار ندارد، زیرا مجموع یک قاضی به حساب می‌آیند. چون عقیده نیابت مفید است به این که هر کدام به طور فردی و استقلالی اظهار نظر ننموده بلکه با اشتراک با دیگران نظر بدهند و این از مواردی است که امکان اشتراک در آن وجود دارد و در واقع از کتب فقه بر می‌آید که اختلاف نظرهایی در این مورد به این نحو وجود دارد، حنفی‌ها و حنبلی‌ها و بعضی از شافعی‌ها بر خلاف مالکی‌ها و بعضی دیگر از شافعی‌ها این امر را جائز می‌شمارند.»<sup>۶۸</sup>

سوم) قلمرو قضاوت شورایی نزد امامیه و اهل سنت

فقه‌های اسلام در خصوص محدوده داوری نیز اختلاف نظر دارند، عده‌ای برای موضوعات قابل ارجاع به داوری هیچ محدودیتی قائل نبوده و چنین استدلال می‌کنند که هر چه دعوای طرفین بر آن متصور و ممکن باشد از مسائل مالی گرفته تا نکاح و حدود و قصاص قابل ارجاع به داوری است. زیرا مقتضی ارجاع به داوری در آنها موجود است و عموم ادله و اخبار جواز و نفوذ تحکیم نیز آنها را در برمی‌گیرد. چنان که در داوری پیش از اسلام نیز دامنه صلاحیت داوران گسترده و شامل تمام موارد اعم از مدنی، کیفری و حتی مسائل مربوط به میزان خون بها بوده است. در مقابل گروهی از فقهای شیعه قابلیت ارجاع موضوعات کیفری مثل حبس و دیگر مجازات‌های کیفری را عموماً و حدود آنها را که شاکی خصوصی و معین دارند خصوصاً، مورد تحدید قرار داده‌اند.<sup>۶۹</sup>

از فقهای اهل سنت هم دسته‌ای از فقهای شافعی و حنبلی اعتقاد به غیر محدود بودن موضوعات قابل ارجاع به داوری دارند و در فقه حنفی نیز چنین نظریاتی وجود دارد. در فقه مالکی تا آنجا که مربوط به دیه و صدمات و جراحات می‌شود انعطاف پذیری زیادی دیده می‌شود.<sup>۷۰</sup>

## نتیجه‌گیری

هرچند در دوران غیبت کسی به طور خاص برای قضاوت از سوی معصوم منصوب نمی‌شود، اما از آنجا که نمی‌توان نیاز جامعه به قاضی را بی‌جواب گذاشت، باید کسانی برای قضاوت منصوب شوند که البته در مورد ویژگی‌های علمی و شخصیتی آنان نیز موارد زیادی در آموزه‌های اسلامی بیان شده است. اما در مورد اصل جواز قضاوت و اعتبار حکم قاضی تحکیم نیز نمی‌توان

<sup>۶۸</sup>. مدکور، محمد سلام، القضاء فی الاسلام، ص ۷۷.

<sup>۶۹</sup>. ر.ک: نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۲۷.

<sup>۷۰</sup>. ر.ک: مدکور، محمد سلام، القضاء فی الاسلام، ص ۸۶.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر



ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

خداوند کرده و آن حکم کرده اند و حتی قلمرو حکم آنان را در تمامی امور دانسته اند، زیرا ادله ای که بر لزوم قضاوت دلالت می کنند مطلق بوده و دوران غیبت را نیز شامل می شود. برخی از فقها نیز بر رجحان قضاوت شورایی حکم کرده اند زیرا موجب بررسی بهتر موضوع در جوانب مختلف شده و آن را از نظر فقهی مجاز و بلکه در برخی موارد لازم دانسته اند.



# ماهنامه علمی تخصصی پایا شهر

ISSN ۲۹۸۰-۷۷۸۶

## منابع و مأخذ

۱. ابن درید، ابوبکر محمد بن حسن، جمهرة اللغة، بيروت، چاپ رمزی منیر بعلبکی، ۱۹۸۷م.
۲. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، مصر، مؤسسه مکتب مصطفی البابی، ۱۳۹۰ق.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، ادب الحوزه، ۱۴۰۵ق.
۴. ابن قدامه، موفق الدین، المغنی، مصر، چاپ المنار، ۱۴۰۴ق.
۵. ترمذی، محمد، السنن، به کوشش احمد محمد شاکر و دیگران، قاهره، بی نا، ۱۳۵۷ق.
۶. حائری، سید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، قم، مؤسسه مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، وسایل الشیعه، قم، انتشارات آل البیت، ۱۴۱۴ق.
۸. حسینی شیرازی، سید محمد حسین، الفقه، بیروت، مؤسسه دار العلوم، ۱۴۰۹ق.
۹. حلّی، جعفر بن شیخ حسن حلّی (محقق حلّی)، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۱۰. حلّی، یوسف بن علی ابن مطهر (علامه حلّی)، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، تهران، بی نا، چاپ اول، ۱۳۶۹.
۱۱. \_\_\_\_\_، قواعد الأحکام، قم، منشورات رضی، بی تا.
۱۲. خوانساری، احمد، جامع المدارک، بی جا، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.
۱۳. شهید اول (محمد بن جمال الدین مکی عاملی)، اللمعة دمشقیة، تهران، چاپ علامه طباطبایی، ۱۴۱۱ق.
۱۴. \_\_\_\_\_، الدروس الشریعة فی فقه الامامیه، قم، انتشارات صادقی، بی تا.
۱۵. شهید ثانی (زین الدین الجبعی عاملی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، قم، مؤسسه مکتب الاسلامیه، ۱۴۰۳ق.
۱۶. \_\_\_\_\_، مسالک الافهام فی الشرح شرایع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۸ق.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۳ق.
۱۸. \_\_\_\_\_، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، مؤسسه المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
۱۹. عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، مشهد، بی نا، بی تا.
۲۰. فاضل هندی (بهاء الدین محمد بن الحسن بن محمد الاصنافی)، کشف اللثام، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۱. فخر المحققین، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، قم، نشر اسماعیلیان، بی تا.
۲۲. فراهیدی، ابوعبدالرحمن الخلیل بن احمد، العین، بی جا، مؤسسه دارالهجره، ۱۴۰۹ق.
۲۳. گلپایگانی، محمدرضا، تقریرات کتاب القضاء، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
۲۴. محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، تهران، انتشارات المهدی، ۱۳۶۲.
۲۵. مدکور، محمد سلام، القضاء فی الاسلام، قاهره، مؤسسه دار النهضیه العربیه، ۱۹۶۴م.
۲۶. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، تهران، انتشارات اعتماد، ۱۴۰۳ق.
۲۷. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.