

بررسی ماهیت فقهی داوری^۱

حسین هوشمند فیروزآبادی*

فرهاد بطحایی**

چکیده

علی‌رغم طرح داوری و حکمیت در فقه امامیه در بحث نحوه حل اختلاف میان زوجین ناسازگار و نیز در ذکر انواع قضاوت، اما در ماهیت حکمیت و داوری میان فقها اختلاف وجود دارد بگونه‌ای که برخی قائل به وکالت داور از جانب طرفین حل اختلاف و برخی قائل به استقلال و قاضی بودن داور گردیده‌اند. با توجه به تبعاتی که پذیرش هریک از این دو نظریه در پی دارد در این نوشتار پس از تبیین و نقد دو نظریه طرح شده در خصوص ماهیت داوری، نظریه قضاوت تحکیمی دانستن داوری پذیرفته شده است. همچنین با بررسی مفهوم قضاوت تحکیمی در فقه و مفهوم داوری در حقوق اثبات گردیده این دو مفهوم هم پوشانی و مطابقت دارند و شبهاتی مانند عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی یا عدم امکان بکارگیری اش در عصر غیبت معصوم(ع) یا ضرورت اجتهاد در قضاوت و عدم ضرورتش در داوری دفع گردیده است.

کلید واژه‌ها: حکمیت، قضاوت تحکیمی، داوری، حکم، قاضی تحکیم.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۴/۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۲/۱۸
*استادیار گروه حقوق، دانشگاه آیت‌الله العظمی بروجردی (ره)، بروجرد، ایران(نویسنده مسئول)
h.hmnd.f@gmail.com
**استادیار گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران F_bathaie@yahoo.com

۱- طرح مسأله

امروزه داوری یکی از شیوه‌های حل اختلاف و فصل خصومت تخصصی و سریع محسوب می‌شود که به طرفین اختلاف امکان می‌دهد بدون مراجعه به دادگاه بتوانند فرد یا افرادی را که مورد اعتمادشان هستند برای حل و فصل اختلاف انتخاب کنند. ماهیت این شیوه حل اختلاف اگرچه کم و بیش در حقوق مورد بررسی قرار گرفته اما از نظر فقهی کمتر مورد بحث حقوقدانان قرار گرفته است این در حالی است که فقهای امامیه بدان توجه خاص و مبسوط مبذول داشته‌اند.

در فقه و حقوق اسلامی بحث از داوری بصورت منسجم و تحت عنوان یک باب مستقل و مجزا مطرح نگردیده است اما فقهای عظام در چند باب به آن پرداخته‌اند. یکی از این باب‌ها مربوط به نکاح و اختلافات زوجین است که به مناسبت آیه شریفه قرآن (نساء، ۳۵) و ضرورت انتخاب داور و حکم از میان بستگان زن و مرد برای حل اختلاف زوجین، مورد بحث قرار گرفته است. همچنین در باب قضاء و شهادت در ذیل بحث انواع قضاوت و فصل خصومت، فقها بحثی را در مورد قاضی ای که طرفین خود آن را انتخاب می‌کنند، طرح نموده‌اند و چنین قاضی را قاضی تحکیم نامیده‌اند.

ظاهراً بحث از قاضی تحکیم در کتب قدمای از فقهای امامیه وجود ندارد و اولین کسی که متعرض این بحث شده است اما او هم عنوان «قاضی تحکیم» را اتخاذ نکرده است شیخ طوسی در دو کتاب خلاف و مبسوط بوده است. علت این کار شیخ این بوده که ایشان این دو کتاب خود را بر اساس ترتیب کتاب‌های اهل سنت و نه بر ترتیب کتاب‌های رایج فقهای امامیه تدوین نموده است و اولین فقیهی که برای این بحث عنوان «قاضی تحکیم» اتخاذ کرده شهید اول بوده است (اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۱۰). همچنین این نوع قضاوت جزء احکام امضائی اسلام دانسته شده چراکه از قدیم الایام بین مردم در جوامع مختلف شایع بوده است (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۰).

با این همه در ماهیت حکمیت و داوری میان فقها اختلاف وجود دارد. برخی قائل به وکالت داور از جانب طرفین حل اختلاف و برخی قائل به استقلال و قاضی‌بودن داور گردیده‌اند.

در این مقاله برآنیم که به ماهیت داوری بپردازیم و به این سؤال پاسخ دهیم که از نظر فقها آیا داور وکیل طرفین حل اختلاف است یا نوعی قاضی است که اختیاراتش از غیر طرفین اختلاف نشأت گرفته است؟ و پذیرش هریک از این دیدگاه‌ها به عنوان ماهیت داوری چه تبعاتی دارد؟

به همین جهت ضمن بررسی نظریات فقها در خصوص ماهیت داوری، به مفهوم شناسی «قضاوت تحکیمی» و «داوری» می‌پردازیم در ادامه نظریاتی را که در بیان اختلاف این دو مفهوم بیان شده طرح و نقد می‌نمائیم.

۲- مفهوم حکمیت و داوری

از آنجا که شناخت دقیق ماهیت داوری مستلزم مشخص شدن مفهوم حکمیت و قضاوت تحکیمی است در این قسمت ابتدا به مفهوم حکمیت و داوری در فقه پرداخته و در قسمت بعد به ماهیت داوری می‌پردازیم.

حکمیت از «حکم» با فتح حاء اخذ شده و «حکم» به معنای منع برای اصلاح و قضاوت است (قرشی، ۱۴۱۲، ۲، ۱۶۰). از نظر اصطلاحی حکمیت همان داوری و قضاوت نمودن دانسته شده است (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ۵۳).

کلمه «تحکیم» نیز از ریشه «حکم» با فتح حاء اخذ شده (قرشی، ۱۴۱۲، ۲، ۱۶۱) و با توجه به معنای لغوی حکم که گفته شد به معنای منع کردن خواهد بود. از نظر اصطلاحی گاهی تحکیم به معنای حکم کردن است (معین، ۱۳۸۶، ۱۰۴۱) که در اینصورت از لوازم قضاوت خواهد بود و گاهی به معنای تعیین یا نصب حکم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۴۱). بنابراین زمانی که قبل از مضاف الیه قضاوت قرار گیرد معنای اول از آن مدنظر خواهد بود.

شیخ طوسی در توضیح قضاوت (تحکیمی) آورده که اگر دو نفر توافق کنند که کسی از مردم، میان این دو حکم کند و آن کس چنین کند، جایز است بدون نظر خلاف و حکمش هم الزام آور است (شیخ طوسی، ۱۳۹۷، ۶، ۲۴۱). برخی دیگر از فقها گفته‌اند قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتدائاً و بالذات برای قضاوت نصب نشده بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به وی حق اعمال ولایت می‌دهد (حائری، ۱۴۱۵، ۲۱). از فقهای معاصر آیت الله موسوی اردبیلی در تعریف جامعی معتقد است قاضی تحکیم کسی است که طرفین نزاع با توافق هم، وی را برای داوری میان خود انتخاب کرده‌اند بدون اینکه این شخص از سوی امام به طور خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد (اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۰۹).

از مجموع این تعاریف فقهی بر می‌آید قاضی تحکیم اولاً منتخب طرفین اختلاف است، ثانیاً صلاحیتش منوط به عدم حضور امام معصوم(ع) و یا قاضی منصوب از طرف ایشان نیست، ثالثاً شغل ذاتی و اولی‌اش قضاوت نیست بلکه با انتخاب طرفین بصورت موقت صلاحیت رسیدگی می‌یابد. و رابعاً می‌تواند یک نفر یا بیشتر باشد.

حال به مفهوم داوری در حقوق می‌پردازیم. در قانون آیین دادرسی تعریفی از داوری ارائه نشده اما در بند الف ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ در تعریف داوری آمده: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی»

برخی حقوقدانان نیز به تعریف داوری پرداخته‌اند و گفته‌اند: داوری یا حکمیت عبارت از آن است که طرفین دعوی به اراده خود و یا دادگاه در موارد خاص، موضوع مورد اختلاف را به داور یا حکم ارجاع و داوری یا حکمیت او را با شرایط خاص قانونی مناط حل اختلاف و قاطع دعوی قرار دهند(واحدی، ۱۳۸۷، ۷۷).

در برخی از تعاریف حقوق دانان، داوری صرفاً قراردادی قلمداد شده(متیندفتری، ۱۳۷۸، ۷۶؛ شمس، ۱۳۸۷، ۵۲۱) که این تعاریف با توجه به عدم پیش‌بینی امکان انتصاب داور توسط مقام قضایی(علاوه بر امکان انتخاب توسط طرفین)، قابل ایراد می‌باشد چراکه در قانون هر دو نوع داوری پیش‌بینی شده‌است. با توجه به این تعاریف از داوری در حقوق، قانون داوری بین‌المللی و آنچه از کلام فقها گذشت می‌توان گفت مفهوم داوری در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه می‌باشد. این مطلب مورد اذعان برخی حقوقدان(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۴۱؛ کشاورز، ۱۳۷۴، ۲۰ و ۲۱) و فقها(اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۳۳) نیز قرار گرفته بگونه‌ای که در برخی کتب فقهی در ذیل بحث قاضی تحکیم به ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم که مربوط به داوری بود، اشاره شده‌است(همان).

در اینجا لازم است به نکته‌ای توجه شود و آن اینکه سخن از داوری هم در بحث اختلاف زوجین و هم در بحث انواع قضاوت مطرح شده و فقها در بحث از حکم و داور دعاوی خانوادگی اگرچه گفته‌اند داوری دعاوی خانوادگی خصوصیتی ندارد و سایر داوری‌ها نیز مانند آن هستند(نجفی، ۱۹۸۱، ۳۱، ۲۱۴) اما به نظر می‌رسد بحث از ماهیت فقهی داوری و اختلافات پیرامونی بیشتر در مورد قاضی تحکیم (که در کتاب قضا در توضیح انواع قاضی مطرح شده) سر می‌گیرد با این توضیح که در مورد قاضی تحکیم همگان

اتفاق دارند که وی منتخب طرفین اختلاف است (مانند داور در مباحث حقوقی) اما در خصوص نحوه انتخاب داوران در اختلافات خانوادگی چند نظر وجود دارد که تنها مطابق یکی از آنها داوران منتخب زوجین هستند اما دیدگاههای دیگری نیز وجود دارد. برخی گفته‌اند وی توسط زوجین یا دادگاه انتخاب می‌شود، برخی دیگر انتخاب را با فامیل و آشنایان زوجین دانسته‌اند و برخی دیگر گفته‌اند داور توسط مؤمنین تعیین می‌شود (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۱۴۷).

همچنین برخی از کسانی که انتخاب داور را با زوجین دانسته، ایرادی طرح کرده‌اند به این شرح که اگر انتخاب داور بر عهده زوجین باشد در این صورت بی شک حکمین وکیل زوجین خواهند بود (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۸، ۳۶۶).

بدیهی است اگر این ادعا در مورد داوری میان زوجین قابل طرح باشد در مورد قاضی تحکیم نیز که منتخب طرفین است به طریق اولی وارد است، در حالی که هیچ فقیهی در مورد وی چنین امری را طرح نکرده است.

اما این ایراد اینچنین رد شده است که داوران میان زوجین خواه منتخب حاکم و خواه منتخب زوجین باشند در هر حال قاضی تحکیم هستند نه وکیل زوجین. برای اثبات این مطلب می‌توان به روایتی از امام رضا (ع) اشاره نمود که فرموده‌اند اگر داوران اصلاح را اراده کنند، نیازی به اجازه زوجین نیست و اگر قصدشان جدایی زوجین باشد، زمانی می‌توانند چنین کنند که از زوجین اجازه گرفته باشند (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ۱۰۵). با استفاده از این روایت استدلال شده است که آنچه در روایت بیان شده با وکالت سازش ندارد. زیرا امام فرموده‌اند که اگر داوران قصدشان اصلاح باشد، می‌توانند بطور مستقل عمل کنند، در حالی که اگر حکمین وکیل زوجین باشند، در هر صورت باید با اجازه موکلان خود عمل کنند (محدث بحرانی، بی-تا، ۶۳۰). ضمن اینکه این ایراد با ظاهر آیه نمی‌سازد چون همانطور که اشاره شد اگر انتخاب حکمین با زوجین بود در این صورت لازم بود فعل «بعث» در آیه بصورت تشبیه آورده شود یعنی «بعثا» گفته می‌شد.

۳- ماهیت داوری در فقه

در رابطه با ماهیت داوری بیشتر فقهای امامیه قائل‌اند داوری همان قضاوت تحکیمی است اما برخی دیگر گفته‌اند داور، وکیل طرفین اختلاف و داوری نوعی وکالت است. این نظریه اگرچه در بین معدودی از فقهای امامیه دیده می‌شود اما رواج آن بیشتر توسط برخی از فقهای اهل سنت مطرح گردیده است.

۳-۱- نظریه قضاوت تحکیمی یا انتخابی

با توجه به اینکه بحث داوری و حکمیت هنگام وقوع اختلاف میان زوجین و شقاق بین آنها در آیه شریفه قرآن مطرح گردیده و فقها در بحث شقاق کتاب نکاح آن را مطرح کرده‌اند و با این توضیح که داوری دعوی خانوادگی خصوصیت چندان ویژه‌ای ندارد و فقها آن را به سایر موارد داوری تعمیم داده و تفکیکی بین ماهیت داوری در حل اختلاف زوجین و دیگر داوری‌ها ننموده‌اند لذا بحث را از همین نوع داوری آغاز می‌کنیم.

در آیه ۳۵ سوره نساء آمده است: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...» اگر از وقوع شقاق بین زوجین نگران بودید حکمی را از بین خانواده مرد و حکمی را از بین خانواده زن برگزینید...

بسیاری از فقهای امامیه معتقدند حکم در این آیه قاضی تحکیم است و منظور تعیین حکم بین زوجین بصورت توکیل نمی‌باشد. (طوسی، ۱۳۹۷، ۴؛ ۴۱۶؛ حلی، ۱۴۱۲، ۷، ۳۹۵) شهیدثانی این نظر را با این استدلال تأیید می‌کند که خداوند از داوران به حکم تعبیر کرده و انتخاب و بعث آنها را متوجه حکام نموده است نه زوجین و وکیل مأذون، حکم محسوب نمی‌شود. (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۸، ۳۶۷) همین نظریه در برخی از کتب آیات الاحکام نیز به چشم می‌خورد. (فاضل مقداد، ۱۴۱۹، ۲۱۴)

۳-۱-۱- ادله قائلین به این نظریه

جناب شیخ طوسی در کتاب خلاف برای اثبات این نظر مشهور در مقابل نظر مخالف به چند دلیل استناد می‌کند و می‌گوید اولاً ظهور کلام خداوند متعال در آیه بر تحکیم است چون فرموده فابعثوا حکماً و نگفته فابعثوا وکیلاً. ثانیاً خطابات قرآن که حکمی را بیان می‌کنند، هرگاه بصورت مطلق بیان شوند، منصرف به امامان و قضات هستند. - مانند «والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما» و «الزانية والزاني فاجلدوا»- در آیه مورد بحث نیز خطاب مطلق است و مخاطب آن زوجین نیستند چون اگر بود می‌فرمود: فابعثوا وکیلاً در حالی که فرموده: فابعثوا حکماً. ثالثاً در ادامه آیه آمده است: «ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما»، فاعل فعل «يريدا» در آیه حکمین هستند، در حالی که اگر حکمین وکلای زوجین بودند، بایستی اراده به زوجین اضافه می‌شد. رابعاً بنا بر نظر فقهای امامیه حکم حکمین بجز در افتراق نافذ است و تنها در فرضی که آنان رأی به افتراق بدهند، این رأی در صورتی نافذ خواهد بود که با اذن زوجین باشد، در حالی

که اگر آنان وکلای زوجین بودند، در تمام تصمیمات و نظرات خود اذن موکلان را داشته باشند (طوسی، ۱۳۹۷، ۴، ۴۱۶) و تنها در مواردی که اذن موکل یا منافع وی در تعارض با موازین شرع باشد وکیل می‌تواند از عمل بر اساس دستور موکل امتناع نماید.

مطلبی را که شیخ در پایان استدلال خود بیان نموده نظر مشهور فقهای امامیه است (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۴، ۶۳۸؛ روحانی، بی‌تا، ۲۲، ۲۵۹) که چنانچه حکمین نظرشان تفریق زوجین باشد به دلیل اجماع و مقتضای اخباری چون «الطلاق بید من اخذ بالساق» رأی ایشان زمانی لازم الاجراست که زوجین استیذان به طلاق داده باشند و فقط حکم حکمین به جمع زوجین و عدم جدایی نیازی به استیذان ندارد (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۸، ۳۶۸) اما برخی دیگر معتقدند چنانچه حاکم به صراحت امر اصلاح و طلاق را به حکمین واگذار کند، ایشان حتی در طلاق هم حکمشان قابل اجراست. (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۱، ۲۱۵)

۳-۱-۲- اقتضائات نظریه قضاوت انتخابی

نظریه قضاوت انتخابی در مورد ماهیت داوری لوازمی دارد که قائلین به نظریه باید آن را بپذیرند. الف) اگر نظریه قضاوت انتخابی را بپذیریم در این صورت باید داوران شرایط قضاوت را دارا باشند چون فقهای امامیه بین قاضی منصوب و قاضی منتخب تفاوت چندان قائل نشده و با عبارت «یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۰؛ شهیداول، ۱۴۱۷، ۲، ۶۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴، ۱۲، ۱۷) به این مطابقت توجه داده‌اند و شاید به همین دلیل بسیاری فقها از ذکر شرایط قاضی تحکیم خودداری نموده‌اند (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ۷۵).

البته لازم بذکر است همانطور که در ادامه خواهیم گفت شرایط قاضی تحکیم و قاضی انتخابی به صورت کامل هم پوشانی ندارد و مقصود این فقها این نیست که همه شرایط کاملاً مطابقت داشته باشد بلکه منظور شرایط عام (مانند بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد و ...) است چراکه برخی از همین فقها در وجود برخی از شرایط برای قاضی تحکیم مانند شرط مرد بودن یا لزوم اجتهاد وی مناقشه و تردید نموده‌اند.

ب) دومین لازمه پذیرش نظریه قضاوت انتخابی برای ماهیت داوری این است که براساس آن باید آراء داوران از اعتبار آرای قضایی برخوردار باشد. (همان) یکی از ویژگیهای آراء قضایی این است که از اعتبار امر مختومه برخوردارند. یعنی نه تنها بر اصحاب دعوا نافذ و لازم الاجراست بلکه وقتی قاضی رأیی صادر

کرد، به جز در موارد خاص نمی‌تواند از رأی خود برگردد و قضات دیگر هم نمی‌توانند رأی او را نقض کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ۱۳۷). پس مطابق این ویژگی رأی داور هم لازم است از این اعتبار برخوردار باشد. صاحب جواهر می‌گوید اگر حکمی براساس اجتهاد صحیح صادر شد دیگر قابل نقض نیست چون ابتدائاً برپایه تعالیم اهل بیت(ع) صادر شده و در حکم اهل بیت(ع) قرار گرفته و اگر کسی بخواهد آن را نقض کند گو اینکه کلام اهل بیت(ع) را نقض می‌کند. (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰، ۹۷)

۳-۲- نظریه وکیل بودن داور

از میان فقهای امامیه ابن براج در کتاب الکامل فی الفقه خود نظریه وکیل را پذیرفته‌است که متأسفانه این کتاب در حال حاضر در دسترس نیست اما وی در آثار بعدی خود از این نظریه عدول کرده و همان نظر مشهور یعنی تحکیم را پذیرفته‌است. (ابن البراج، ۱۴۰۶، ۲۶۶)

به غیر از ایشان در میان فقهای امامیه اگرچه سایرین نیز به نظریه وکیل بودن داور اشاره کرده‌اند اما ظاهراً آن را صرفاً جهت رد نظر برخی از اهل سنت آورده‌اند و طی بررسی به عمل آمده کس دیگری یافت نشد که این نظریه را پذیرفته باشد و اینکه برخی حقوق دانان این نظریه را به مشهور نسبت داده‌اند (دکتر کاتوزیان) ادعای بی دلیل است. (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ۸۶)

در میان مذاهب چهارگانه اهل تسنن، فاضل هندی قول به وکیل را به مذهب مالکی و برخی از شافعیه (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۷، ۵۲۲) و شیخ طوسی آن را به ابوحنیفه نسبت داده‌است (طوسی، ۱۳۹۷، ۴، ۴۱۶).

۳-۲-۱- ادله قائلین به این نظریه

دلایل این گروه بدین شرح است:

الف) در ازدواج، بضع حق زوج و مال حق زوجه است و زوجین هر دو بالغ و رشید هستند و هیچ کس بر آن دو ولایت ندارد؛ بنابراین تنها کسانی می‌توانند در مورد روابط میانشان مداخله کرده و تصمیم بگیرند که از سوی آنها اجازه داشته باشند و الا اصل عدم ولایت بر شخص بالغ و رشید نقض می‌شود.

ب) چون در قاضی (چه منصوب و چه منتخب) اجتهاد شرط است و در داوری اجتهاد شرط نیست پس داوران قاضی نیستند و وکیل محسوب می‌شوند (روحانی، ۱۴۱۲، ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۱۳، ۷، ۳۹۶).

در پاسخ به دلیل اول فقها از قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» کمک گرفته‌اند و گفته‌اند گرچه زوجین هر دو بالغ و رشید هستند و کسی بر آنان ولایت ندارد، اما اگر بر شقاق اصرار داشته باشند پس ممتنع از انجام وظیفه شرعی هستند و چون حاکم بر ممتنع ولایت دارد می‌تواند آنها را مجبور به تمکین نماید(حلی، ۱۴۱۳، ۷، ۴۰۶).

دلیل دوم نیز با دو پاسخ مواجه شده‌است اولاً حاکم در حقیقت کسی است که داوران را برمی‌گزیند و داوران به منزله وکیلان او هستند و ثانیاً شرطیت اجتهاد در قاضی را برخی فقها نپذیرفته‌اند(نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰، ۱۵-۲۰) و برخی نیز معتقدند در امور جزئی و معین اجتهاد و فقاہت شرط نیست و این امور را می‌توان به فرد غیر مجتهد یعنی به یکی از آحاد مردم سپرد(روحانی، ۱۴۱۲، ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۱۳، ۷، ۳۹۶).

همچنین باید گفت داوری با وکالت از چند جهت دیگر تفاوت دارد. داوران می‌توانند منتخب طرفین نباشند یعنی ممکن است توسط دادگاه انتخاب شوند. تفاوت دیگر در اختیارات آنهاست. اگر داوران وکیل زوجین باشند باید تنها به مصالح موکلان خود توجه کنند و نمی‌توانند به فکر طرف مقابل باشند در حالی که در بسیاری داوری‌ها، داوران علاوه بر توجه به حقوق شخصی که آنها را انتخاب کرده به رعایت عدل و انصاف و قوانین اجتماعی توجه می‌کنند(هدایت نیا، ۸۹، ۱۳۸۷) بنابراین این نظریه مردود می‌باشد.

۳-۲-۲- اقتضائات نظریه وکیل بودن داور

در صورتی که داوران، وکیل متداعیین محسوب شوند در این صورت آثاری که لازمه این وکالت است باید پذیرفته شود از آن جمله رعایت غبطه موکلین است که در همه موارد لازم است مصلحت و غبطه موکل را در نظر بگیرد و نمی‌تواند به مصالح طرف مقابل توجه کند(ماده ۶۶۷ قانون مدنی).

همچنین تنها در حدود اختیارات و صلاحیت‌هایی که از جانب موکل به وی اعطاء شده حق اقدام و تصمیم‌گیری دارد(خمینی، بی‌تا، ۴۳؛ ماده ۶۶۰ و ۶۶۳ قانون مدنی). دیگر اینکه چون وکالت عقد جایز است هر کدام از طرفین می‌توانند هر زمان خواستند عقد را بهم بزنند و موکل در هر مرحله که از ناحیه تصمیم داور احساس خطر کند می‌تواند وی را عزل و داور نیز هر زمان و به هر دلیل منصرف شد خود را عزل نماید(خمینی، بی‌تا، ۴۵) همچنین چنانچه موکل تنها اختیار صدور رأی به نفع خود را به وکیل بدهد و وکیل(داور) بعد از رسیدگی بخواهد رأی صادر کند که خوشایند موکل نیست در این صورت رأی وکیل فضولی و منوط به تنفیذ موکل است(همان، ۴۳).

۴- بررسی ایرادات وارد بر نظریه قضاوت تحکیمی

برخی قائلند مفهوم داورى با مفهوم قضاوت تحکیمی متفاوت است و وجوه اختلاف در چند امر است که در ادامه به طرح و سپس بررسی و نقد این موارد می‌پردازیم.

۴-۱- بررسی مشروعیت قضاوت تحکیمی (انتخابی)

بعضی از فقها مشروعیت قاضی تحکیم را زیر سؤال برده و در آن اشکال کرده‌اند که در این صورت دیگر نمی‌توان قواعد و احکام آن را به داور تعمیم داد. علامه در تحریر قائل به عدم لزوم و نفوذ حکم قاضی تحکیم شده است (حلی، ۱۴۲۰، ۱۱۳). گرچه در کتابهای بعد از این نظر عدول و آن را مشروع دانسته است (حلی، ۱۴۲۰، ۱۱۳).

از فقهای معاصر آقای فاضل لنکرانی در پاسخ به استفتائی در مورد صلاحیت زنان برای قضاوت تحکیم گفته‌اند: اصل قاضی تحکیم مورد قبول نیست تا اینکه جزئیات آن بیان شود^۱.

قائلین به عدم مشروعیت قضاوت تحکیم یا عدم نفوذ حکم به چند دلیل استناد جسته‌اند:

جایز بودن تحکیم خلاف اصل است چون اصل بر عدم اجرای حکم شخصی، علیه شخص دیگر است مگر آن که با دلیل باشد.

جایز بودن حکمیت غیرقاضی منجر به این می‌شود که ولایت قاضی منصوب زائل شود و رأی و نظرش زوال یابد.^۲

در رد دلیل اول می‌توان گفت دلیل، جواز می‌آورد و ادله‌ای که به قاضی تحکیم مشروعیت می‌بخشد باعث خروج از اصل گفته شده می‌شود.

استدلال دوم مستشکل نیز اینگونه پاسخ داده شده که بین جواز حکم و زوال ولایت و رأی قاضی منصوب ملازمه‌ای نیست چون قاضی برای قضاوت منصوب گشته و بر حکم ولایت دارد و حتی اگر کسی هم به او مراجعه نکند ولایت او پابرجاست. همچنین رأی قاضی هم زائل نمی‌شود چون زوال رأی و حکم به آنست که حکم صادر گردد و به آن عمل نشود و در جایی که هنوز رأیی صادر نگردیده زوال معنا ندارد (تسخیری، ۱۳۷۶، ۱۹۶).

۱. نرم افزار گنجینه آراء فقهی، قضایی (معاونت آموزش قوه قضائیه)، کد سؤال ۵۲۸۸

۲. این دلالت از جانب برخی از عامه مطرح شده (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۱۳، ۳۳۲)

در مقابل این نظریه شاذ، مشهور فقهای امامیه مشروعیت قاضی تحکیم و نفوذ حکم وی را پذیرفته‌اند. شیخ طوسی مدعی عدم خلاف در این مسأله شده (طوسی، ۱۳۹۷، ۶، ۲۴۱) برخی با تعبیر «جاز عندنا» اینگونه قضاوت و حکمیت را جایز و آن را نظر فقهای امامیه دانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۱۰، ۶). فقهای عامه نیز به مشروعیت تحکیم فتوا داده‌اند (الزحیلی، ۱۹۹۷، ۶۲۵۱).

قائلین به مشروعیت قضاوت تحکیمی به چند دلیل استناد جسته‌اند. برخی به قرآن (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۱۰، ۶)، برخی به اجماع (طوسی، ۱۳۹۷، ۶، ۲۴۲؛ راوندی، ۱۴۰۵، ۱۹۳) و ادعای عدم خلاف (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰، ۲۳) و برخی به بنای عقلا و سیره مسلمین و عدم نهی معصومین (ع) اشاره کرده‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۳۳۲).

اما مهمترین دلیلی که برای مشروعیت قاضی تحکیم وجود دارد روایاتی است که از ناحیه معصومین (ع) وارد شده است. آیت الله خویی در اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی به روایت ابی خدیجه استناد کرده و سند آن را بی‌اشکال دانسته است.

در این روایت آمده است: مبدا یکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند. بنگرید و مردی از خودتان را که پاره‌ای از احکام ما را می‌داند میان خودتان قاضی قرار دهید من نیز وی را قاضی قرار می‌دهم. بنابراین نزد وی تحاکم کنید (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ب، ۱، حدیث ۵).

اینگونه استدلال گردیده که عبارت «فاجعلوه» و «فلیرضوا» با قاضی تحکیم سازگاری دارد. زیرا اگر منظور قاضی تحکیم نباشد «رضایت» و «جعل» طرفین چه لزومی داشت بلکه کافی بود بفرماید: در صورت اختلاف و منازعه به کسی که پاره‌ای از احکام ما را می‌داند مراجعه کنید. استفاده امام از تعبیر رضایت و جعل بجای مراجعه یعنی که اگر شما به کسی راضی شدید من هم آن را قبول دارم و شما نزد چنین کسی تحاکم کنید.

آقای خویی دلالت این روایت را بر نصب ابتدایی قاضی از جانب امام نمی‌پذیرد و معتقد است روایت نظری به نصب قاضی ابتدایی (غیر تحکیم) ندارد چراکه سخن امام (ع) که فرموده «فانی قد جعلته قاضیاً» متفرع است بر این سخن او که فرموده «فاجعلوه» و منظور از «فاجعلوه» همان قاضی است که اطراف دعوا آن را پذیرفته‌اند. نتیجه این می‌شود که هرکس را طرفین حکم قرار دهند امام نیز همو را قاضی قرار داده است (خویی، ۱۴۰۷، ۱۰).

در مجموع روایات دیگری ۱ نیز توسط فقها در اثبات مشروعیت قاضی تحکیم وارد شده که جهت جلوگیری از طولانی شدن بحث از ذکر آنها خودداری می‌کنیم.

بنابراین با توجه به وجود روایات معتبر و ادله متقنی که در خصوص تحکیم وجود دارد و عدم ردع شارع و با توجه به اینکه تجویز تحکیم نقشی در زوال یا کم اثر نمودن حکم قاضی منصوب ندارد، نباید در مشروعیت تحکیم و داوری که وجودش باعث سهولت حل اختلاف مردم شده و مطابق سیره عقلاست و در کشورهای غیراسلامی نیز در کنار نهاد قضاوت قرار گرفته، تردید نمود.

۴-۲- بررسی لزوم اجتهاد قاضی انتخابی یا تحکیم

یکی دیگر از مواردی که به عنوان تفاوت قضاوت انتخابی از داوری به عنوان شبهه مطرح می‌باشد اینست که قاضی تحکیم لازم است تمام شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد را داشته باشد و چون در داوری اجتهاد شرط نیست و صرف رضایت طرفین به انتخاب داور، کفایت می‌کند پس این دو نهاد با یکدیگر متفاوتند.

جهت بررسی این شبهه می‌گوئیم: ادعای مطرح شده گرچه نظری دارای شهرت در فقه است اما با گستردگی و شمولش قابل پذیرش نیست بلکه صرفاً یک نظر از نظرات متعددی است که توسط فقها بیان شده است. در خصوص لزوم اجتهاد قاضی تحکیم چند نظریه میان فقها به چشم می‌خورد:

برخی فقها بدون استفاده از تعبیر اجتهاد یا فقاهاهت به بیان اینکه قاضی لازم است از اهل علم باشد اکتفا کرده‌اند. بدین معنا که باید با کتاب و سنت و لغت آشنا باشد. این عبارات بیشتر در کلام فقهای متقدم دیده می‌شود (مفید، ۱۴۱۳، ۷۲۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۵۴؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۲۰۸). مرحوم نراقی به این مطلب توجه ویژه نموده و می‌گوید: کلمات اکثر قدما از ذکر مجتهد یا مترادف آن خالی است (نراقی، ۱۴۱۵، ۲۴).

برخی صراحتاً اجتهاد را در قاضی شرط دانسته و عبارت خود را بصورت مطلق یعنی هم قاضی منصوب و هم قاضی تحکیم آورده‌اند (حلی، ۱۴۲۰، ۵، ۱۱۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۵۹) و بر این نظر ادعای اجماع شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۲۸؛ یزدی، ۱۴۰۹، ۵).

۱. نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰، ۲۶؛ متن روایت: «من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم يعدل فعلیه لعنة الله تعالی» حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۷، ۱۱۳

برخی مانند شهید اول و آیت الله خوئی با تفکیک قاضی منصوب از قاضی تحکیم اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط ندانسته‌اند. (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۶۸؛ خوئی، ۱۴۰۷، ۱۲).

برخی دیگر اجتهاد را بصورت مطلق نه در قاضی منصوب و نه در قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند و معیار به نظر ایشان این است که حکم به حق و عدل و براساس احکام اهل بیت باشد گرچه قاضی مجتهد نباشد (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴، ۱۹، ۱۲؛ اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۲۹).

قائلین نظریه چهارم (یعنی عدم اشتراط اجتهاد) دلائل مختلفی را برای اثبات مدعای خود طرح نموده‌اند.

از جمله ادله‌ای که مورد استناد این گروه قرار گرفته روایاتی است که درخصوص فصل خصومت طرح گردیده مانند روایت حلبی (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷، ۱۵). در این روایت عبارت «فیتراضیان برجل منا» آمده و مورد تأیید امام قرار گرفته است و در آن فقاقت قید نشده است بنابراین ظهور روایت در فقیه نبودن رجل مورد سؤال، روشن است زیرا اگر او یکی از فقهای شیعه بود سؤال حلبی بی‌مورد می‌شد و مشخص بود که مراجعه به او مراجعه به طاغوت نیست و از شخصیت حلبی بعید است چنین سؤالی نموده باشد.

روایت دیگری که مورد استناد قرار گرفته روایت ابوخیجه است که می‌گوید: امام صادق (ع) مرا به نزد شیعیان فرستاد و فرمود به آنها بگوی: هرگاه میان شما خصومتی برخاست یا بر سر داد و ستد نزاعی میان شما رخ داد مبادا برای محاکمه نزد این فاسقان بروید بلکه مردی را که احکام حلال و حرام ما را می‌شناسد میان خود قاضی قرار دهید، پس من او را بر شما قاضی قرار داده‌ام (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷، ۱۳۹).

این حدیث از نظر سند نیز معتبر دانسته شده است (مؤمن، بی‌تا، ۶۴). در این حدیث امام (ع) درباره قاضی شایسته فرموده «عرف حلالنا و حرامنا» که شامل شخص غیر مجتهدی هم که با تقلید از مجتهد حلال و حرام را می‌داند می‌شود و امام (ع) قضاوت و حکمیت او را صحیح دانسته‌اند.

در مقابل قائلین به اشتراط اجتهاد در قضاوت ادله‌ای اقامه کرده‌اند که از جانب مخالفین مورد انتقاد قرار گرفته است. از مهمترین ادله قائلین ادعای اجماعی است که از جانب شهید ثانی طرح گردیده است. اما با دقت و توجه این ادعا از چند جهت رد می‌شود. اولاً چنانکه از جناب نراقی آوردیم کلمات اکثر قدما از عبارت «مجتهد» و مترادف آن خالی است (نراقی، ۱۴۱۵، ۲۴). پس اجماع محصل نیست و اجماع منقول است که شهیدثانی نقل کرده و احتمال مدرکی بودن آن می‌رود فلذا قابل اطمینان نیست. ثانیاً با وجود کسانی که اجتهاد را مطلقاً یا در مورد قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند ادعای اجماع ناصحیح است.

سومین دلیل قائلین به لزوم اجتهاد روایت معروف عمر بن حنظله است (جرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷، ۱۳). برخی فقیهان با توجه به عبارت «روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا» در این روایت گفته‌اند ظهور در مجتهد دارد (مؤمن، بی‌تا، ۶۴).

اما این روایت هم از نظر سند و هم نظر دلالت قابل مناقشه دانسته شده است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴، ۱۲، ۱۰). آیت الله خوئی درباره سند آن می‌گوید وثاقت عمر بن حنظله ثابت نشده است (خوئی، ۱۴۰۷، ۱۰).

از نظر دلالت هم گفته شده مقصود از نظر در حدیث یاد شده نظر اجتهادی و استنباطی نیست بلکه مقصود این است که قضات شیعه مانند قضات جور معاصر ائمه (ع) نباشند که از اوامر و نواهی ائمه (ع) تبعیت نمی‌کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۳۳، ۷۱). تفسیر معرفت در حدیث به معرفت اجتهادی نیز بدون دلیل است، زیرا اجتهاد به معنایی که اکنون معروف و متداول است در زمان ائمه (ع) نبوده است (همان).

وجود برخی روایات دیگر نیز ادله قائلین عدم اعتبار اجتهاد را تقویت می‌کند. مانند این روایت که: «مرد و زنی خدمت حضرت علی (ع) آمدند و داوری از خانواده مرد و داوری از خانواده زن انتخاب شدند سپس حضرت (ع) از داوران پرسیدند: آیا می‌دانید چگونه حکم کنید؟...» (عروسی حویزی، ۱۴۱۲، ۴۷۹). چنانچه مشخص است پرسش حضرت از داوران نشان می‌دهد که داوران افراد معمولی و عادی بوده‌اند و اگر آنها فقیه و عالم بودند پرسش حضرت بی‌مورد بود.

همچنین در عبارات فقها در بحث قاضی تحکیم و تعریف آن از عبارت «إذا تراضی نفسان برجل من الرعیة» استفاده گردیده (طوسی، ۱۳۹۷، ۶، ۲۴۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۰، نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰، ۲۳) که برگرفته از مضمون روایاتی است که در رابطه با فصل خصومت دو شخص توسط یکی دیگر، از ائمه (ع) سؤال شده است. بکار رفتن کلمه «رعیت» در کلمات فقها بجای کلماتی چون «فقیه» یا «عالم» نشان می‌دهد منظور یک فرد مسلمان عادی است که از نظر علمی ویژگی خاصی نداشته چه برسد به اینکه مجتهد باشد و در روایات ائمه (ع) اجازه داده‌اند که اختلاف توسط چنین فردی فصل خصومت گردد.

در رابطه با موضوع مورد بحث نظر بسیار دقیق و قابل توجهی دیگری نیز وجود دارد که از جانب مرحوم گلپایگانی طرح گردیده است. ایشان قائل به اشتراط اجتهاد اصطلاحی و تام در قاضی تحکیم نیستند و معتقدند اجتهاد متجزی در قاضی انتخابی کافی است (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۵۹). این نظر با یکی از خصوصیت‌ها و ویژگی‌های بارز داوری که توسط حقوق دانان مطرح می‌شود هماهنگ است و آن این است

که اساتید فن داوری آن را یک نهاد فصل خصومت تخصصی و موردی به شمار می‌آورند و داور متخصصی است که طرفین بدلیل تبحر و تخصصش در موضوع به وی رجوع کرده‌اند. بنابراین با پذیرش این نظر همین که داور از چنین تخصصی برخوردار باشد و در زمینه داوری اش مجتهد و متخصص باشد صلاحیت می‌یابد.

۳-۴- بررسی صلاحیت قاضی انتخابی در دوران غیبت امام معصوم(ع)

از دیگر مواردی که به عنوان تفاوت قضاوت تحکیمی از داوری ذکر شده تردید در امکان تحقق قاضی تحکیم در عصر غیبت است که توسط برخی از فقها مطرح شده‌است که در این صورت چون در این زمان قاضی تحکیم نداریم پس نمی‌تواند با داوری یک مفهوم داشته باشد و نمی‌توان قواعد آن را به داوری تعمیم داد.

این شبهه در صورت پذیرش سخن فقهایی وارد می‌شود که اجتهاد را از شرایط لازم برای هر قاضی(چه منصوب و چه تحکیم) می‌دانند و منکر وجود قاضی تحکیم در عصر غیبت شده‌اند. با این استدلال که در دوران غیبت امام(ع) همه مجتهدین بدلیل اذن عام، قاضی منصوب هستند و غیرمجتهد حکمش مطلقاً صحیح نیست پس دیگر در این دوران قاضی غیرمنصوب نخواهیم داشت و طرفین دعوا نمی‌توانند بدلیل عدم وجود قاضی تحکیم او را برگزینند(شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۳۳۴). بنابراین قاضی تحکیم تنها در حال حضور امام، برای کسی تصور می‌شود که با وجود دارا بودن شرایط، از سوی امام به قضاوت منصوب نشده باشد(شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۷۰).

این سخن شهید از جانب برخی دیگر نیز طرح گردیده و موضع وفاق دانسته شده‌است(سبزواری، بیتا، ۶۶۵). شیخ انصاری نیز با توجه به اجماع و نصی که در مورد نفوذ قضاوت فقیه امامی جامع شرایط فتوا وجود دارد، قاضی منصوب در زمان غیبت را به نصب عام انتصاب شده می‌داند(انصاری، ۱۴۱۵، ۴۷).

لازم به تذکر است منظور از نصب عام مجتهدین به قضاوت در کلام شهید و شیخ انصاری، روایاتی از قبیل مقبوله عمر بن حنظله است که مطابق آن امام صادق(ع) پس از نهی از مراجعه به قضات حکومت جائر می‌فرماید به کسی مراجعه کنید که احادیث ما را نقل می‌کند و احکام حلال و حرام ما را می‌شناسد، چنین شخصی را به عنوان قاضی بپذیرید زیرا من وی را بر شما حاکم قرار دادم(حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ۹۸).

اما این نظریه که منجر به حذف قاضی تحکیم در دوران غیبت معصوم (ع) می‌شود، با انتقاد مواجه شده و کسانی که اجتهاد را در قاضی شرط نمی‌دانند استدلال شهید و تابعینش را مورد خدشه قرار داده‌اند. صاحب جواهر پس از نقل اقوال، خودش منکر شرط اجتهاد برای قاضی می‌شود و از نظر وی همین که قاضی منصوب یا تحکیم براساس حق و عدل حکم کند کفایت می‌کند. بنابراین با این بیان فرض قاضی تحکیم در عصر غیبت قابل تصور است (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰، ۳۰).

از معاصرین آقای خوبی به مخالفت با نظریه شهید پرداخته و آن را در زمان غیبت هم قابل تصور دانسته است (خوبی، ۱۴۰۷، ۱۲). از نظر ایشان اصلاً اجتهاد در قاضی تحکیم شرط نیست؛ بنابراین در عصر غیبت هر کس مجتهد باشد با توجه به ادله نصب عام قاضی منصوب است و هر کس مجتهد نباشد هرگاه توسط اصحاب دعوا انتخاب شود، قاضی تحکیم خواهد بود.

همچنین آقای گلپایگانی با تفکیک قضاوت در زمان حضور و زمان غیبت می‌گوید: در زمان حضور با وجود قاضی منصوب از جانب امام (ع)، قضات دیگر نمی‌توانند حکم کنند و حکمشان نافذ نیست اما در زمان غیبت، چون معصوم مبسوط الید نیست مردم می‌توانند هر فقیه‌ی را به عنوان تحکیم انتخاب کنند (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۲۳). بنابراین از نظر ایشان درخواست اصحاب دعوا در نفوذ حکم قاضی نقش دارد.

این نظریه در آثار دیگر فقهای معاصر نیز به چشم می‌خورد (اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۲۹؛ محمدی گیلانی، ۱۳۷۸، ۳۹) و برخی دیگر قائلند گرچه از مقبوله‌ای که شهید ثانی بیان داشته اجتهاد در تمام قضات شرط است اما عدم اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم از روایت ابی‌خدیجه برداشت می‌شود و این روایت قاضی تحکیم را تخصصاً از لزوم دارا بودن اجتهاد خارج می‌سازد (مؤمن، بی‌تا، ۶۷).

در هر صورت می‌توان گفت با توجه به اثبات عدم لزوم اجتهاد در قاضی تحکیم نظر فقهای قابل قبول است که قائل به صلاحیت قاضی انتخابی طرفین در همه زمان‌ها از جمله زمان غیبت معصوم (ع) می‌باشند.

۴-۴- بررسی قلمرو صلاحیت قاضی انتخابی یا تحکیم

ایراد دیگری که ممکن است وارد شود این است که مطابق نظر غالب فقها قاضی تحکیم صلاحیت رسیدگی و صدور رأی در کلیه آراء حقوقی و کیفری را دارد و حال آنکه رسیدگی از طریق داوری صرفاً در

دعاوی حقوقی است و مطابق ماده ۴۹۶ قانون آئین دادرسی مدنی، دعاوی مربوط به ورشکستگی و دعاوی راجع به نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب نیز قابل ارجاع به داوری نیست.

پاسخ اینکه حتی اگر بپذیریم قاضی تحکیم صلاحیت عام دارد - که ما آن را نمی‌پذیریم - این امر دلیل نمی‌شود که داوری با آن متفاوت باشد. بدین دلیل که شاید قانونگذار خواسته است بدلیل اهمیت دعاوی کیفری به داور اجازه ورود به این قسمت را ندهد بنابراین می‌توان گفت قانونگذار بخشی از اختیارات قاضی تحکیم را به داور اعطاء و بخشی را بدلیل اهمیت و حساسیت صرفاً در اختیار قضات منصوب گذاشته است.

درباره آنچه حکمیت در آن امکان دارد (قلمرو حکمیت قاضی تحکیم) فقهای امامیه چند نظر طرح نموده‌اند:

تحکیم و حکمیت در همه احکام چه حق الناس و چه حق الله جایز است (طوسی، ۱۳۸۷، ۱۶۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۰؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ۲، ۶۷).

این نظر مورد ایراد واقع شده بدین بیان که بنابر عمومات ادله مشروعیت قاضی تحکیم، اساس صلاحیت وی تراضی طرفین است و در حق الله که یک طرف بیشتر وجود ندارد و تراضی حاصل نیست اطلاق یا عموم ادله بی‌معناست (قماش، ۱۳۷۶، ۲۲۳).

جواز تحکیم در مسائل حقوق و مالی و عدم جواز تحکیم در مسائل کیفری محض یا دعوایی که دارای جنبه کیفری و حقوقی توأمان باشد (حلی، ۱۴۱۳، ۴۱۹، ۴۲۱).

این نظر با توجه به اینکه غالب مسائل حقوقی و مالی طرفینی است و یک خواهان خصوصی دارد نظری موجه است اما خارج نمودن دعوایی که هم جنبه کیفری و هم جنبه حقوقی دارد قابل ایراد است.

جواز تحکیم در جمیع آنچه که مورد دعوای طرفین است و عدم جواز آن در حقوق محض الهی که دعوایی در آن واقع نمی‌گردد (جواز در حق الناس و عدم جواز در حق الله) (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۳۳).

استدلال این نظر این است که ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی و انتخابی عام است. به عنوان مثال عبارت فتحاکمو الیه که در روایت ابی‌خدیجه از امام صادق (ع) نقل شده است، اطلاق دارد و شامل تمامی دعاوی خواهد شد. از این میان، تنها دعوایی که شاکی خصوصی ندارد استثناء می‌شود.

صاحب جواهر اطلاق ادله و عموم اخبار را حکایت گر صلاحیت کلی قاضی تحکیم در دعاوی مالی و غیر مالی و حدود و قصاص و نکاح و ... میداند اما در ادامه با توجه به ضرورت وجود متخاصمین در قضاوت تحکیمی به نظر شهیدثانی متمایل می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۰، ۴۰).

از میان این سه نظر و با توجه به تعریف فقها از قضاوت انتخابی به نظر می‌رسد چون ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی عام است لذا قاضی تحکیم صلاحیت عام دارد منتها با توجه به تعریف، چون چنین قضاوتی نیاز به دو طرف دارد و در حق الله محض یک طرف بیشتر وجود ندارد و امکان تراضی بر سر یک قاضی انتخابی متصور نیست پس نظریه شهیدثانی صحیح‌تر است که جز حق الله در سایر موارد قاضی انتخابی صلاحیت دارد.

بنابراین حکم قاضی تحکیم در حق الله محض (مانند حد زنا و ارتداد) و در آنچه محل اجتماع حق الله و حق الناس است (مانند قذف) همچنین در برخی حق الناس‌ها که اهمیت زیاد دارند و نیازمند تحقیق می‌باشند (مانند قصاص) جهت رعایت احتیاط، جایز نیست. به همین دلیل در قانون نیز امور جزائی و دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق و نسب استثنا گردیده‌اند و تحکیم در آنها جایز نیست (اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۳۲).

۴-۵- بررسی امکان قضاوت تحکیمی و انتخابی اشخاص حقوقی

ایراد دیگری که به عنوان تفاوت قاضی تحکیم و داور طرح شده، این است که داور می‌تواند از جمله اشخاص حقوقی باشد و اشخاص حقوقی مطابق ماده ۲۶ لایحه قانون تأسیس اطاق‌های بازرگانی صلاحیت به عهده گرفتن داوری را دارند در حالی که قاضی تحکیم لزوماً بایستی شخص حقیقی باشد و شخص حقوقی نمی‌تواند عهده دار امر قضاوت شود بنابراین این دو نهاد نمی‌توانند یک مفهوم داشته باشند (قماش، ۱۳۷۶، ۲۳۶).

این ایراد نیز قابل دفع است. با این توضیح که داوری توسط اشخاص حقوقی نیز نهایتاً توسط یک یا چند شخص حقیقی صورت می‌گیرد و شخص حقوقی صرفاً پشتیبان و برنامه ریز نحوه داوری این اشخاص حقیقی زیرمجموعه خود است. شخص حقوقی با در نظر گرفتن معیارها و ملاک‌های لازم افراد واجد صلاحیت را شناسایی و بکار می‌گیرد و افراد نیز با توجه به اعتبار شخص حقوقی به رأی داور (که خود یکی از زیرمجموعه‌های شخص حقوقی است) اعتماد می‌کنند. مراجعه مردم به اطاق بازرگانی برای معرفی داور، شبیه مراجعه‌ای است که به کانون کارشناسان رسمی دادگستری یا کانون وکلا برای انتخاب کارشناس یا

وکیل می‌نمایند. ایراد مطروحه مانند آن است که گفته شود چون در فقه فقط قاضی بصورت شخص حقیقی پیش‌بینی شده پس دادگاه‌ها صلاحیت رسیدگی به دعاوی را ندارند.

۴-۶- بررسی امکان تعدد قاضی انتخابی یا تحکیم

بحث دیگری که برای اثبات متفاوت بودن داوری از قضاوت تحکیمی مطرح شده درخصوص امکان تعدد یا وحدت است با این استدلال که قاضی تحکیم معمولاً یک نفر است در حالی که داور ممکن است بیش از یک نفر باشد و اصولاً هریک از طرفین حق انتخاب داور برای خود را دارد بدون اینکه در انتخاب داور طرف مقابل دخالت داشته باشد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۷۷).

این ادعا علاوه بر اینکه بدلیل بطلان خوب طرح نشده است از چند جهت مردود است. زیرا آنچه مطابق تعریف داوری و قضاوت تحکیمی در هر دو مشترک است حق انتخاب طرفین است که چه طرفین با توافق هم یک نفر را انتخاب کنند و چه هریک به تنهایی برای خود دست به انتخاب بزند در هر صورت با تعریف هریک سازگار است. علاوه بر این مطلب برخی از فقها صراحتاً اجازه داده‌اند که قاضی تحکیم بیش از یک نفر باشد (اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۰۹؛ تسخیری، ۱۳۷۶، ۲۰۸) و سایر فقها نیز هیچ یک منعی برای تعدد نکرده‌اند. بالاتر از همه اینها روایاتی است که از آنها جواز تعدد قاضی تحکیم بدست می‌آید. در این روایات حالات مختلف تعدد پیش‌بینی شده است. از روایت داود بن حصین (حرعاملی، ۲۷، ۱۱۳) بر می‌آید که هر دو طرف دعوی دو حکم را قبول داشته و با رضایت هر دو را انتخاب کرده‌اند و از روایت عمر بن حنظله (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱، ۳۴) بر می‌آید هر یک برای خود یک حکم را انتخاب کرده و در انتخاب حکم طرف دیگر نقش نداشته است.

۷- نتیجه گیری

ظهور کلام خداوند در آیه ۳۵ سوره نساء بر تحکیم است و اگر خطاب متوجه زوجین بود بایستی اراده اصلاح به زوجین اضافه می‌شد در حالی که در آیه اراده به حکمین اضافه گردیده است.

اصل عدم ولایت بر شخص بالغ و رشید که از جانب طرفداران نظریه وکیل بودن داور مطرح گردیده توسط قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» نقض می‌شود ضمن اینکه در خصوص تفاوت قضاوت و حکمیت و اشتراط اجتهاد در اولی و عدم اشتراط آن در دومی باید گفت نه تنها لزوم مجتهد بودن قاضی موضوعی

اختلافی و محل بحث است بلکه از نظر فقهای قائل به اشتراط اجتهاد در قضاوت نیز در امور جزئی و معین اجتهاد و فقاہت شرط نیست و این مطلب باعث تفاوت ماهیت نمی‌گردد.

با توجه به به تعاریف فقها از قاضی تحکیم و تعریف داوری توسط حقوقدانان و قانون داوری بین المللی می‌توان گفت مفهوم داوری در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه است. در مقابل نظریه شاذ قائلین به عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی، مشهور فقهای امامیه مشروعیت آن را به استناد ادله قطع آوری مانند روایت ابی‌خدیجه - که ذکر آن گذشت - پذیرفته‌اند و حتی برخی بر مشروعیت این نوع قضاوت ادعای عدم خلاف کرده‌اند.

متفاوت دانستن قضاوت تحکیمی از داوری با این استدلال که در اولی اجتهاد شرط است قابل اثبات نیست بلکه با اثبات عدم شرطیت اجتهاد در قاضی تحکیم این نظریه فقهی تقویت می‌گردد که قاضی تحکیم اختصاصی به زمان غیبت امام معصوم ندارد و تأسیس شرعی مورد تأیید عقلا و مورد نیاز مردم با غیبت امام معصوم تعطیل نمی‌گردد.

اگر بپذیریم که قاضی تحکیم تنها صلاحیت رسیدگی در دعاوی حقوقی را دارد در این صورت صلاحیت داور و قاضی تحکیم یکی است اما حتی اگر قائل شویم قاضی تحکیم صلاحیت عام دارد این امر دلیل نمی‌شود که در ماهیت، نهاد داوری با قضاوت تحکیمی متفاوت باشد چون شاید بدلیل اهمیت موضوعات کیفری قانونگذار خواسته باشد به داور اجازه ورود به این قسمت را ندهد و بدین وسیله نظارت بیشتری بر این نوع دعاوی اعمال کند.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی، (۱۴۲۳)، فقه القضاء، جلد ۱، مؤسسه النشر لجامعه المفید، قم.
۲. ابن براج، عبدالعزیز، (۱۴۰۶)، المهذب، جلد ۲، جامعه مدرسین، قم.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵)، القضاء و الشهادات، باقری، قم.
۴. ابن ادریس، (۱۴۱۰)، السرائر، ج ۲، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۵. ابن حمزه، (۱۴۰۸)، الوسیله، مکتبه‌ایت ... مرعشی نجفی، قم.
۶. تسخیری، شیخ محمد علی، و مشیرفر، شیوا، (۱۳۷۶)، حکمیت در فقه اسلامی، مجله تحقیقات اسلامی، شماره ۱ و ۲.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران.

۸. حائری، سید کاظم، (۱۴۱۵)، القضاء فی الفقه الإسلامی، مجمع الفكر الاسلامی، قم.
۹. حرعاملی، محمد حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، جلد ۱ و ۱۸ و ۲۷، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
۱۰. حلی، محقق، (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام، جلد ۴، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۱۱. حلی، علامه، (۱۴۱۲)، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، جلد ۷، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۱۲. حلی، علامه، (۱۴۲۰)، تحریر الأحكام الشرعیه، جلد ۵، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم.
۱۳. حلی، علامه، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، جلد ۳، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۱۴. خمینی، روح الله موسوی، (بی تا)، تحریر الوسیله، مؤسسه دارالعلم، قم.
۱۵. خوئی، ابوالقاسم، (۱۴۰۷)، مبانی تکمه المنهاج، جلد ۴۱ موسوعه، لطفی، قم.
۱۶. روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، جلد ۲۲، مؤسسه دارالکتاب، قم.
۱۷. راوندی، قطب الدین، سعیدین عبدا...، (۱۴۰۵)، فقه القرآن، انتشارات کتابخانه آیة... مرعشی نجفی (ره)، قم.
۱۸. الزحیلی، وهبه، (۱۹۹۷-۱۴۱۸)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۸، دارالفکر، دمشق.
۱۹. سبزواری، سید عبدالعلی، (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام، جلد ۲۷، مکتبه ایت ا... سبزواری، قم.
۲۰. سبزواری، محمد باقر، (بی تا)، کفایه الأحکام، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲۱. شهید اول، (۱۴۱۷)، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲۲. شهید ثانی، (۱۴۱۴)، حاشیه الإرشاد، جلد ۴، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
۲۳. شهید ثانی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة، جلد ۱، انتشارات داوری، قم.
۲۴. شهید ثانی، (۱۴۱۳)، مسالك الألفهام، جلد ۱۴، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۲۵. شیخ طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۹۷)، الخلاف، جلد ۴ و ۶، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم.
۲۶. شیخ طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد ۸، المکتبه المرتضویه، تهران.
۲۷. شیخ صدوق، (۱۴۰۴)، من لایحضر الفقیه، جلد ۴، جماعه المدرسین، قم.
۲۸. عروسی حویزی، (۱۴۱۲)، تفسیر نورالثقلین، جلد ۱، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۲۹. فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶)، کشف اللثام و الإبهام، جلد ۷ و ۱۰، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۳۰. فاضل مقداد، (۱۴۱۹)، کنز العرف ان فی فقه القرآن، جلد ۲، مجمع جهانی تقریب مذاهب، تهران.
۳۱. قرشی، سید علی اکبر، (۱۴۱۲)، قاموس قرآن، دارالکتب الاسلامیه، تهران.

۳۲. قماش، محمدسعید، (۱۳۷۶)، قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی‌سازی قضاوت، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۰.
۳۳. مومن، محمد، (بی‌تا)، مبانی تحریر الوسیله، جلد ۱، بی‌جا.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۳)، اعتبار امر قضاوت شده، کانون وکلای دادگستری مرکز، تهران.
۳۵. کشاورز، بهمن، (۱۳۷۴)، نگرشی به قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، نشر میزان، تهران.
۳۶. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، (۱۴۱۳)، کتاب القضاء، دار القرآن الکریم، قم.
۳۷. محدث بحرانی، یوسف، (بی‌تا)، الحدائق الناظره، جلد ۲۴، جامعه المدرسین، قم.
۳۸. متین‌دفتری، احمد، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۱، انتشارات مجد، تهران.
۳۹. معین، دکتر محمد، (۱۳۸۶)، فرهنگ فارسی، جلد ۱، انتشارات امیرکبیر، تهران.
۴۰. مفید، شیخ، (۱۴۱۳)، المقنعه، نشر کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم.
۴۱. مقدس‌اردبیلی، (۱۴۱۴)، مجمع الفائده و البرهان، جلد ۱۲، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
۴۲. محمدی گیلانی، محمد، (۱۳۷۸)، قضا و قضاوت در اسلام، نشر سایه، تهران.
۴۳. نوری طبرسی، حسین، (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل، جلد ۱۵، آل‌البیت، بیروت.
۴۴. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۹۸۱)، جواهر الکلام، جلد ۴۱، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت.
۴۵. نراقی، احمد، (۱۴۱۵)، مستندالشیعه فی أحكام لشریعه، جلد ۱۷، مؤسسه آل‌البیت (ع)، قم.
۴۶. واحدی، قدرت‌ا...، (۱۳۸۷)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، نشر میزان، تهران.
۴۷. هدایت‌نیا، فرج‌ا...، (۱۳۸۷)، داوری در حقوق خانواده، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران.
۴۸. یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۰۹)، عروه الوثقی، جلد ۳، مؤسسه الأعلمی، بیروت.