

سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه

زین العابدین نجفی^۱

چکیده

در نظام قضایی اسلامی برای حل و فصل سریع، عادلانه و فارغ از تمرکزگرایی دعوی استفاده از قاضی تحکیم پیش‌بینی شده که به تعبیری به معنای خصوصی کردن قضاوت است. بر این اساس اصحاب دعوا می‌توانند خارج از نظام قضایی متمرکز حکومتی، فرد واجد شرایط را برگزینند و فصل خصومت را از این طریق پی‌گیری کنند. مشهور فقیهان شیعه، قاضی تحکیم را پذیرفته‌اند ولی بسیاری از آنان فرض وجود آن را در عصر غیبت منکرند زیرا به نظر آنان در این عصر، همه فقها برای قضاوت منصوبند و قاضی واجد شرایط غیر منصوب وجود ندارد تا به عنوان تحکیم برگزیده شود. در این نوشتار برای حل اشکال یادشده، نظریه‌های گوناگونی مطرح شده و با بررسی اقوال و دلایل، مشروعیت قاضی تحکیم در دوران غیبت در محدوده حق مردم اثبات گردیده است. بنابراین، خصوصی کردن قضاوت به روش قاضی تحکیم، از منظر فقه شیعه قابل قبول خواهد بود.

کلید واژه‌ها خصوصی سازی قضاوت، قاضی منصوب، قاضی تحکیم، عصر حضور، عصر غیبت.

طرح مسأله

افزایش روز افزون جمعیت، توسعه دانش و صنعت و گسترش روابط در عرصه‌های گوناگون، موجب توسعه منازعات و روی آوری هر چه بیشتر مردم به دستگاه قضایی می‌شود. این امر، تراکم پرونده‌ها، طولانی شدن جریان دادرسی و گاهی پایین آمدن

میزان دقت در احقاق حق را به دنبال دارد. علاوه بر این، قید و بندها و تشریفات نظام قضایی که اجتناب ناپذیر می‌نماید، موجب اتلاف هزینه‌ها و تضییع وقت اصحاب دعوا و دست اندرکاران می‌گردد. وانگهی، در نظام قضایی حکومتی که یک طرف به عنوان خواهان، طرح شکایت می‌پردازد و طرف دیگر به عنوان خوانده احضار می‌شود، زمینه روانی کشف حقیقت و فصل خصومت تضعیف می‌گردد. از این روی اگر تدبیری اندیشیده شود تا از مراجعه مردم به دستگاه قضایی متمرکز کاسته شود پاره‌ای از مشکلات مرتفع خواهد شد. امروزه سیاست جنایی جدیدی با عنوان «جنبش دفاع اجتماعی» مطرح گردیده است که می‌کوشد به شیوه‌ای علمی با بزهکاری مبارزه کند. سیاست «قضازدایی» نیز در همین راستا مطرح شده است. قضازدایی سیاستی است که تلاش می‌کند اصحاب دعوا را تا جایی که امکان دارد از قید و بندهای دستگاه قضایی برهاند و فیصله دادن به خصومت را بدون مراجعه به دستگاه قضایی پی‌گیری کند (مارک آنسل، ۱۰۷-۱۰۸).

اسلام نیز برای حل و فصل سریع و عادلانه کاهش هزینه‌ها و صرفه جویی در نیروی انسانی برنامه جالبی ارائه داده است، در گام نخست، سیاست قضازدایی را مدنظر قرار داده و حل و فصل دعاوی را، از طریق کنار آمدن اصحاب دعوا با یکدیگر بدون مراجعه به دستگاه قضایی به قضاوت قابل قبول دانسته و از این رو در کتاب‌های فقهی باب مهمی با عنوان کتاب صلح تدوین گردیده است (محقق حلی، ۳۶۷؛ شهید اول، لمعه، ۱۴۱).

در مرحله بعد، اگر طرفین دعوا بدون قضاوت نتوانند به فصل خصومت بپردازند باز هم لازم نیست به نظام قضایی روی آورند بلکه براساس نظر مشهور فقیهان شیعه می‌توانند خارج از دستگاه قضایی به انتخاب خود، فرد واجد شرایطی را برگزینند و احقاق حق و فصل خصومت را از این طریق پی‌گیری کنند. حکم این حکم دارای آثار حقوقی خواهد بود. این طرح که در فقه، مراجعه به قاضی تحکیم نامیده می‌شود، گرچه مصداق قضازدایی نیست ولی در واقع نوعی سیاست خصوصی کردن امر قضاوت است که می‌تواند در کاهش تراکم وظایف دستگاه قضایی نقش مهمی ایفا کند.

قاضی تحکیم در فقه از جنبه‌های گوناگون مورد بحث قرار گرفته که مهمترین آنها مناقشه‌ای است؛ که درباره مشروعیت آن در دوران غیبت، میان فقیهان شیعه ملاحظه

می شود بدین معنی که، مشهور فقیهان شیعه قاضی تحکیم را در زمان حضور امام (ع) پذیرفته اند و در این زمینه خلافتی نقل نشده است (نجفی، ۲۳/۴۰)، ولی بسیاری از آنها فرض وجود قاضی تحکیم را در عصر غیبت انکار کرده اند (شهید ثانی، مسالک، ۳۳۴/۱۳؛ طباطبایی، ۱۹/۱۵؛ خوانساری، ۱۰/۶).

بنابراین، مهمترین سوال در این باب اینست که دلایل مشروعیت قاضی تحکیم چیست و آیا شامل دوران غیبت می شود یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، دامنه مشروعیت آن چقدر است؟

در این نوشتار کوشش می کنیم به سؤال های یاد شده در چارچوب فقه شیعه پاسخ دهیم.

پیش از شروع بحث اصلی یاد آوری می شود که: به جهت پیروی از متون فقهی و یکسان سازی عبارت، در طی بحث از عبارت قاضی تحکیم استفاده کرده و از تعبیرهای دیگر پرهیز می کنیم.

تعاریف و مفاهیم

تحکیم: مصدر از ریشه حکم است. حکم در لغت به معنای قضاوت و دادرسی و در اصل به معنای منع و باز داشتن است (فیومی، ۱۴۵). ابن فارس می گوید: حکم به معنای منع از ظلم است... و حکمت نیز از همین باب است زیرا حکمت شخص را از جهل باز می دارد (۹۱/۲). تحکیم در صطلاح، به معنای تفویض قضاوت به کسی است. حُكْمْتُ الرَّجُلَ یعنی قضاوت را به او واگذار کردم (فیومی، همانجا)، حُكْمُوهُ بَيْنَهُمْ یعنی به او فرمان دادند که میانشان حکم کند و گفته می شود: حُكْمْنَا فَلَانَا فِيمَا بَيْنَنَا یعنی حکم او را در میان خود نافذ قرار دادیم (ابن منظور، ۱۴۲/۱۲).

قاضی تحکیم: فقیهان شیعه در تعریف و برخی قیود آن اندکی با هم اختلاف دارند ولی از مجموع آنها به دست می آید که قاضی تحکیم فردی جامع شرایط قضاوت ولی غیر منصوب از ناحیه متولی قضاست که توسط طرفین دعوا برای دادرسی برگزیده می شود (نک: فخر المحققین، ۲۹۶/۴، شهید ثانی، مسالک، ۳۳۲/۱۳؛ طباطبایی، ۱۹/۱۵؛ علامه حلی، قواعد، ۴۱۹/۳؛ طوسی، مبسوط، ۱۶۴/۸؛ محقق حلی، ۸۶۱).

شهید اول در کتاب دروس، برای قاضی منصوب اموری را شرط دانسته از جمله: بلوغ، عقل، ذکوریت، ایمان، عدالت، طهارت مولد، کتابت، استقلال در افتا (۶۵/۲) و در قاضی تحکیم شرط کرده که باید جامع شرایط یاد شده (شرایط قاضی منصوب) باشد (نک: ۶۸/۲) و نیز می‌گوید: قضای تحکیمی جایز است اگرچه در شهر قاضی باشد (یعنی مشروط به عدم وجود قاضی منصوب نیست)... و حکم او از طرفین دعوا که بر قضاوت او تراضی نموده‌اند، به دیگران تجاوز نمی‌کند (۶۷/۲). اما شهید ثانی در کتاب روضه شرط وجود داشتن قاضی منصوب از سوی امام (ع) را اضافه کرده (شهید ثانی، ۶۸/۳) و مقصودش آنست که در عصر غیبت، قاضی تحکیم فرض وجود ندارد.

خصوصی سازی قضاوت: مقصود از آن در این نوشتار، خصوصی سازی در قالب قاضی تحکیم است. بر این اساس، خصوصی سازی قضاوت، طراحی نظام قضایی است که در آن، اصحاب دعوا می‌توانند بدون مراجعه به دستگاه قضایی با انتخاب فرد واجد شرایط ولی غیر منصوب حل و فصل دعاوی را پی‌گیری کنند.

دلایل مشروعیت

مشهور فقیهان شیعه مشروعیت قاضی تحکیم را پذیرفته و دلایلی از کتاب و سنت بر آن اقامه کرده‌اند برخی بر آن ادعای شهرت و لاخلاف (نک: شهید ثانی، مسالک، ۳۳۲/۱۳) و برخی دیگر بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (نک: طوسی، خلاف، ۶/۲۴۱؛ عاملی، ۴/۲۰؛ نجفی، ۲۹/۴۰). علاوه بر این گفته شده که در زمان صحابه مسأله قاضی تحکیم اتفاق افتاده و کسی آن را انکار نکرده است (شهید ثانی، مسالک، همانجا؛ فخر المحققین، همانجا؛ طباطبایی، همانجا)، حتی برخی به وقوع آن در زمان پیامبر (ص) نیز تصریح نموده‌اند (فاضل هندی، ۶/۱۰). همچنین آیات و روایات فراوانی برای اثبات مشروعیت قاضی تحکیم مورد استناد قرار گرفته است:

الف - آیات

برای اثبات مشروعیت قاضی تحکیم به آیه نشوز (نساء/۳۵) و آیاتی که دلالت بر وجوب امر به معروف و نهی از منکر دارند استدلال گردیده است (نک: فاضل هندی، ۶/۱۰؛ عاملی، ۶/۲۰؛ موسوی اردبیلی، ۱۰۸). علاوه بر این، برخی گفته‌اند آیاتی که

دلالت بر وجوب بر پا داشتن قسط و عدل دارند مشروعیت قاضی تحکیم را نیز اثبات می‌کنند (نجفی، ۲۵/۴۰؛ موسوی اردبیلی، ۱۰۹) و برخی نیز به آیه شریفه و من لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الکافرون (مائده/۴۴) و مانند آن استناد کرده‌اند (عاملی، ۴/۲۰؛ فاضل هندی، همانجا؛ نجفی، همانجا؛ محمدی گیلانی، ۴۸)، زیرا در این آیه و نظایر آن تهدید شده که هر کس بر طبق موازین الهی حکم نکند کافر و فاسق است بنابراین هنگامی که اصحاب دعوا از شخص ثالث تقاضای حکمیت می‌کنند چنانچه او نپذیرد مشمول تهدید آیه کریمه خواهد بود، پس بر او واجب است که حکمیت را بپذیرد و میان طرفین دعوا به حق داوری کند و در نتیجه داوری او نافذ خواهد بود.

ب - روایات

از روایات نیز برای اثبات مشروعیت قاضی تحکیم استفاده شده است که از میان آنها به ذکر چهار نمونه اکتاف می‌کنیم:

۱- روایت ابو خدیجه:

قال ابو عبد الله جعفر بن محمد الصادق (ع): «إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَلَكِنْ أَنْظِرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ» (حرعاملی، ۴/۱۸): امام صادق (ع) فرمود: مبادا یکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه ببرد بلکه بنگرید به مردی از میان خودتان که پاره‌ای از احکام ما را می‌داند پس او را میان خود قاضی قرار دهید و من نیز او را قاضی قرار داده‌ام پس برای محاکمه به نزد وی بروید. این روایت از نظر سند معتبر است (خویی، ۸/۱؛ نراقی، ۱۷/۱۷؛ تبریزی، ۲۵). خویی این حدیث را مربوط به قاضی تحکیم دانسته است. به عقیده وی، صحیح آن است که این روایت نظری به قاضی ابتدایی ندارد زیرا کلام امام (ع) که فرمود: «فانی قد جعلته قاضیا» بر جمله پیشین که فرمود «فاجعلوه» فرع و نتیجه قرار گرفته است. منظور از «فاجعلوه» همان قاضی‌ای است که طرفین دعوا او را برگزیده‌اند پس نتیجه این می‌شود که هر کسی را که طرفین نزاع حکم قرار دهند امام (ع) نیز او را قاضی قرار داده است (خویی، ۸/۱). شیخ طوسی نیز به این حدیث اشاره کرده و آن را یکی از دلایل قاضی تحکیم دانسته است (خلاف، ۲۴۲/۶).

۲- روایت حلبی:

قلت لابی عبد الله (ع): ربما كان بين الرجلين من اصحابنا المنازعه في الشيء فیتراضیان برجل منا فقال لیس هو ذاک. انما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط (حر عاملی، ۵/۱۸): حلبی می گوید: به امام صادق (ع) گفتم: گاهی میان دو نفر از شیعیان درباره چیزی منازعه‌ای پیش می آید پس آن دو از میان ما مردی را برای قضاوت انتخاب می کنند (آیا این عمل مراجعه به طاغوت است؟)، امام فرمود: این چنین نیست زیرا او (طاغوت) کسی است که مردم را با شمشیر و تازیانه بر حکم خویش مجبور می سازد.

این روایت از نظر سند، صحیح و معتبر (خوبی، ۹/۱؛ تبریزی، ۱۱) و از نظر مفاد، مربوط به قاضی تحکیم است زیرا:

اولاً؛ راوی چگونگی انتخاب قاضی را به صورت رضایت طرفین دعوا ترسیم کرده و مورد پرسش قرار داده و امام (ع) نیز آن را تایید فرموده است. انتخاب قاضی به نحو رضایت طرفین با قاضی تحکیم سازگار است اما در قاضی منصوب رضایت طرفین دعوا نقشی ندارد.

ثانیاً؛ کسی که از سوی امام (ع) برای قضاوت نصب شده باشد روشن است که مراجعه به او، مراجعه به طاغوت نیست و برای شخصی همانند حلبی طرح چنین سؤالی بجا نمی باشد، بنابراین مورد سؤال وی قاضی منصوب نیست.

۳- روایت داود بن حصین:

داود بن الحصین عن ابی عبد الله (ع) قال: فی رجلین اتفقا علی عدلین جعلهما بینهما فی حکم وقع بینهما فیه خلاف، فرضیا بالعدلین، فاختلف العدلان بینهما، عن قول أیّهما یمضی الحکم؟ قال: ینظر الی أفضھما و أعلمهما بأحدیثنا و اورعهما فینفذ حکمه و لا یلتفت الی الآخر (حر عاملی، ۸۰/۱۸): داود بن حصین از امام صادق (ع) روایت کرده که دو مرد بر دو عادل توافق نموده و آن دو را میان خود حکم در امر مورد اختلافی قرار داده و به داوری آنها، راضی شدند، ولی آن دو عادل میان خود به اختلاف افتادند. اینک حکم باید براساس قول کدام یک جاری شود؟ امام فرمود: از میان آن دو، به فقیه ترین و داناترین نسبت به احادیث ما و پارساترین، روی آورده می شود و حکم او نافذ است و به

دیگری توجه نمی شود.

این حدیث به دو طریق روایت شده: طریق شیخ صدوق (۸/۳) و طریق شیخ طوسی (تهذیب، ۳۰۱/۶). طریق شیخ صدوق صحیح نیست ولی طریق شیخ طوسی معتبر است، گرچه در آن حسن بن موسی خشاب واقع شده که توثیق خاص ندارد، زیرا حسن بن موسی از بزرگان امامیه (نک: نجاشی، ۴۲) و از ثقات تفسیر علی بن ابراهیم و از رجال کامل الزیارات است (قمی، ۳۱۶/۲؛ تجلیل، ۲۱۳) و هر کسی که در اسناد این دو کتاب واقع شده، موثق است (خویی، ۲/۲۶۰)؛ زیرا علی بن ابراهیم در مقدمه تفسیرش و ابن قولویه در مقدمه کامل الزیارات، به وثاقت راویانی که در طریق احادیث آنها واقع شده‌اند، تصریح کرده‌اند (قمی، ۳/۱؛ ابن قولویه، ۳۷). بنابراین حدیث از نظر سند معتبر و دلالت آن نیز بر مشروعیت قاضی تحکیم تمام است زیرا تعابیری از قبیل «اتَّفَقَا عَلٰی عَدْلِهِ، جَعَلَهُمَا وَ...» که در حدیث به کار رفته در غیر قاضی تحکیم قابل تصور نیست (موسوی اردبیلی، ۱۲۰) چرا که در قاضی منصوب توافق یا عدم توافق طرفین دعوا بر قضاوت او، معنایی ندارد و نیز نیازی به جعل و رضایت آنها نیست.

۴ - حدیث نبوی:

رَوَى عَنِ النَّبِيِّ (ص) أَنَّهُ قَالَ: مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَاضِيًا بِهِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ (فَهُوَ مَلْعُونٌ) (ماوردی، ۳۲۶/۱۶؛ ابن قدامه، ۴۸۴/۱۱): از پیامبر (ص) روایت شده که: هرگاه دو نفر بر قضاوت کسی میان خود تراضی نمایند و او میان آنها به عدالت حکم نکند پس لعنت خداوند بر او باد.

این روایت اگر چه از طریق اهل سنت نقل گردیده ولی بسیاری از فقیهان شیعه بدان استناد کرده‌اند (نک: طوسی، خلاف، ۲۴۲/۶؛ فخر المحققین، ۲۹۶/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۳۲/۱۳؛ علامه حلی، مختلف، ۴۶/۸؛ عاملی، ۴/۲۰؛ فاضل هندی، ۶/۱۰). بنابراین اگر عمل فقیهان شیعه به این حدیث به حد شهرت رسیده باشد بنابر نظر مشهور ضعف سند حدیث بدین وسیله جبران می‌گردد.

دلالت حدیث: در این حدیث انتخاب و رضایت طرفین دعوا محور قرار گرفته که این مطلب با قاضی تحکیم سازگار است، به علاوه، اگر حکم قاضی برگزیده اصحاب دعوا معتبر نبود، تهدید ذکر شده در حدیث معنی داشت، وانگهی، اگر قضاوت این قاضی

مشروعیت نداشت باید تهدید بر اصل عمل او انجام می گرفت نه بر عدم قضاوت عادلانه. بنابراین تهدید بر عدم قضاوت عادلانه دلالت دارد بر اینکه علت آن عدم عدالت در قضاوت است نه اینکه چنین قضاوتی از اصل مشروع نباشد (شهید ثانی، مسالک، ۳۳۲/۱۳).

ج - اجماع: بر مشروعیت قاضی تحکیم، شیخ طوسی ادعای اجماع (نک: خلاف، ۲۴۲/۶) و شهید ثانی ادعای عدم خلاف کرده است (نک: مسالک، ۳۳۲/۱۳). از کلام فاضل هندی نیز اجماع بر این مسأله به دست می آید. وی مخالفت با قاضی تحکیم را به برخی اهل سنت، نسبت داده (۶/۱۰) در *مفتاح الکرامه* نیز اجماع را یکی از ادله قاضی تحکیم به حساب آورده است (عاملی، ۴/۲۰). صاحب *جواهر* گفته است: «بل لم یذکر احد فیه (قاضی تحکیم) خلافاً، بل ظاهر بعضهم و صریح آخر الاجماع علیه» (نجفی، ۲۳/۴۰)؛ البته اجماع در این مسأله که آیات و روایات فراوانی بر آن دلالت دارند، مدرکی است، گو این که دلیل مستقل به شمار نمی رود ولی می تواند مؤید آن باشد.

د - بنای عقلا

بنای عقلا می تواند دلیل مهم و قابل قبولی برای مشروعیت قاضی تحکیم باشد چرا که انتخاب حکم توسط اصحاب دعوا از دیرباز میان عقلا معمول بوده است و قراین و شواهد تاریخی نشان می دهد که در زمان صحابه بلکه در زمان پیامبر (ص) (نک: فاضل هندی، ۶/۱۰) چنین مواردی نیز اتفاق افتاده (شهید ثانی، مسالک، ۳۳۲/۱۳؛ طباطبایی، ۱۹/۱۵؛ ابن قدامه، ۴۸۲/۱۱) و پیامبر (ص) آن را ردع و ائمه اطهار (ع) نیز آن را نهی نکرده اند و همین امر دلیل بر پذیرفته شدن قاضی تحکیم نزد شارع مقدس است.

قاضی تحکیم در دوران غیبت

دلایلی که پیش از این مشروعیت قاضی تحکیم ارایه گردید از نظر زمانی عام بوده اند و گستره آن‌ها زمان غیبت را نیز دربرمی گرفته است. در هیچ یک از آنها نیز قرینه‌ای که اختصاص این شیوه قضاوت را به عصر حضور نشان دهد وجود نداشته است. ولی پاره‌ای از فقیهان با عنایت به اینکه در قاضی به طور مطلق (خواه منصوب و خواه تحکیم) اجتهاد را شرط دانسته‌اند فرض وجود قاضی تحکیم را در عصر غیبت منکر شده‌اند

زیرا با توجه به شرط اجتهاد در قضاوت و نیابت همه فقیهان جامع شرایط از امام(ع) در دوران غیبت، همه آنها قاضی منصوب هستند در نتیجه در این دوران قاضی واجد شرایط ولی غیر منصوب وجود ندارد تا اصحاب دعوا او را به عنوان تحکیم برگزینند (شهید ثانی، روضه، ۷۰/۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۷/۱۲؛ طباطبایی، ۱۰/۱۵؛ خوانساری، ۱۰/۶). به عقیده شهید ثانی اتفاق بر آنست که در قاضی تحکیم همه شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد معتبر است، بنابراین، قاضی تحکیم اختصاص به زمان حضور امام(ع) دارد اما در حال غیبت به دلیل عام بودن اذن، قضاوت هر مجتهدی نافذ است و غیر مجتهد حکمش به هیچ وجه صحیح نیست در نتیجه قاضی تحکیم در دوران غیبت قابل تصور نیست (نک: مسالک، ۳۳۴/۱۳).

در مقابل، برخی از فقیهان وجود قاضی تحکیم در عصر غیبت را پذیرفته‌اند (عاملی، ۵/۲۰؛ نجفی، ۲۹/۴۰-۳۰؛ طوسی، خلاف، ۲۴۱/۶؛ خوبی، ۹/۱؛ گلپایگانی، ۵۴/۱؛ موسوی اردبیلی، ۱۱۴) و در قوانین موجود ایران نیز، در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، طرح قاضی تحکیم پیش بینی گردیده و به تایید شورای نگهبان نیز رسیده است، ماده (۶) قانون یاد شده مقرر می‌دارد که:

«طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند» (منصور، قانون آئین دادرسی، ۱۷۷). گرچه قاضی تحکیم در ماده یاد شده به صورت کلی مطرح شده ولی هنوز برای اجرای آن اقدامی نشده و سؤالات فراوانی درباره آن از نظر شرایط قاضی، قلمرو قضاوت، روش اجرا و کیفیت مترتب شدن آثار حقوقی بر آن مطرح است.

شاید یکی از دلایل عدم اجرای این ماده قانونی، شک و تردیدهایی باشد که درباره مشروعیت آن در عصر غیبت وجود دارد.

آرای فقیهان

کسانی که مشروعیت قاضی تحکیم را در دوران غیبت پذیرفته‌اند در چگونگی تصویر آن در این دوران نظریه‌های گوناگونی ارائه داده‌اند:

نظریه مقدس اردبیلی: او برای حل اشکال قاضی تحکیم در عصر غیبت نظریه

«اعلمیت» را مطرح کرده است (نک: ۱۷/۱۲). بدین ترتیب که، هرگاه یکی از فقیهان، نسبت به دیگران اعلم بوده و دسترسی به او و اجرای حکمش ممکن باشد، او مقدم و منصوب خواهد بود، چراکه به نظر مشهور، تعیین اعلم لازم است. پس در این هنگام قاضی تحکیم بدین نحو تصور می شود که، اگر اصحاب دعوا یکی از فقیهان غیر اعلم را برای دادرسی برگزینند، فقیه اعلم، قاضی منصوب و فقیه غیر اعلم، قاضی تحکیم خواهد بود. عاملی نیز شبیه همین نظریه را ارایه داده ولی تعبیر «افضل و مفضل» را در این جایگاه به کار برده است (عاملی، ۵/۲۰).

نظریه گلیایگانی: او برخلاف برخی از فقیهان گفته است: در زمان حضور و مبسوط الید بودن معصوم با وجود قاضی منصوب از ناحیه معصوم (ع)، حکم قضات دیگر، نافذ نیست اما در عصر غیبت یا در عصر حضور و مبسوط الید نبودن معصوم (ع)، حکم کسی نافذ است که مردم از او درخواست قضاوت کنند و گرنه اذن عام صادر شده از سوی امام (ع) شامل او نخواهد شد (گلیایگانی، ۵۴/۱). این سخن بدین معناست که در عصر غیبت، در خواست اصحاب دعوا یا اهل بلد در نفوذ حکم قاضی نقش دارد پس براساس این نظریه در عصر غیبت، مردم می توانند هر فقیهی را به عنوان تحکیم انتخاب کنند اما در زمان حضور، به دلیل وجود قضات منصوب از سوی امام (ع)، مردم نمی توانند قاضی دیگری را برگزینند.

نظریه خوبی: او برخلاف نظر مشهور فقیهان معتقد بوده است در قاضی تحکیم، اجتهاد شرط نیست (خوبی، ۹/۱)، در نتیجه، در دوران غیبت، مجتهد، قاضی منصوب است و غیر مجتهد، هرگاه توسط اصحاب دعوا برای قضاوت برگزیده شود قاضی تحکیم خواهد بود.

نظریه صاحب جواهر: او به طور کلی اجتهاد قاضی را شرط نمی داند بلکه آنچه در دیدگاه او ملاک است حکم به حق و عدل است، خواه از روی اجتهاد باشد، خواه از روی تقلید (نجفی، ۳۰/۴۰، ۳۴) و در نتیجه بر این مبنا نیز استفاده از قاضی تحکیم در عصر غیبت اشکالی نداشته و قابل تصور و اجراست.

ظاهراً شیخ طوسی نیز مشوعیت قاضی تحکیم را در عصر غیبت پذیرفته است (نک: خلاف، ۲۴۱/۶، مسبوط، ۱۶۴/۸) چنانکه در مفتاح الکرامه نیز همین قول به او نسبت

داده شده است (عاملی، ۵/۲۰). به علاوه، برخی از معاصران نیز در قاضی به طور کلی اجتهاد را شرط نمی‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۱۴؛ مؤمن، ۶۷/۱، ۷۹؛ محمدی گیلانی، ۳۹)؛ بنابراین قاضی تحکیم از دیدگاه آنها در عصر غیبت فرض وجود خواهد داشت. موسوی اردبیلی نیز گفته است: «ما حتی در قاضی منصوب اجتهاد را شرط نمی‌دانیم بنابراین اشکالی که درباره قاضی تحکیم در عصر غیبت مطرح است به ما روی نمی‌آورد» (موسوی اردبیلی، ۱۱۴).

بنابراین به نظر بسیاری از فقیهان، قاضی تحکیم در دوران غیبت، قابل تصور و اجرا است ولی همان طور که ملاحظه شد مهمترین نظریه قاضی تحکیم در عصر غیبت بر پایه عدم اشتراط اجتهاد در او استوار است بدین معنی که اگر در قاضی تحکیم، اجتهاد شرط باشد، در عصر غیبت به استثنای برخی موارد نادر، فرض وجود نخواهد داشت و اگر در قاضی به طور مطلق یا در خصوص قاضی تحکیم، اجتهاد شرط نباشد، در عصر غیبت فرض وجود داشته و هیچ اشکالی متوجه آن نخواهد بود. از این روی در اینجا به بحث اجتهاد در قاضی تحکیم می‌پردازیم و بدین منظور بحث را درباره قاضی به طور کلی پی می‌گیریم چرا که ادله قابل ارائه در این بحث در هر دو مورد قاضی منصوب و تحکیم صادق خواهد بود یعنی اگر در قاضی منصوب اجتهاد شرط نباشد در قاضی تحکیم به طریق اولی شرط نخواهد بود.

قاضی و شرط اجتهاد

شیخ مفید و بسیاری از فقیهان پس از او در زمینه صلاحیت علمی قاضی از تعبیر اجتهاد یا فقهت استفاده نکرده‌اند بلکه گفته‌اند باید اهل علم باشد، یعنی باید عالم به کتاب و سنت و لغت باشد و نیز به معانی کلام عرب احاطه داشته و وجوه اعراب را بداند و در مورد کتاب و سنت مقداری وارد جزئیات نیز شده باشد (نک: مفید، ۷۲۱). اکثر فقیهان پس از شیخ مفید تا عصر محقق حلی نیز در این مورد از عبارات مشابهی استفاده کرده‌اند (نک: طوسی، مبسوط، ۹۹/۸؛ ابن براج، ۵۹۷/۲؛ ابن حمزه، ۲۰۸؛ ابن ادریس، ۱۵۴/۲؛ ابن سعید، ۵۲۲). نراقی نیز گفته: کلمات اکثر قداما از ذکر مجتهد یا مرادف آن خالی است (نراقی، ۱۷/۱۸)، ولی محقق حلی و شهید اول و شهید ثانی در قاضی به

طور مطلق (خواه منصوب یا تحکیم) اجتهاد را شرط دانسته‌اند و شهید ثانی بر آن ادعای اجماع کرده است (محقق، ۸۶۰-۸۶۱؛ دروس، ۲/۶۵، ۶۸؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۳/۳۲۸، ۳۳۲). علامه حلی در قاضی به طور مطلق بدون ذکر تحکیم اجتهاد را شرط دانسته است (نک: قواعد، ۳/۴۲۳؛ تحریر، ۵/۱۱۰). عبارت شهید اول در لمعه (ص ۸۹) به گونه‌ای است که گویا در قاضی تحکیم اجتهاد را شرط نمی‌داند: «قاضی باید دارای کمال، عدالت، اهلیت فتوا، ذکوریت، کتابت و بصر باشد مگر قاضی تحکیم».

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به اعمال اجتهاد از سوی قاضی در امر قضاوت اشاره‌ای دارد. اصل ۱۶۷ مقرر می‌دارد که: «قاضی موظف است کوشش نماید حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (منصور، قانون اساسی، ۹۰).

در مقابل، برخی از فقیهان اجتهاد را در قاضی شرط نمی‌دانند. صاحب جواهر در قاضی، خواه منصوب و خواه تحکیم، اجتهاد را شرط نمی‌داند بلکه به نظر او معیار در قضاوت، حکم به حق و عدل براساس احکام اهل بیت است گرچه قاضی مجتهد نباشد (نک: نجفی، ۴۰/۱۵). محقق قمی نیز بنابر نقل میرزای رشتی، و نیز برخی از اساتید میرزا، قائل به شرط اجتهاد در قاضی نبوده‌اند (رشتی، ۱/۲۹). برخی از معاصران نیز برای قاضی به طور کلی اجتهاد را شرط نمی‌دانند (نک: مؤمن، ۱/۶۷، ۷۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۱۴؛ محمدی گیلانی، ۳۹). به عقیده مقدس اردبیلی نیز وجود دلیل بر اشتراط اجتهاد در قاضی و ظهور دلالت روایات و نیز وجود اجماع در این مورد قابل مناقشه است (۱۹/۱۲). امام خمینی اگر چه در کتاب قضا لزوم اجتهاد مطلق را برای قاضی اختیار کرده است (تحریر، ۲/۳۸۶) ولی در باب اجتهاد و تقلید کتاب رسایل، شرط اجتهاد مطلق را برای قاضی مردود دانسته (۱۰۸) و نیز به جواز نصب غیر مجتهد برای قضا تمایل نموده است (۱۱۸) که این مطلب به معنای عدم اشتراط اجتهاد در قضاوت است.

اما خوبی (نک: ۹/۱) قول به تفصیل را برگزیده بدین معنی که در قاضی منصوب، اجتهاد را شرط دانسته ولی در قاضی تحکیم، آن را شرط به شمار نیاورده است. البته

تفصیل دیگری نیز در باب اجتهاد قاضی وجود دارد که برای اختصار از ذکر آنها خودداری می‌شود.

بررسی دلایل

الف - دلایل عدم اشتراط اجتهاد

اطلاق آیات و روایات فراوانی برای اثبات عدم اشتراط اجتهاد در قاضی مورد استناد قرار گرفته است که به مقتضای آنها، قضاوت به حق و عدل از سوی هر مؤمنی انجام گیرد درست است اگر چه مجتهد نباشد. اگر دلیلی باشد که به صورت روشن بر شرط بودن اجتهاد دلالت کند، اطلاقات یادشده را مقید می‌سازد و اگر چنین دلیلی یافت نشود این اطلاقات به قوت خود باقی و حجت خواهند بود:

یک - آیات

۱- اِنَّ اللّٰهَ يامرکم ان تودّوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین النّاس ان تحکموا بالعدل (نساء/۵۸).

۲- و من لم یحکم بما أنزل الله فاولئک هم الفاسقون (مائده/۴۷).

کیفیت استدلال: در این آیات و نظایر آنها حکم دادن براساس عدالت و موازن الهی محور قرار گرفته بدین معنی که هر کس عادلانه و مطابق موازن الهی حکم کند، قضاوتش درست است اگر چه مجتهد نبوده و از روی تقلید حکم کرده باشد. صاحب جواهر و برخی دیگر به این آیات و نظایر آن استدلال کرده‌اند (نک: نجفی، ۱۵/۴۰؛ خوبی، ۹/۱)؛ ولی به نظر می‌رسد این استدلال خالی از اشکال نیست زیرا این آیات در مقام بیان شرایط قاضی نیستند بلکه درصدد بیان این مطلبند که قضاوت باید براساس حق و عدل باشد لذا در آنها سایر شرایط قاضی نیز ذکر نشده است.

دو - روایات

۱- روایت ابو خدیجه: که در بحث دلایل مشروعیت از آن یاد کردیم از نظر سند معتبر است (نراقی، ۱۷/۱۷؛ امام خمینی، رسائل، ۱۱۰؛ خوبی، ۸/۱؛ تبریزی، ۲۵). در این حدیث امام (ع) درباره صلاحیت علمی قاضی فرمود «یعلم شیئا من قضایانا» که این کلام به هیچ وجه دلالتی بر شرط بودن اجتهاد در قاضی ندارد بلکه اگر کسی از روی

تقلید هم احکام اهل بیت را بداند می‌توان او را «عالم به پاره‌ای از احکام اهل بیت (ع)» دانست به ویژه اینکه عبارت یاد شده در مقام تشویق و تحریک صادر شده و تنکیز «شیئا» برای تقلیل است. در نتیجه، قضاوت چنین کسی نافذ است.

۲- روایتی دیگر از ابو خدیجه: «قَالَ بَعَثَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) إِلَى أَصْحَابِنَا فَقَالَ: قُلْ لَهُمْ: أَيَاكُمْ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَكُمْ خُصُومَةٌ أَوْ تَدَارَى فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَخْذِ وَالْعَطَاءِ أَنْ تَحَاكُمُوا إِلَى أَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الْفُسَّاقِ، اجْعَلُوا بَيْنَكُمْ رَجُلًا قَدْ عَرَفَ حَلَالَنَا وَحَرَامَنَا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا» (حرعاملی، ۱۸/۱۰۰) ابو خدیجه گفته است: 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. این حدیث نیز از نظر سند معتبر است (نک: امام خمینی، رسائل، ۱۰۹؛ مؤمن، ۱/۶۴). در این حدیث، امام (ع) درباره شایستگی علمی قاضی فرمود: «عرف حلالنا و حرامنا». روشن است کسی هم که از روی تقلید احکام حلال و حرام اهل بیت (ع) را بداند می‌توان او را عارف به حلال و حرام تلقی کرد، در نتیجه چنین کسی از سوی امام (ع)، برای قضاوت مأذون محسوب می‌شود.

۳- روایت حلبی: روایت حلبی را نیز بیشتر در بحث دلایل مشروعیت ذکر کردیم. در این روایت، عبارت «فیتراضیان برجل منا» که مورد تایید امام (ع) قرار گرفته مطلق بوده و در آن فقاها و مانند آن قید نشده است و انگهی، ظهور روایت در عدم فقاها رجل مورد سؤال آشکار است زیرا چنانچه او فقیهی از فقهای شیعه باشد روشن است که مراجعه به او مراجعه به طاغوت نیست و چنین سؤالی از شخصی مانند حلبی بجا نمی‌باشد.

ب - دلایل اشتراط اجتهاد

۱- اجماع: پاره‌ای از فقیهان شیعه بر اشتراط اجتهاد در قاضی ادعای اجماع کرده‌اند (نک: شهید ثانی، مسالک، ۱۳/۳۳۳؛ روضه، ۳/۶۱)، ولی از تأمل در عبارات فقها چنین برمی‌آید که در این مسأله اجماعی محقق نشده و (نراقی، ۱۷/۱۸؛ نجفی، ۴۰/۱۹) کلمات اکثر قدما در این باره از تعبیر مجتهد یا مرادف آن خالی است (نراقی، ۱۷/۲۴).

به این ترتیب، اجماع محصل در این مسأله پذیرفتنی نیست و اجماع منقول نیز اگر چه وجود دارد ولی احتمال مدرکی بودن آن می‌رود بلکه یقین به آن داریم، پس نمی‌تواند حجت باشد، گویانکه بر این اصل حجیت اجماع منقول نیز خود مورد مناقشه است.

۲- اصل: بدین معنی که حکومت و سلطنت ذاتاً از آن خداوند است و هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد و اصل، عدم ولایت کسی بر دیگری است (امام خمینی، رسایل، ۱۰۰؛ رشتی، ۲۹/۱)، در نتیجه نفوذ حکم کسی بر دیگری خلاف اصل است. مجتهد به طور یقین از این اصل استثنا شده و حکمش نافذ است، بنابراین دیگران حکمشان بر دیگری نافذ نبوده و قضاوتشان درست نیست. مهم‌ترین دلیل خوبی برای شرط بودن اجتهاد در قاضی منصوب، همین اصل است چرا که او روایاتی را که برای شرط بودن اجتهاد در قاضی مورد استناد قرار گرفته‌اند از نظر سند یا دلالت، قابل خدشه دانسته و فقط همین اصل را در مسأله مورد بحث دلیل قابل اعتماد انگاشته است (خویی، ۸۶/۱). اصل یاد شده اگر چه درست و قابل قبول است ولی یک اصل در صورتی دلیل است که دلیلی برخلاف آن نباشد. روایت‌های معتبر ابو خدیجه و حلبی که پیش از این ذکر شده‌اند ظهور در عدم اشتراط اجتهاد در قاضی دارند و چیزی که آنها را مقید سازد یافت نشده است. بنابراین، روایات یاد شده دلیلی در برابر اصل مزبور بوده و باید نسبت به مورد آنها، اصل را کنار گذاشته و بر طبق آنها عمل کنیم.

۳- روایت عمر بن حنظله: مهمترین دلیل برای شرط بودن اجتهاد در قاضی روایت عمر بن حنظله است بلکه برخی آن را تنها دلیل مسأله دانسته‌اند (مؤمن، ۶۴/۱).

عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دَيْنٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَالِى الْقَضَاةِ أَيْحُلُ ذَلِكَ؟ قَالَ مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاعُوتِ ... قُلْتُ فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ؟ قَالَ يُنْظَرَانِ مَنْ كَانَ مِنْكُم مِمَّنْ قَدَّرَ وَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيُرْضُوا بِهِ حَكَمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا... (حر عاملی، ۹۸/۱۸).

عمر بن حنظله گفت: از امام صادق (ع) پرسیدم: آیا جایز است که دو نفر از شیعیان اگر بر سر دین یا میراثی میانشان نزاعی پیش آمد نزد سلطان و قضات وقت به محاکمه بروند؟ امام (ع) در پاسخ فرمود: هر کس برای قضاوت نزد آنان برود خواه برای حق یا

باطل، به محاکمه نزد طاغوت رفته است. پرسیدم: پس چاره چیست؟ امام(ع) فرمود: بنگرند به کسی از شما که حدیث ما را نقل می‌کند و در حلال و حرام ما نظر می‌افکند و احکام ما را می‌شناسد، پس چنین شخصی را به عنوان قاضی برگزینند و من او را بر شما حاکم قرار داده‌ام.

بنابه نظر برخی فقیهان، این روایت دلالت بر شرط بودن اجتهاد در قاضی دارد زیرا عبارت «روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا» ظهور در مجتهد دارد چراکه بر طبق فقره ذکر شده، حضرت درباره صلاحیت علمی قاضی سه ویژگی را ذکر کرده‌اند: «روایت حدیث و نظر و تأمل در مفاد حدیث و سپس شناختن احکامی که در حدیث ذکر گردیده است»؛ این امور همان چیزی است که ما اکنون از آن تعبیر به اجتهاد می‌کنیم.

روایت ابن حنظله هم از نظر سند و هم از نظر دلالت قابل خدشه است (نک: مقدس اردبیلی، ۱۲/۱۰، ۱۸، ۱۹). خوبی درباره سند آن می‌گوید: «این روایت از ناحیه سند قصور دارد زیرا وثاقت عمر بن حنظله ثابت نگردیده و نیز آن روایتی که در توثیق عمر بن حنظله وارد شده خود نیز مبتلا به اشکال است (خوبی، ۱/۷).

از سوی دیگر، این روایت از نظر دلالت نیز از چند جهت مورد مناقشه است:

۱- به نظر می‌رسد مقصود از نظر در حدیث یاد شده نظر اجتهادی و استنباطی نیست بلکه مقصود این است که قضات شیعه همانند قضات جور معاصر امامان معصوم(ع) نباشند که از اوامر و نواهی ائمه(ع) اطاعت نمی‌کرده و از علوم آنها بهره نمی‌جستند (موسوی اردبیلی، ۹۵). تفسیر «معرفت» در حدیث به معرفت اجتهادی نیز بدون دلیل است زیرا اجتهاد به معنایی که اکنون متداول است در دوران ائمه(ع) معروف و متداول نبوده (نراقی، ۱۷/۲۴؛ خوانساری، ۸/۶؛ موسوی اردبیلی، ۹۷) بلکه در عصر غیبت به خاطر احتیاج شیعیان پدید آمده است. آنچه در آن دوران معمول بوده حضور و تردد در محضر امامان(ع) و اخذ حدیث و سپس نقل آن برای شیعیان بوده است (موسوی اردبیلی، ۹۸). بنابراین چگونه می‌توانیم احادیث صادر شده از ائمه(ع) را بر معنایی حمل کنیم که پس از آن پدید آمده است.

۲- احتمال می‌رود آنچه در روایت عمر بن حنظله در نهایت ملاک قرار گرفته، عبارت

«عرف احکامنا» یعنی آگاهی از احکام اهل بیت بوده تا براساس آن حکم شود و مساله روایت حدیث و نظر در حلال و حرام که پیش از آن ذکر گردیده به عنوان طریقی برای رسیدن به آن احکام طرح شده باشد و از این رو خصوصیتی ندارند. بنابراین آنچه در قضاوت معتبر است آشنایی با احکام اهل بیت (ع) است گرچه از روی تقلید باشد، این احتمال در باب قضا مطابق با ارتکاز ذهنی عرف نیز هست زیرا در قضا بیش از این مورد نیاز نیست (نک: مؤمن، ۱/۶۶-۶۷).

به این ترتیب، روایت عمر بن حنظله نمی تواند روایت های معتبر ابو خدیجه و حلبی را مقید سازد و روایت دیگری هم که بر شرط بودن اجتهاد در قاضی دلالت کند یافت نشده است. بنابراین در قاضی به طور مطلق اجتهاد شرط نیست؛ به خصوص قاضی تحکیم که دلالت برخی از روایات مربوط به آن بر عدم اشتراط اجتهاد در او جای شبهه باقی نگذاشته است. وانگهی روش معمول در زمان پیامبر (ص) می تواند مؤیدی بر عدم اشتراط اجتهاد در قاضی باشد چرا که در زمان آن حضرت، کسانی که در میان مردم مأمور به قضاوت می شدند در مرتبه اجتهاد نبودند بلکه براساس آنچه از پیامبر (ص) شنیده بودند قضاوت می کردند (نجفی، ۱۸/۴۰).

یادآوری:

۱- شرط نبودن اجتهاد در قضاوت به این معنی نیست که غیر مجتهدان بدون اذن مجتهد، مقام قضاوت را احراز کنند زیرا بحث اجتهاد مربوط به صلاحیت علمی قاضی است اما نصب، مسأله دیگری است و قضا یکی از مناصب حکومتی و شاخه ای از ریاست عامه پیامبر (ص) و جانشینان اوست (نجفی، ۹/۴۰؛ یزدی، ۶/۴۱۴؛ آشتیانی، ۳؛ محمدی گیلانی، ۳۹)، بنابراین، بدون نصب قضاوت برای کسی محقق نمی شود.

در دوران غیبت، ولایت عامه از جمله اختیار نصب قضات از آن فقیه جامع الشرایط است (امام خمینی، رسایل، ۱۱۸، بیع، ۲/۴۶۷؛ نجفی، ۱۹/۴۰؛ محمدی گیلانی، ۳۹-۴۰)، پس در این دوران، در صورت تشکیل حکومت اسلامی به دست فقیه جامع الشرایط، نصب قضات، خواه مجتهد یا غیر مجتهد، از جانب او انجام می گیرد و آنها قاضی منصوب به شمار می آیند (تبریزی، ۱۲؛ موسوی اردبیلی، ۴۴، ۱۰۱)، از این رو

اگر اصحاب دعوا فرد غیر منصوب را برای دادرسی برگزینند او قاضی تحکیم خواهد بود. اما در صورت عدم تشکیل حکومت اسلامی، غیر مجتهدان می‌توانند با اذن مجتهد جامع الشرایط به قضاوت بپردازند. مجتهد و منصوبان از سوی او قاضی منصوب هستند و چنانچه افراد دیگری از سوی طرفین دعوا برای دادرسی برگزیده شوند، قاضی تحکیم خواهند بود. البته قضای تحکیمی ارتباطی به شئون حکومت نداشته و منصب نیست، در نتیجه نیازی به نصب ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۱۳).

۲- قاضی تحکیم از نظر محتوای قضاوت، همانند قاضی منصوب است، بنابراین در صورت وجود حکومت اسلامی به رهبری مجتهد جامع الشرایط، براساس قوانین موضوعه، داوری می‌کند و اگر حکم دعوا را در قوانین مدونه نیابد، باید برای دسترسی به حکم، فرایند مورد قبول حکومت را طی کند. در این زمینه هم میان مجتهد و غیر مجتهد فرقی نیست. چنانکه اکنون بیشتر قضات، مجتهد نیستند و قضات مجتهد نیز در چارچوب قوانین موضوعه قضاوت می‌کنند و گرنه کار قضا دچار هرج و مرج خواهد شد. اما در صورت عدم وجود حکومت اسلامی، قاضی تحکیم مجتهد، براساس فتاوی خویس و قاضی تحکیم غیر مجتهد، براساس فتاوی مجتهد خود از روی تقلید داوری خواهد کرد، چنانکه قائلان به عدم اشتراط اجتهاد در قاضی، مسأله تقلید را برای قضاوت او لحاظ کرده‌اند (نک: نراقی، ۲۴/۱۷؛ رشتی، ۲۹/۱۹؛ نجفی، ۱۹/۴۰) و تفاوتی میان قاضی منصوب و تحکیم قائل نشده‌اند، زیرا میان آن دو از نظر محتوای قضاوت فرقی نیست، بلکه هر دو باید براساس «ما أنزل الله» حکم کنند. فرق آن دو در امور دیگر است، مانند اینکه: قاضی منصوب برای قضاوت نصب می‌گردد ولی قاضی تحکیم، بدون نصب، با انتخاب اصحاب دعوا به قضاوت می‌پردازد. قاضی تحکیم فقط در صورت تراضی طرفین داوری می‌کند و نمی‌تواند به احضار متهم بپردازد در حالی که قاضی منصوب که حوزه دادرسی او گسترده است به صورت ابتدایی و با احضار متهم نیز به دادرسی می‌پردازد. محدوده قضاوت تحکیمی، فقط حق الناس است که دعوا دو طرف دارد، ولی حوزه دادرسی قاضی منصوب هم شامل حق الله است و هم شامل حق الناس.

۳- از آنجا که نظام قضایی خصوصی به روش تحکیمی ممکن است استبعاد ذهنی

داشته و اجرای آن در سطح کشور دشوار به نظر آید در اینجا با توجه به تعاریف و چارچوب های ارائه شده، چند شکل به عنوان نمونه و به نحو اختصار ذکر می گردد:

الف - قضای تحکیمی مستقل از نظام قضایی: در این شیوه نظام قضایی در معرفی و تعیین قضات تحکیم دخالتی ندارد بلکه واجدان شرایط، دفتری برای قضاوت خود دایر می کنند و تشخیص صلاحیت آنان با اصحاب دعوا خواهد بود (این روش ممکن است در آینده با پیشرفت همه جانبه بشر قابل اجرا باشد).

ب - قضای تحکیمی با نظارت نظام قضایی: در این روش، قضات تحکیم توسط مراکزی همانند کانون وکلای کنونی پذیرش شده و دفاتری دایر می کنند و دستگاه قضایی بر چگونگی گزینش و نحوه فعالیت آنان نظارت می کند.

ج - قضای تحکیمی با دخالت نظام قضایی: در این روش، پذیرش و معرفی قضات تحکیم بر عهده دستگاه قضایی بوده و نیز دستگاه قضایی بر فعالیت آنان نظارت خواهد داشت. البته احراز شرایط در افراد و معرفی آنها به معنای انتصاب برای قضاوت نیست بلکه دادرسی آنان منوط به رضایت اصحاب دعوا بوده و گستره دادرسی آنان نیز با قضات منصوب تفاوت خواهد داشت.

حوزه قضاوت قاضی تحکیم

یکی از پرسش های مربوط به قاضی تحکیم دامنه نفوذ حکم اوست. آیا قضاوتش منحصر به حق مردم است یا آنکه در حقوق الهی نیز کاربرد دارد؟ آیا قلمرو آن فقط دعاوی حقوقی است یا آنکه دعاوی کیفری را نیز شامل می شود؟

برخی قضاوت قاضی تحکیم را در همه احکام جایز می دانند مگر در چهار مورد: نکاح، قذف، لعان و قصاص. زیرا این چهار باب اهمیت ویژه ای دارد و رسیدگی به آن بر عهده امام (ع) یا شخص مورد نظر اوست، ولی برخی دیگر از فقیهان، قضاوت قاضی تحکیم را در همه موارد صحیح می دانند. به عقیده شیخ طوسی عموم اخبار همین مطلب را اقتضا می کند (نک: مبسوط، ۸/۱۶۵).

محقق حلی و شهید اول، قضاوت قاضی تحکیم را در همه احکام جایز می دانند (محقق حلی، ۸۶۱؛ شهید اول، دروس، ۶۸/۲). فاضل هندی نیز معتقد است: حکم

قاضی تحکیم در همه موارد خواه حق الناس یا حق الله حتی در مجازات‌ها لازم و نافذ است زیرا اخبار دال بر مشروعیت آن عامند (فاضل هندی، ۳۲/۲). شهید ثانی نیز گفته است که ظاهر اصحاب و صریح برخی از آنها اینست که قاضی تحکیم در جمیع مواردی که نزاع وجود دارد می‌تواند حکم کند: مال، نکاح، قصاص، حدود و موارد دیگر، زیرا در جمیع موارد یاد شده مقتضی وجود دارد و خبر دال بر مشروعیت قاضی تحکیم نیز عام است (مسالك، ۳۳۲/۱۳)؛ ولی آنچه خود شهید ثانی اختیار کرده آنست که قاضی تحکیم اختصاص به حق الناس دارد و حکم او در حق الله نافذ نیست زیرا در آن خصم معینی وجود ندارد (نک: همان، ۳۳۳). صاحب جواهر نیز حوزه قضاوت او را منحصر به حق الناس دانسته زیرا قاضی تحکیم، منوط به نصب متخاصمان است و در حق الله، خصم معینی وجود ندارد (نجفی، ۲۷/۴۰). علامه حلی نیز در قضاوت تحکیمی در امور مربوط به حبس و عقوبت (حدود، تعزیرات و قصاص) اشکال کرده است (همان).

بررسی

۱- با دقت در اقوال فقها، چنین برمی‌آید که به طور مسلم، حوزه قضاوت قاضی تحکیم، منحصر به حق مردم است زیرا قاضی تحکیم تنها در صورت رضایت طرفین فرض وجود دارد در حالی که در حق الله شاکی خصوصی وجود ندارد. بنابراین دامنه دادرسی او محدود به حق مردم خواهد بود.

۲- دلایل مشروعیت قاضی تحکیم عام بوده و شامل همه مواردی است که دعوا دو طرف دارد و چیزی که بر تخصیص دلالت کند یافت نشده، پس قاضی تحکیم می‌تواند در همه موارد حق الناس، خواه دعاوی حقوقی یا کیفری حکم دهد و خارج کردن باب‌های نکاح، قصاص و مانند آن از قلمرو قضاوت او وجهی ندارد.

نتیجه

مباحث پیشین نشان می‌دهد که نظام قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه قابل قبول است. در این نظام، اصحاب دعوا می‌توانند بدون مراجعه به دستگاه قضایی با انتخاب فرد واجد شرایط ولی غیر منصوب، به فصل خصومت بپردازند. قضاوت تحکیمی علاوه بر عصر حضور، در عصر غیبت نیز فرض وجود داشته و دلایل

مشروعیت آن شامل هر دو عصر می‌گردد. در قاضی به ویژه در قاضی تحکیم اجتهاد شرط نیست، بنابراین غیر مجتهدان واجد شرایط نیز می‌توانند به صورت قاضی منصوب یا تحکیم عهده دار امر قضا گردند. قضاوت تحکیمی به جهت شرط بودن توافق طرفین دعوا در آن، در حقوق الهی کار برد ندارد زیرا در حقوق الهی شاکی خصوصی وجود ندارد، اما در حقوق مردم حوزه آن گسترده بوده و همه دعاوی حقوقی و کیفری را فرا می‌گیرد.

کتابشناسی

آشتیانی، میرزا محمد حسن، کتاب القضاء، قم، هجرت، ۱۳۶۳ ش.
آسل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵ ش.

ابن ادريس، ابو جعفر محمد بن منصور، کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.

ابن براج، قاضی عبد العزيز بن براج طرابلسی، المهدب، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
ابن حمزه، ابو جعفر محمد بن علی طوسی، الوسيلة الی نیل الفضیلة، قم، مکتبه المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ ق.

ابن سعید، یحیی بن سعید حلّی، الجامع للسرائع، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۵ ق.
ابن فارس، ابوالحسین احمد، معجم مقاییس اللغة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۳ ق.
ابن قدامه، موفق الدین عبد الله بن احمد، المغنی، بیروت، دار الکتب العربی، بی تا.
ابن قولویه، جعفر بن محمد، کامل الزیارات، چاپ سوم، قم، نشر الفقاهه، ۱۴۲۴ ق.
ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار الکتب العلمیة، بی تا.
امام خمینی، روح الله موسوی، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ ش.

همو، الرسائل، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۸ ش.

همو، کتاب البیع، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.

تبریزی، میرزا جواد، اسس القضاء و الشهادة، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۵ ق.

- تجليل تبريزى، ابوطالب، معجم الثقافات، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٣٦٣ ش.
- حر عاملى، محمد بن حسن، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، بيروت، دار احياء التراث العربى، بى تا.
- خوانسارى، سيد احمد، جامع المدارك فى شرح مختصر النافع، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٣٦٤ ش.
- خويى، ابوالقاسم موسوى، مستند العروة (كتاب النكاح)، نجف، مطبعة الآداب، ١٤٠٤ ق.
- رشتى، ميرزا حبيب الله، كتاب القضاء، قم، منشورات دار القرآن الكريم، ١٤٠١ ق.
- شهيد اول، شمس الدين محمد بن جمال الدين مكى، اللمعة الدمشقية فى فقه الاماميه، چاپ اول، بيروت، ١٤١٠ ق.
- همو، الدروس الشرعية فى فقه الاماميه، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤١٤ ق.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على عاملى، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤١٨ ق.
- همو، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية، تحقيق سيد محمد كلانتر، بيروت، منشورات الاعلامى، بى تا.
- صدوق، محمد بن على بن حسين، من لا يحضره الفقيه، قم، مؤسسه نشر الاسلامى، ١٣٦٣ ش.
- طباطبايى، سيد على، رياض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت، ١٤٢٢ ق.
- طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فى فقه الاماميه، بى جا، المكتبة المرتضويه، ١٣٥١ ش.
- همو، كتاب الخلاف، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤١٧ ق.
- همو، تهذيب الأحكام، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٦٥ ش.
- عاملى، سيد محمد جواد حسيني، مفتاح الكرامة (القضاء)، تحقيق على اصغر مرواريد، بيروت، دار التراث، ١٤١٨ ق.
- علامه حلى، حسن بن يوسف، قواعد الاحكام، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤١٩ ق.
- همو، تحرير الاحكام الشرعية، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤٢٢ ق.
- همو، مختلف الشيعة فى احكام الشريعة، قم، مكتب الاعلام الاسلامى، ١٣٧٥ ش.
- فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهاني، كشف اللثام عن قواعد الاحكام، قم، مؤسسه نشر

اسلامی، ۱۴۲۴ق.

فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلّی، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، قم، المطبعة العلمية، ۱۳۸۹ق.

فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، قم، منشورات دارالهجره، ۱۴۰۵ق.

قمی، علی بن ابراهیم، تفسیر القمی، قم، دار الكتاب، ۱۴۰۴ق.

گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، کتاب القضاء، تقریر سید علی حسینی میلانی، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۱ق.

ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد، الحاوی الكبير، بیروت، انتشارات دار الفکر، ۱۴۲۰ق.

مؤمن قمی، محمد، مبانی تحریر الوسيله، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ش.
محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، دار الهدی للطباعة و النشر، بی تا.

محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، تهران، نشر سایه، ۱۳۷۸ش.

مفید، محمد بن محمد بن نعمان، المقنعه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.

مقدس اردبیلی، مولی احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.

منصور، جهانگیر، قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تهران، نشر دوران، ۱۳۸۰ش.

همو، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، نشر دوران، ۱۳۷۷ش.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، نجف، مطبعة الاداب، ۱۹۷۶م.

موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، فقه القضاء، قم، منشورات مکتبه امیر المؤمنین، ۱۴۰۸ق.

نجاشی، احمد بن علی، رجال النجاشی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق.

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ش.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۹ق.

یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، العروة الوثقی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ق.