

## The legitimacy of arbitration in the jurisprudence (Fiqh) of Islamic *Madhāhib*

hosein hooshmand firuzabady\* | alimohammad hakimian\*\*

Received: ۲۰۲۳/۰۹/۲۰ Recieved in revised form: ۲۰۲۳/۱۱/۲۰ Accepted: ۲۰۲۴/۰۱/۰۰ Published: ۲۰۲۴/۰۱/۱۷

Consolidating judgment is an Islamic jurisprudential (Fiq'hi) institution to resolve the disputes between the conflicting parties which today appear in the legal laws under the title of "arbitration". Due to respect for the sovereignty of the will of the parties in choosing a judge or judges as arbitrators, it is expanding progressively and is popular with the people. The legitimacy of arbitration or consolidation is disputed among Islamic *Madhāhib*, that is, schools of thought within Fiqh or Islamic jurisprudence. Despite the well-known opinion, which trusts the legitimacy of this Fiq'hi (jurisprudential) and legal institution, a group has completely denied its legitimacy, and another group has considered its permissibility only during the presence of the Infallible Imams (PBUH), and others have considered it dependent on the absence of an Islamic government or the dearth of an appointed judge in the city or region. The most basic question is that the different points of view raised around this debate are based on what evidence, and to what extent are the implications of each of the evidence of Islamic schools of thought? In this paper, various theories proposed about the legitimacy of arbitration are examined and criticized and then, the renowned opinion of Islamic schools (the legitimacy of arbitration institution) has been accepted according to the conducts of the wise and lastly the hadīth narrated by Abu *Basir* and the other hadīths to prove the theory of legitimacy (such as the well-known hadīth of *Abi Khadijeh* and *Maqbūla Umar ibn Hanzalah*) and the reason for the obligation to fulfill the condition has been deliberated.

### Keywords:

Judgment, Consolidation judgment, Consolidation, Arbitratio

---

\* Member of the academic faculty of the Hozah Research Institute and University (Qom)

[hooshmand@rihu.ac.ir](mailto:hooshmand@rihu.ac.ir)

\*\* Member of the academic faculty of the Hozah Research Institute and University (Qom)

[amhakimian@yahoo.com](mailto:amhakimian@yahoo.com)

\* hooshmand firuzabady, H; hakimian, A. (2024) **The legitimacy of arbitration in the jurisprudence (Fiqh) of Islamic *Madhāhib***. *The Doctrine of private law in Islamic countries*, 1(1). 39-62.

## مشروعیت داوری در فقه مذاهب اسلامی

حسین هوشمند فیروزآبادی\* | علی محمد حکیمیان\*\*

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۶/۲۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۹/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۱۵ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۲۷

### چکیده

قضاوت تحکیمی نهادی فقهی جهت حل و فصل اختلاف میان طرفین تنازع است که امروزه در قوانین حقوقی تحت عنوان «داوری» ظاهر گشته و به دلیل احترام به حاکمیت اراده طرفین در انتخاب شخص قاضی تحکیم یا داور روزبه‌روز در حال گسترش و اقبال مردم می‌باشد. مشروعیت داوری یا تحکیم در میان مذاهب اسلامی مورد اختلاف است. علی‌رغم نظر مشهور که قائل به مشروعیت این نهاد فقهی و حقوقی هستند، گروهی مشروعیت آن را به کل منکر شده و گروهی جواز را منحصر به زمان حضور معصومین (ع) و برخی دیگر منوط به عدم وجود حکومت اسلامی یا عدم حضور قاضی منصوب در شهر یا منطقه دانسته‌اند. پرسش اساسی این است که دیدگاه‌های مختلف مطروحه پیرامون این بحث هر یک بر چه ادله‌ای مبتنی گشته و حدود دلالت هر یک از ادله مذاهب اسلامی به چه میزان است؟ در این نوشتار ضمن نقد و بررسی نظریات مختلف طرح شده در رابطه با مشروعیت داوری، نظر مشهور مذاهب اسلامی (مشروعیت نهاد داوری) با اکتفا به سیره عقلاء که توسط مجموعه روایات تأیید می‌گردد، مورد پذیرش قرار گرفته است و سایر ادله روایی مذکور برای اثبات نظریه مشروعیت (مانند معتبره ابی‌خدیجه و مقبوله عمر بن حنظله) و دلیل وجوب و فاء به شرط محل مناقشه قرار گرفته است.

**کلمات کلیدی:** داوری - قضاوت تحکیمی - تحکیم - حکمیت - قاضی منصوب.

\* عضو هیأت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران (نویسنده مسئول). hooshmand@rihu.ac.ir

\*\* عضو هیأت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران. amhakimian@yahoo.com

\* هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ حکیمیان، علی محمد. (۱۴۰۳). مشروعیت داوری در فقه مذاهب اسلامی، فصلنامه آموزه‌های حقوق

خصوصی کشورهای اسلامی ۱(۱)، ۳۹-۶۲. ۲۰۲۳، ۹۵۸۹، ۱۰۰۸/۱۰، ۲۲۰۹۱. DPLIC

## ۱- مقدمه

داوری در فرهنگ معین به شکایت پیش قاضی بردن، قضاوت، تظلم، حکومت میان مردم معنا شده (معین، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۴۹۳) و در لغت نامه دهخدا عمل داور، قضا، حکومت، حکمیت و حکم میان دو خصم ذکر شده است. (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۶: ۹۱۶۶)

در اصطلاح حقوقی داوری عبارت است از «فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آنها را در این جهت انتخاب نموده باشند.» (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳: ۵۲۱) مطابق بند الف ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی.

داوری واژه‌ای فارسی است و در کتب فقهی مورد استعمال نمی‌باشد؛ ولی حکمیت و قاضی تحکیم در فقه مورد استعمال قرار گرفته است و تحکیم به معنای داوری و مقصود از عقد التحکیم موافقت‌نامه داوری است. در زبان انگلیسی از واژه Arbitration و در زبان عربی اصطلاح «التحکیم» برای داوری استفاده می‌گردد.

کلمه «تحکیم» از ریشه «حکم» با فتح حاء اخذ شده (قرشی، ۱۴۱۲، ۱۶۱) و مصدر است که به معنای حکم قراردادن (جعل حکماً) و تفویض حکم به وی (فوض الحکم الیه) می‌باشد (احمد بن فارس، ۱۳۹۹، ج ۲: ۹۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳: ۲۷۲-۲۷۳) و در لغت‌نامه‌های فارسی هم به معنای حکم کردن آمده است (معین، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۰۴۱) که از لوازم قضاوت خواهد بود.

در اصطلاح فقهی حکمیت همان داوری کردن و قضاوت نمودن و گاهی به معنای تعیین یا نصب حکم آمده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۴۱) بنابراین مقصود از قضاوت تحکیمی، همان معنای اول است.

فقها بحث از تحکیم را در چند موضع مطرح نموده‌اند (رک: ذیل واژه تحکیم هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴، ج ۴: ۴۷۴ به بعد): یکی در بحث تحکیم میان مسلمانان و کفار در جنگ؛ دوم در بحث تحکیم میان زوجین و سوم در بحث تحکیم و قضاوت بین المتخاصمین (طرفین اختلاف) که نوع سوم آن منطبق بر بحث داوری مصطلح می‌باشد؛ بنابراین از نظر اصطلاحی حکمیت همان داوری کردن و قضاوت نمودن است.

از فقهای معاصر آیت‌الله موسوی اردبیلی معتقد است قاضی تحکیم شخص یا اشخاصی هستند 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. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۰۹)

از مجموع تعاریف فقهی بر می‌آید قاضی تحکیم کسی است که 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 به صورت موقت و در طول دوران محاکمه صلاحیت می‌یابد و رابعاً می‌تواند یک نفر یا بیش از یک نفر باشد.

پیرامون مباحث فقهی قضاوت تحکیمی و داوری مسائل متعددی مطرح است. از آن جمله است امکان‌سنجی فقهی داوری شخص حقوقی، امکان‌سنجی فقهی داوری زنان، امکان‌سنجی فقهی داوری شورایی یا جمعی، امکان‌سنجی فقهی داوری شخص غیرمجتهد، امکان‌سنجی فقهی داوری شخص حقیقی یا حقوقی غیرمسلمان، تجدیدنظرپذیری آراء صادره در داوری، امکان رجوع طرفین داوری از رأی صادره توسط داور و... اما از آنجا که بارشدن آثار و احکام هر نهاد فقهی قبل از هر چیز مترتب بر اثبات مشروعیت آن نهاد است فلذا پرسش مهم و قابل طرح در خصوص قاضی تحکیم این است که قاضی تحکیم مشروعیت دارد یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ سؤال اول میزان و حدود این مشروعیت بر اساس ادله فقهی تا کجاست؟

فقه‌های اسلامی در خصوص مشروعیت و نفوذ قضاوت تحکیمی و داوری نظریات مختلفی مطرح نموده‌اند که می‌توان مجموع نظریات فقه‌های شیعه و اهل تسنن را در پنج نظریه تقسیم‌بندی نمود:

گروهی قائل به جواز داوری و تحکیم به صورت مطلق هستند چه در آن منطقه قاضی منصوب وجود داشته باشد و چه وجود نداشته باشد و چه فرد جامع شرایط قضاوت وجود داشته باشد و چه وجود نداشته باشد. گروه دوم قائل به مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری تنها در صورت عدم وجود قاضی منصوب در آن منطقه هستند.

گروه سوم قائل به عدم جواز و مشروعیت این شکل فصل خصومت به صورت مطلق هستند و تحکیم را غیر جازز دانسته و از آن منع نموده‌اند. گروه چهارم قائل به مشروعیت تحکیم تنها در زمان حضور معصوم (ع) هستند و منکر وجود این نهاد در زمان غیبت هستند و نهایتاً گروه پنجم مشروعیت قاضی تحکیم را منحصر به موارد اضطراری مانند عدم حضور قاضی منصوب در یک منطقه دانسته‌اند.

در ادامه به بررسی هریک از نظریات مرتبط با بحث مشروعیت داوری و بررسی ادله هر نظریه می‌پردازیم:

تذکر این نکته لازم است که در این مقاله همپوشانی و همانندی دو نهاد قضاوت تحکیمی در فقه و داوری در حقوق مفروض گرفته شده است. همان‌گونه که بسیاری از حقوق‌دانان آشنا با فقه اسلامی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۴۱؛ کشاورز، ۱۳۷۴: ۲۰ و ۲۱؛ جنیدی، ۱۳۸۰: ۱۲۹) و برخی فقه‌های معاصر آشنا با حقوق (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱: ۱۳۳) قائل به این امر و همپوشانی و همانندی نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه با نهاد «داوری» در حقوق می‌باشند. فقیه معاصر موسوی اردبیلی در کتاب القضاء ذیل بحث قاضی تحکیم به ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم که در مورد داوری است اشاره کرده‌اند. (موسوی اردبیلی، همان)

نویسندگان مشهور عرب‌زبانی مانند وهبه الزحیلی (زحیلی، ۲۰۱۰م: ۷۱۲) یا قحطان عبدالرحمان الدوری (الدوری، ۲۰۰۲: ۲۱-۲۲) نیز ذیل بحث قضاوت تحکیمی با یکی دانستن آن با داوری به برخی مواد قانونی مربوط به داوری در کشورهای عربی و نیز برخی کنوانسیون‌های مربوط به داوری و کنوانسیون‌های مربوط به شناسایی و اجرای احکام داوری اشاره نموده‌اند.

لازم به ذکر است گرچه در فقه القضاء کتب فقهی بحث از مشروعیت قضاوت تحکیمی آمده است و تاکنون پژوهش‌های شایسته‌ای در خصوص مشروعیت نهاد تحکیم و صحت وضعی آن در قالب مقاله صورت پذیرفته است (قدیر و کاظمی، ۱۳۹۸، صص ۱۱-۳۰؛ قماش، ۱۳۷۶، صص ۲۰۳-۲۳۹؛ نجفی، ۱۳۸۴، صص ۱۲۱-۱۴۴) اما مقاله پیشرو اولاً از جهت تجمع نظریات فقهای امامیه و اهل سنت؛ ثانیاً از جهت بررسی دقیق برخی ادله فقهی موافقین و مخالفین مشروعیت این نهاد و ثالثاً از جهت تطبیق مباحث فقهی داوری با مباحث حقوقی داوری مندرج در قوانین آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ از پژوهش‌های صورت گرفته قبل متمایز است.

## ۲- نظریه عدم مشروعیت داوری

این نظریه توسط برخی فقهای امامیه و عامه مطرح گردیده است. علامه حلی گرچه در ارشاد الاذهان مشروعیت قضاوت تحکیمی را پذیرفته است (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۳۸) اما در تحریر الاحکام قائل به عدم لزوم حکم وی شده است. (حلی، ۱۴۲۰، ج ۵: ۱۱۳)

آیت‌الله فاضل لنکرانی از علمای معاصر (در پاسخ به یک استفتاء که راجع به صلاحیت زنان برای قضاوت تحکیمی)، اصل قضاوت تحکیمی را مورد قبول ندانسته‌اند تا نوبت به بیان جزئیاتش شود.<sup>۱</sup> نظریه عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی یا داوری یکی از اقوال شافعیه نیز می‌باشد و اگرچه غالب فقهای شافعی قائل به مشروعیت تحکیم هستند؛ اما عدم مشروعیت هم در این مذهب قائل دارد (الدوری، ۲۰۰۲: ۱۱۴ و ۱۱۵) همچنین برخی از حنفیه و مالکیه، تحکیم را غیر جائز دانسته و از آن منع نموده‌اند. (شاهرودی، ۱۴۳۴، ج ۴: ۴۸۰) این گروه از حنفیه معتقدند گذشتگان فردی را که عالم و صالح از نظر دینی بود برای حکمیت و داوری انتخاب می‌کردند و آن فرد بر اساس احکام شرع و با نظر اجتهادی افراد مجتهد اقدام به داوری و حکمیت می‌نمود و اگر امروز قائل به صحت تحکیم شویم این منجر به تجری مردم عوام می‌گردد و افرادی را از خودشان برای حکمیت انتخاب می‌کنند و آن حکم و داور بر اساس جهل خود و نه بر اساس حکم شرع اقدام به داوری می‌نماید و این یک مفسده عظیم است و باید فتوا به منع تحکیم داد. جناب اصبح از مالکیه نیز نسبت به تحکیم اظهار کراهت نموده است و از شافعیه برخی قائل به عدم جواز شده‌اند. (وزاره الوقاف، ۲۰۰۴، ج ۱۰: ۲۳۶)

قائلین به عدم مشروعیت قضاوت تحکیم یا عدم نفوذ حکم به برخی آیات و روایات و نیز ادله دیگر استناد جسته‌اند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند:

<sup>۱</sup> نرم افزار گنجینه آراء فقهی، قضایی (معاونت آموزش قوه قضائیه)، کد سؤال ۵۲۸۸

## ۱.۲. آیات قرآنی

الف) مطابق آیه شریفه ۵۹ سوره نساء «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و أولی الامر منکم فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و الرسول....»

چنین استدلال شده که مقصود از رد منازعات و اختلافات به خدا و رسول (ص) و اولو الامر در آیه شریفه این است که تحکیم و داوری به رسول (ص) و اولو الامر (ع) واگذار شود ولو به صورت باواسطه یعنی به کسانی که شبیه معصومین (ع) باشند و از جانب رسول (ص) یا اولو الامر (ع) نصب شده باشند و شباهت داشتن کسانی که می‌خواهند داوری و قضاوت کنند به معصومین (ع) و نصب از جانب آنها مقدم است بر مراجعه به آنها برای داوری و تحکیم. به عبارت صرف رضایت طرفین اختلاف برای مراجعه کافی نیست و قاضی تحکیمی که طرفین وی را انتخاب کرده‌اند؛ اما مشابهت با معصومین (ع) و نصب از جانب آنها را ندارد تحکیم مشروعیت ندارد (رک: حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۵).

این استدلال قابل قبول نیست و بسیار بعید است که این آیه شریفه در مقام بیان بحث قضاوت باشد؛ بلکه این آیه شریفه در مقام بیان مباحث عقیدتی و دینی و مفاهیم اسلامی عمومی می‌باشد و نه موضوعات خارجی که در قضاوت مطرح می‌شود به قرینه عبارت «فردوه الی الله و الرسول» و عدم ذکر اولو الامر در حالی که اگر مقصود موضوعات بود لازم بود اولو الامر نیز ذکر می‌شدند و معنای «فردوه الی الله و الرسول» عمل آنچه که خدا و پیامبر (ص) فرموده‌اند می‌باشد.

ب) مطابق آیه شریفه «فلا وربک لا یؤمنون حتی یحکموک فیما شجر بینهم ثم لایجدوا فی انفسهم حرجاً ممّا قضیت و یسلموا تسلیماً»

بر اساس این آیه استدلال شده که خداوند در این آیه به تحکیم رسول (ص) به دلیل صفت رسالتش دعوت می‌کند؛ چون رجوع به رسول و درخواست تحکیم از رسول (ص) در واقع رجوع به رسالت و تحکیم سنت است. (رک: حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۵)

اما به نظر می‌رسد مستفاد از این دو آیه و آیات مشابه تأکید بر این است که خداوند اراده کرده است که مسلمانان طاعت خدا و رسول و اولو الامر را به عنوان یک قاعده ثابت بدانند و حیاتشان بر پایه این قاعده باشد و این قبیل آیات دلالتی بر عدم نفوذ حکم قاضی تحکیم در جایی که حکمش منافی کتاب و سنت نباشد؛ بلکه کاملاً مطابق آنها باشد ندارد.

## ۲.۲. روایات

مهم‌ترین روایتی که مورد استناد قائلین به عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری قرار گرفته است روایت سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) است<sup>۲</sup> که امام (ع) می‌فرماید: از قضاوت و داوری پرهیزید، زیرا فصل خصومت به امام عالم بر قضاوت و عادل در میان مسلمانان اختصاص دارد؛ یعنی پیامبر و وصی پیامبر.

تقریب استدلال به این روایت این‌گونه است که گفته شود ظاهر این روایت دلالت بر حصر هر نوع فصل خصومتی اعم از قضاوت و داوری به نبی و وصی نبی دارد و کسی که داوری می‌کند یا باید نبی و یا وصی نبی و یا منصوب از طرف یکی از آن دو باشد و این با قضاوت تحکیمی که طرفین اختلاف حکم و داور را نصب کنند سازگاری ندارد. (حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۶)

از جهت سندی طریق صدوق به سلیمان خالد طریقی صحیح است و وثاقت سلیمان در رجال نجاشی (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۸۳) آمده است. نجاشی نسبت به وی می‌گوید: «كَانَ قَارِئًا فَفِيهَا وَجِيهًا» که این عبارت اماره‌ای بر عدالت وی است و توثیق او نیز در رجال کشی ذکر شده است.

اما در دلالت این روایت مناقشه شده بدین بیان که این روایت حصر قضاوت منصوب را بر نصب می‌گوید و نه هر نوع صدور حکمی از جمله داوری و حکمیتی که طرفین آن را با تراضی تعیین می‌کنند و بنابراین این روایت دلیل بر این است که قاضی منصوب لازم است که منصوب از جانب نبی یا وصی نبی باشد؛ لذا ارتباطی با بحث ما ندارد و دقیقاً شبیه روایتی است که اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) نقل می‌کند «قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِشَرِيحٍ: يَا شَرِيحُ، قَدْ جَلَسْتَ مَجْلِسًا لَا يَجْلِسُهُ إِلَّا نَبِيٌّ، أَوْ وَصِيٌّ نَبِيٍّ أَوْ شَقِيٌّ» (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۴: ۶۳۸) که حضرت علی (ع) خطاب به شریح قاضی گفتند ای شریح مراقب باش که در مسندی نشستی که هیچ‌کس جز نبی یا وصی نبی یا شقی بر آن مسند نمی‌نشیند و واضح است که این روایت هم خارج از محل بحث است. (حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۶)

این اخبار درصدد بیان مبالغه نسبت به تحذیر و هشدار در خصوص اهمیت منصب قضاوت که با مسئله دماء و اعراض و اموال مردم مرتبط است می‌باشند و هشدار نسبت به فرار گرفتن افراد نااهل بر این مسند می‌باشد؛ بنابراین هیچ‌کدام از روایات عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی را اثبات نمی‌کنند. (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۸۳)

### ۳.۲. تمسک به اصل

<sup>۲</sup> «عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا، عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْمُؤْمِنِ، عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامِ، قَالَ: «اتَّقُوا الْحُكُومَةَ؛ فَإِنَّ الْحُكُومَةَ إِنَّمَا هِيَ لِلْإِمَامِ الْعَالِمِ بِالْقَضَاءِ الْعَادِلِ فِي الْمُسْلِمِينَ، لِنَبِيِّ، أَوْ وَصِيِّ نَبِيِّ» حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۱۷

استدلال شده که اصل بر این است که حکم شخصی بر علیه شخص دیگر اجرا نشود مگر اینکه دلیلی وجود داشته باشد و مشروعیت و جواز تحکیم برخلاف این اصل می‌باشد. این دلیل را برخی از فقهای عامه طرح نموده‌اند. (رک: ابن رشد، ۱۹۹۵، ۲: ۴۶۱)

در رد این دلیل می‌توان گفت دلیل جواز می‌آورد و دلائلی که مثبت مشروعیت قضاوت تحکیمی باشد موجب خروج آن از اصل مزبور می‌گردد.

## ۴.۲. زوال ولایت قاضی منصوب

گفته شده جایز بودن حکمیت غیر قاضی منجر به این می‌شود که ولایت قاضی منصوب زائل شود و رأی و نظرش زوال یابد. (رک: عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ۳۳۲)

این مطلب نیز مخدوش است و می‌توان این گونه پاسخ داد که هیچ ملازمه‌ای میان جواز حکم قاضی تحکیم و زوال ولایت و زوال رأی قاضی منصوب وجود ندارد. قاضی منصوب برای قضاوت نصب شده است و بر حکم ولایت دارد و این ولایت حتی اگر هیچ فردی هم برای قضاوت به او رجوع نکند پابرجا می‌ماند. همچنین زوال حکم قاضی منصوب هم معنا ندارد؛ چون زوال یک رأی و یک حکم وقتی است که یک حکم صادر بشود و لی بدان عمل نگردد و در جایی که هنوز حکم صادر نشده زوال آن بی‌معناست. (تسخیری، ۱۳۷۶: ۱۹۶)

## ۳. نظریه مشروعیت داوری (قضاوت تحکیمی)

این دیدگاه متعلق به مشهور فقهای امامیه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱۰: ۲ و ۸؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۳۸) و عامه (الزحیلی، ۱۴۱۸، ج ۸: ۶۲۵۱) می‌باشد و در میان مذاهب اهل تسنن نظریه راجح میان فقهای حنفی (ابن نجیم، بیتا، ج ۷: ۲۴)، فقهای شافعی (الشربینی، بیتا، ج ۴: ۳۷۸)، فقهای مالکی (ابن رشد، ۱۹۹۵، ج ۲: ۴۵۲)، فقهای حنبلی (ابن قدامه، بیتا، ج ۱۱: ۴۸۳) و زیدیه (امین، ۱۴۱۳، ج ۶: ۱۱۳-۱۱۴) همین دیدگاه است. قائلین به این دیدگاه به ادله مختلفی متمسک شده‌اند که در ادامه با ابتدای بر نظریات فقهای امامیه این ادله را ذکر و مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

## ۱.۳. دلیل قرآنی

مهم‌ترین آیه‌ای که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی مورد استناد قرار گرفته آیه معروف به نشوز است. آیه ۳۵ سوره نساء که می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا»



آیه شریفه در مورد اختلاف زوجین توصیه می‌کند که حکمی از خویشان زن و نیز حکمی از خویشان مرد انتخاب شود و میان زن و مرد صلح و سازش ایجاد نماید و اختلاف را برطرف سازد.

برخی مفسرین مانند مرحوم طباطبائی در المیزان مرجع ضمیر «یریدا» و «بینهما» را زوجین دانسته‌اند (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۳۴۶) و احتمال داده شده است مرجع حکمین باشند یا در «یریدا» حکمین و در «بینهما» زوجین باشند. (رک: طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳: ۷۰)

از فقهای امامیه جناب شیخ محمدحسین آل کاشف الغطاء این آیه را دلیل بر تحکیم گرفته (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۴۴-۴۵) و برخی فقهای اهل تسنن نیز این آیه را بر مشروعیت تحکیم مورد تمسک قرار داده‌اند (الزحیلی، ۱۴۱۸، ج ۶؛ ص ۷۵۶) از جمله جناب قرطبی می‌گوید این آیه دلیلی بر اثبات تحکیم است (قرطبی، ۱۳۸۷، ج ۵: ۱۷۹) و برخی دیگر گفته‌اند از آنجایی که بر اساس این آیه تحکیم و داوری میان زوجین جایز است پس تحکیم و داوری در سایر خصومات و دعاوی نیز جایز است (ابن مازة، ۱۳۹۷، ج ۴: ۵۸) و در جریان تحکیم در جنگ صفین، ابن عباس به این آیه در مقابل خوارج که منکر تحکیم بودند استدلال نمود. (آلوسی، بی‌تا، ج ۵: ۲۷)

در مقابل بر اثبات تحکیم با استفاده از این آیه هم از جانب برخی فقهای امامیه (اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۵) و هم از جانب برخی فقهای عامه مناقشه شده است. (ابن نجیم، بی‌تا، ج ۷: ۲۵؛ ابن الهمام، ۱۴۰۶، ج ۵: ۴۹۸)

از جمله اینکه گفته شده مرجع ضمیر در «وَإِنْ خِفْتُمْ...» و «فابعثوا» زوجین نیستند تا انتخاب از جانب طرفین اختلاف (که در داوری و تحکیم پایه و شالوده ارجاع اختلاف به داوری است) باشد و آیه شریفه اصلاً در مقام بیان تنازع و ترافع و رجوع به قاضی منصوب یا داور نیست؛ بلکه غرض از آیه کریمه رفع شقاق و ایجاد اصلاح میان زوجین ناسازگار است و ایراد دیگر این است که برخلاف تحکیم در اینجا حکم داور بر زوجین ناسازگار لازم نیست و بر فرض دلالت آیه کریمه بر تحکیم مصطلح نیز، باز مورد آیه اختصاص به دعاوی خانوادگی دارد و امکان تعمیم نسبت به کلیه دعاوی وجود ندارد. (رک: اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۱۵؛ ابن نجیم، بی‌تا، ج ۷: ۲۵)

مرحوم فاضل لنکرانی در خصوص این آیه شریفه معتقد شده که هیچ دلالتی بر نهاد قضاوت تحکیمی ندارد و نمی‌توان آن را تعمیم داد؛ چراکه ارتباطی میان حکمیت بین زوجین و نهاد قضاوت تحکیمی نیست. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۹۷)

اما نظر درست‌تر به نظر می‌رسد همان‌گونه که گفته شده (رک: اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۶) این است که می‌توان از آیه شریفه مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی را اثبات نمود؛ زیرا قرآن کریم در واقع شیوه متعارف بین عقلاً را در مراجعه به داور نه تنها رد نمی‌کند؛ بلکه آن را تأیید می‌نماید. مخاطب عبارت «فابعثوا» در آیه شریفه یا زوجین هستند که در این صورت توافق و رضایت و قرارداد میان طرفین اختلاف حاصل شده است و داوری برپایه توافق طرفین صورت گرفته است و یا مخاطب غیر زوجین هستند که در هر صورت هرکسی که بخواهد برای زوجین داور تعیین کند باید رضایت و رغبت و

تمایل آنها را مدنظر داشته باشد تا داوری داور یا داوران مؤثر باشد و امکان ارتفاع شقاق فراهم شود و آیه شریفه مرادش رجوع به دو فرد حکم بدون رضایت و توافق زوجین نمی‌باشد. ضمن اینکه معمولاً شقاق و اختلاف میان همه افراد به شکل دو طرفه و توافقی می‌باشد و شقاق هم اعم از ترافع می‌باشد و بنابراین آیه کریمه دلالت بر امری غیر از رجوع به حکم نمی‌کند.

### ۲.۳. روایات

از مهم‌ترین ادله‌ای که در مشروعیت قاضی تحکیم توسط فقها مورد بحث قرار گرفته است، احادیث و روایاتی است که از ناحیه معصومین (ع) صادر شده است.

**الف) روایت ابی‌خدیده:** آیت ... خوبی برای اثبات مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی به این روایت استناد نموده است (خویی، ۱۴۰۷: ۱۰-۱۱) و سند آن را فاقد اشکال می‌داند و علامه حلی هم از قول نجاشی نقل می‌کند که نجاشی گفته سالم بن مکرم (ابی‌خدیده) ثقه است. (حلی، ۱۴۱۱: ۲۲۷)

در این روایت آمده است:

«ایاکم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى الرجل منكم يعلم شيئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضياً فتحاكموا الیه.» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳۹، ۲۷)

مبادا فردی از شما دیگری را برای محاکمه نزد اهل جور بکشاند. نگاه کنید و فردی از میان خودتان که مقداری (بخشی) از احکام ما را می‌شناسد بین خودتان قاضی بگذارید و من (امام) نیز او را (بین شما) قاضی قرار می‌دهم. پس پیش او تحاکم کنید.

از حیث سندی این روایت و از میان راویان احادیث محل مناقشه، وثاقت ابو‌خدیده محل اختلاف برخی فقها واقع شده است. بسیاری از رجالیون (نجاشی، ۱۴۰۷، ۱۸۸) و فقهاء (تبریزی، بی تا: ۲۵؛ نراقی، ۱۷، ۱۴۱۵/۱۷) ایشان را ثقه می‌دانند و معتقد شده‌اند مقصود از ابو‌خدیده (به قرینه روایت و شأ از احمد بن عائد از ابو‌خدیده)، سالم بن مکرم است و مقصود سالم بن سلمه نیست. در مقابل شیخ طوسی وی را تضعیف می‌کند (طوسی، ۸۰، ۱۳۸۷) و معتقد شده که سالم بن مکرم که کنیه وی ابو‌خدیده است و کنیه پدر وی، ابو سلمه است، ضعیف می‌باشد. ظاهراً جناب شیخ، ایشان را با سالم بن ابی سلمه که نجاشی حدیث وی را پاکیزه و نقی نمی‌داند، اشتباه گرفته است. (ر. ک: مازندرانی، ۴۰۲، ۱۴۱۷؛ حائری، بی تا، ۴۱/۵۶)

از جهت دلالت این گونه استدلال شده که عبارت «فاجعلوه» و عبارت «فلیرضوا» (که در برخی روایات دیگر آمده است) با نهاد قاضی تحکیم سازگاری دارد؛ چون اگر منظور این روایت قاضی تحکیم نباشد «جعل» و «رضایت» طرفین لزومی نداشت و می‌توانست به این مقدار بسنده نماید که هرگاه اختلاف و منازعه داشتید به شخصی که پاره‌ای از تعالیم و احکام ما را می‌داند رجوع کنید؛ زیرا من امام وی را بین شما قاضی قرار داده‌ام.

مرحوم آقای خوئی (خوئی، ۱۴۰۷، ج ۴۱، خونی، ۱۴۱۸: ۱۰ و ۱۱) دلالت روایت را بر نصب ابتدایی قاضی از طرف امام نمی‌پذیرد و در این باره معتقد است که روایت ناظر به نصب قاضی ابتدایی (غیر تحکیم) نیست؛ زیرا سخن امام (ع) که فرموده «فانی قد جعلته قاضياً» متفرع بر این سخن امام است که فرموده «فاجعلوه» و مقصود از «فاجعلوه» قاضی ای است که طرفین دعوا وی را پذیرفته‌اند. پس نتیجه این می‌شود که هر کسی را طرفین دعوا داور و حکم قرار دهند امام نیز همان شخص را قاضی قرار داده است.

اما بر دلالت این روایت تشکیکی مطرح گردیده است و آن اینکه صدر روایت تصریح به حرمت ترفع و اقامه دعوا نزد قضات جور و ظالم دارد و امام (ع) می‌فرماید که به قضاتی که به عدل حکم می‌کنند مراجعه کنید و این صدر با بحث قضاوت تحکیمی و داوری که طرفین خود او را انتخاب می‌کنند تا میانشان قضاوت کند تناسب ندارد و از عبارت «فاجعلوه بینکم» معنای تراضی به مفهوم شایع آن یعنی موافقت طرفین بر یک شخص برای داوری و حکمیت برداشت نمی‌شود و این معتبره دلالت بر مشروعیت قضاوت تحکیمی ندارد. (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۴)

ب) روایت بعدی در این زمینه، **مقبوله عمر بن حنظله** است. مطابق این روایت از امام صادق (ع) در خصوص جواز رجوع به قضات وقت پرسش می‌شود و حضرت (ع) پاسخ می‌دهند که اگر کسی به نزد آنان برای قضاوت برود چه برای حق باشد و چه برای باطل، او به طاغوت مراجعه کرده است و بعد حضرت این گونه راهنمایی می‌فرمایند که به شخصی رجوع کنید که روایات ما را نقل می‌نماید و حرام و حلال ما را می‌شناسد. این شخص را به‌عنوان قاضی قرار دهید و نظر وی را بپذیرید؛ زیرا من وی را بر شما حاکم گذارده‌ام. ۳.

از حیث سندی همه افرادی که در ردیف راویان سند مورد بحث قرار دارند - به‌غیر از عمر بن حنظله ثقه هستند و گرچه مرحوم خوئی ایشان را تضعیف می‌کند (خوئی، ۱۴۰۹، ج ۱۳: ۲۷) اما قرآنی وجود دارد که وثاقت ایشان را اثبات می‌نماید. یکی از آن قرائن این است که در روایتی یزید بن خلیفه از امام صادق علیه اسلام می‌پرسد که عمر بن حنظله از قول شما یک وقتی را برای نماز نقل نموده است و حضرت (ع) می‌فرمایند وی بر ما دروغ نمی‌گوید. وثاقت یزید بن خلیفه نزد علمای رجالی مانند آیت‌الله شیرازی زنجانی ثابت است و مؤید وثاقت وی این است که برخی اصحاب اجماع مانند یونس بن عبدالرحمان در موارد عدیده از وی روایت دارند؛ بنابراین وثاقت عمر بن حنظله و اعتماد معصوم به وی، از روایت یزید بن خلیفه اثبات می‌گردد و اشکال سندی بر روایت عمر بن حنظله وارد نمی‌گردد. (شیرازی زنجانی، ۱۳۸۹/۱۰/۰۱)

۳ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ : «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع - عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيَّهَمَا مَنَازَعَةً فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ ..... قَالَ يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرِضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَخَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ ...» حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۱۰۶.

از حیث دلالت چنین استدلال شده که بعد از تراضی دو نفر به قضاوت قاضی تحکیم، رد کردن حکم وی و نپذیرفتن نظرش حرام بوده و بر طرفین پذیرش نظر وی واجب است چه به حکم صادره وی راضی باشند و چه نباشند. (خوانساری، ۱۴۰۵/۱۰، اردیبه‌ری، ۱۴۲۳، ج ۱، ۱۲۳)

اما بر استدلال به این روایت هم خدشه شده است. بدین بیان که در ذیل مقبوله گرچه این گونه فرض گردیده که طرفین منازعه، مردی را با تراضی انتخاب کننده و این ذیل صراحت در قاضی تحکیم دارد؛ اما این ذیل را باید متمم صدر روایت بدانیم که حاکی از نصب عام می‌باشد و حضرت (ع) می‌گویند به دلیل نصب ما باید حکم وی را بپذیرید. یعنی مفروض این روایت شریف تراضی طرفین اختلاف به داوری شخص یا اشخاصی می‌باشد که امام (ع) او را نصب کرده‌اند و نتیجه این می‌شود که مطابق این روایت و روایت ابی‌خدیجه قاضی تحکیم هم باید همه شرایط قاضی منصوب مانند اجتهاد را داشته باشد. (رک: اردیبه‌ری، ۱۴۲۳: ۱۱۷)

همچنین به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در روایت آمده است که چنانچه دو داور اختلاف پیدا کردند، حتماً باید به «أَعْدَلُهُمَا وَ أَفْقَهُهُمَا وَ أَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَ أَوْعَرُهُمَا» مراجعه شود پس معلوم می‌شود که در این روایت مراد قاضی تحکیم نیست، بلکه قاضی منصوب است.

### ج) روایت ابی بصیر

صحیح‌ه ابی بصیر از امام صادق (ع)<sup>۴</sup> که در آن حضرت (ع) در مورد هر مردی که بین او و برادر دینی اش اختلافی در حق باشد و آن برادر او را به سوی مردی از برادرانشان که فردی شیعه است دعوت کند تا بین آن دو حکم کند و او نپذیرد و بر مراجعه به حاکم و قاضی جور اصرار ورزد، فرمود: او به منزله کسانی است که خدا فرموده است: الم تر الی الذین یزعمون أنهم آمنوا بما انزل الیک و ما انزل من قبلک یریدون أن یتحاکموا الی الطاغوت و قد امروا أن یکفروا به» (آیا ندیده ای کسانی را که می‌پندارند به آنچه به سوی تو نازل شده و آنچه پیش از تو نازل گردیده، ایمان آورده‌اند، می‌خواهند داوری میان خود را به سوی طاغوت ببرند، با آنکه قطعاً فرمان یافته‌اند که بدان کفر ورزند).

<sup>۴</sup> مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ، عَنْ یَزِيدَ بْنِ إِسْحَاقَ، عَنْ هَارُونَ بْنِ حَمَزَةَ الْغَنَوِيِّ، عَنْ حَرِيزِ، عَنْ أَبِي بَصِيرٍ: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخٍ لَهُ مِمَّارَةً فِي حَقِّ، فَدَعَاهُ إِلَى رَجُلٍ مِنْ إِخْوَانِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ، فَأَبَى إِلَّا أَنْ يُرَافِعَهُ إِلَى هَؤُلَاءِ، كَانَ بِمَنْزِلَةِ الَّذِينَ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ...» (نساء/۶۰) حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۱۱؛ کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۴: ۶۴۹

این گونه استدلال شده که در این روایت حضرت (ع) هیچ خصوصیتی را جز شیعه بودن قاضی مورد مراجعه طرفین اختلاف معتبر نشمرند و همین اطلاق برای اثبات نفوذ حکم قاضی تحکیم و عدم نیاز به منصوب بودن قاضی، کفایت می‌کند. (حائری، ۱۴۱۵: ۱۵۸)

به عبارت دیگر ظاهر این صحیحه این است که امام (ع) مؤمنین را ترغیب می‌نماید که از رجوع به قضات جور اجتناب کنند و ترافعات و دعاوی خود را نزد قضات مؤمن مطرح نمایند و این کلام مطلق است و هم شامل شخصی می‌شود که شرایط قاضی منصوب را داشته باشد و هم کسانی که صفت ایمان و تشیع را دارند؛ اما سایر صفات قاضی منصوب را نداشته باشند.

بر این استدلال ایراد شده که در این صحیحه امام (ع) تنها در صدد منع از مراجعه به محاکم دولت ظالم و غاصب است و در مقام بیان صفات قاضی که شرعاً حق داوری دارد، نمی‌باشد. (حائری، ۱۴۱۵: ۱۵۸)

اما به نظر می‌رسد، عبارت «فدعاه إلی رجل من إخوانه لیحکم بینه و بینه» در این صحیحه مناسبتی با قاضی منصوب حائز شرایط قضاوت ندارد و بیشتر با قاضی تحکیم مناسبت دارد و آلا می‌توانست تعبیر نماید که «فدعاه إلی القاضی» یا «فدعاه إلی قاضٍ من إخوانه» (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۳)

د) روایت دیگری که مورد استناد برخی فقهاء قرار می‌گیرد، روایتی از حلبی است که می‌گوید: به امام صادق (ع) گفتم بعضاً میان دو نفر از اصحاب اختلاف و منازعه بوجود می‌آید و آن دو نفر به مردی از ما برای قضاوت راضی می‌شوند. حضرت علیه‌السلام گفتند: او این صلاحیت را برای قضاوت ندارد چون مردم را با شمشیر و شلاق مجبور می‌کند. ۵

سند این روایت هم صحیح و معتبر دانسته شده است. (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۰۱؛ تبریزی، بی‌تا، ۱۱) از حیث دلالت باتوجه به مفهوم مخالف روایت اگر داور از کسانی که مردم را با شمشیر و شلاق مجبور می‌کند نباشد با رضایت ابتدایی طرفین حکم و رأی وی نافذ و همچنین لازم خواهد بود. همچنین لسان این روایت با روایت ابی‌خدیجه متفاوت است. در روایت ابی‌خدیجه عبارت این بود: «فانی قد جعلته قاضیا» یعنی نفوذ و مشروعیت حکم را به دلیل نصب داور توسط امام می‌دانست؛ اما در این روایت جعل و نصب داور صرفاً به رضایت طرفین منازعه است و ظاهراً نفوذ حکمش منوط به دو امر است؛ یکی رضایت طرفین منازعه به حکمش و دوم نبودن وی از کسانی که مردم را با شمشیر و شلاق مجبور می‌کنند. (رک: گلپایگانی، ۱/۱۴۱۳/۵۵) در واقع امام علیه‌السلام میان دودسته قاضی تفصیل داده‌اند: یکی قاضی ای که مردم را با زور و شمشیر مجبور به حکمش می‌کند و دوم قاضی ای که طرفین اختلاف با تراضی وی را انتخاب می‌کنند و وی شیعه است که قضاوت قاضی اول حرام و غیرنافذ و قضاوت قاضی دوم حلال و نافذ است. (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۳)

۵- «عَنْ حَمَّادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ رَبِّمَا كَانَ - بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ مِنَ الْأَصْحَابِ الْمُنَازَعَةُ فِي الشَّيْءِ - فَيَتَرَاضِيَانِ بِرَجُلٍ مِمَّنَا فَقَالَ لَيْسَ هُوَ ذَاكَ - إِنَّمَا هُوَ الَّذِي يُجْبِرُ النَّاسَ عَلَى حُكْمِهِ بِالسَّيْفِ وَالسُّوْطِ.» (عاملی، ۱۴۰۹، ۱۵/۲۷)

اما برخی این روایت را نپذیرفته‌اند و معتقدند این روایت مجمل است و روایت در مقام بیان ویژگی قاضی و اموری که در نفوذ حکم او معتبر است، نمی‌باشد تا بتوان از آن اطلاقی را استفاده کرد و نیز احتمال دارد در ابتدای این گفتگو مطالبی بوده که حتی همین برداشت را مخدوش می‌ساخته است. (رک: حائری، ۱۴۱۵: ۱۵۸-۱۵۹) در واقع امام علیه‌السلام در مقام بیان این نیست که حکم هر شخصی از اصحاب و شیعیان ما به مجرد تراضی و توافق طرفین نافذ است حتی اگر متصف به شرایط لازم در قاضی منصوب نباشد؛ بلکه امام علیه‌السلام در مقام بیان نهی از ترافغ و طرح اختلاف نزد قضاتی هستند که با زور و شمشیر و اجبار حکم صادر می‌کنند، هستند.

ه) از پیامبر (ص) روایت شده که «کسی که بین دو نفر حکم کند که حکمیتش مورد رضایت هر دوی آنها باشد؛ اما در صدور حکم عدالت نداشته باشد، لعنت خدا بر وی باد».

شیخ طوسی در خلاف می‌فرماید که اگر حکم قاضی تحکیم در بین آنها جایز نبود وعده لعنت داده نمی‌شد و نیز اگر حکم او را نافذ ندانیم و طرفین به التزام به آن ملزم نباشند ترافغ به قاضی تحکیم معنا نخواهد داشت (شیخ طوسی، الخلاف، ج ۶: ۲۴۲) شهید ثانی هم در خصوص این روایت می‌گوید اگر حکمیت شخص داور میان آن دو نفر جایز نبود، مورد لعن واقع نمی‌گردید، و اگر این جواز وجود نداشت، تهدید داور نسبت به اصل حکم نسبت به تهدید او بر عدم عدالت‌ورزیدن در صدور حکم باید اولویت می‌داشت. (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۳۲)

به نظر می‌رسد ظاهر عبارات روایات دلالت بر مشروعیت و جواز حکمیت دارد و اگر روایت صرفاً تنها در مقام بیان حرمت صدور حکم غیر عادلانه بود و نظر بر بیان اصل حکمیت نداشت؛ عبارت «تراضیا به» حشو و زائد می‌بود، در نتیجه ذکر این قسمت، دلیل بر جواز حکمیت و صدور حکم عادلانه توأمان دارد.

در هر صورت این روایت را نه به خاطر دلالت بلکه به خاطر ضعف سندی باید کنار بگذاریم. مرحوم صاحب جواهر وثاقت آن را ثابت نمی‌داند<sup>۷</sup> و برخی فقهای معاصر نیز به این ضعف سند اشاره نموده‌اند. (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۱۸) در مجموع به نظر می‌رسد مجموع این روایات بر شیوه و طریقه متعارف میان مردم در رجوع به داوری صحه گذاشته و آن را پذیرفته‌اند.

### ۳.۳. اجماع

برخی در بیان مشروعیت قضاوت تحکیمی (همان حکمیت) ادعای عدم خلاف (سبزواری، بی‌تا، ج ۲: ۶۶۵؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۶؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۳۲) و برخی دیگر ادعای اجماع نموده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۲۴۲؛ فاضل

<sup>۶</sup> ابن قدامه، بتا، ج ۱۱ ص ۴۸۴ به نقل از نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰: ۲۶؛ متن این روایت نبوی این است: «من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم يعدل فعلیه لعنة

الله تعالی»

<sup>۷</sup> نجفی، ۱۹۸۱، همان

هندی، ۱۴۱۶، ج ۷: ۵۲۲) صاحب جواهر عمده دلیل مشروعیت قاضی تحکیم را اجماع دانسته (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰: ۲۳) و در ادامه ذکر نموده که آنچه فقهای عامه برای مشروعیت قاضی تحکیم آورده‌اند را مشکل است با اصول مذهب شیعه منطبق کنیم و با تأمل در مجموعه ادله‌ای که ذکر شد می‌فهمیم دلیل مشروعیت تحکیم منحصر به اجماع ادعا شده است. (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰: ۲۶-۲۹)

قائلین به مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری از فقهای عامه نیز به اجماع اصحاب بر جواز تحکیم استناد جسته‌اند و با ذکر مواردی اجماع را از ادله مشروعیت تحکیم دانسته‌اند و معتقدند از جمله در جریان منازعه میان عمر و ابی کعب در مورد یک نخل که زید بن ثابت میان آن دو حکمیت کرد یا در جریان منازعه میان عمر با یک مرد در خصوص اسبی که شریح میان آن دو حکمیت کرد و یا در جریان اختلاف میان عثمان و طلحه که فردی به نام جبیر بن مطعم حکمیت نمود و در هر سه واقعه و منازعه زید بن ثابت و شریح و جبیر بن مطعم هیچ یک قاضی نبودند و همچنین موارد دیگری که منازعه میان صحابه وجود داشته است و هیچ کس منکر آن نشده است لذا این امر اجماعی دانسته شده است. (رک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲۱: ۶۲؛ ابن قدامه، بتا، ج ۱۰: ۱۹۰؛ الباہریتی، بتا، ج ۵: ۴۹۸؛ الرملی، ۱۳۵۷، ج ۸: ۲۳۰)

به نظر می‌رسد این اجماع در فرض وجود فاقد ارزش است و با اثبات مشروعیت داوری با استناد به ادله قرآنی و روایی مربوط به قضاوت تحکیمی، چنین اجماعی مدرکی محسوب می‌گردد و کاشف از رأی معصوم (ع) نخواهد بود.

### ۴.۳. سیره عقلاء

سیره عقلاً در جهان پذیرش حکمیت و داوری برخی افراد و متخصصین و مراجعه به آنها برای حل اختلافاتشان و نیز قبول نظر این داور یا داوران منتخب است. جریان داوری در کشورهای مختلف و تصویب کنوانسیون مختلف که همگی بر مبنای پذیرش اصل داوری و نفوذ حکم آن استوار شده‌اند نشان دهنده جریان داشتن این سیره در کل جهان است. (رک: شیروی، ۱۳۹۱: ۳۷-۳۸)

حکمیت میان افراد، از دیرباز بین عقلاً بوده است و شواهد تاریخی نشان می‌دهند در زمان پیامبر (ص) نیز مسبوق به سابقه بوده معصومین از آن نهی ننموده‌اند و در نتیجه به تأیید و امضای شارع رسیده است. (رک: حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۱)

قبل از بعثت پیامبر (ص) و نیز بعد از آن سیره اعراب رجوع به حکمیت بوده است و حکم‌ها، احکام قضائی صادر می‌نموده‌اند. از جمله می‌توان به موضوع مشاجره قریش در نصب حجر الاسود که وجود مقدس پیامبر (ص) داور و حکم شدند، و یا به عمل کردن پیامبر خدا (ص) به حکم سعد بن معاذ در جریان پیمان شکنی بنی قریظه و داوری و تحکیمی که با یهودیان بنی قریظه داشت؛ اشاره نمود که اینها همه نشان دهنده پذیرش سیره عقلاً از جانب حضرات معصومین می‌باشد. (اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۹) شهید ثانی به این دلیل اشاره نموده (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳ ص ۳۳۲) و می‌گوید:

«و قد وقع فی زمن الصحابه و لم ینکر أحد منهم ذلك» بنابراین به نظر می‌رسد بنای عقلاً در زمان‌های مختلف گذشته و حال یکی از ادله قوی برای اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی به شمار می‌رود.

برخی با این دلیل نیز به مخالفت برخاسته‌اند و گفته‌اند که ادله‌ای که شرایط قاضی را مطرح کرده‌اند به منزله ردع چنین سیره‌ای نسبت به افراد فاقد این شرایط است و نهایتاً می‌توان با سیره عقلاً نفوذ حکم قاضی تحکیم را در مواردی ثابت کرد که این قاضی شرایط معتبر در قاضی منصوب را دارا باشد. (هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: ۶۸)

این ایراد بر سیره عقلاً وارد نمی‌باشد؛ چون نصی که بناست رادع سیره عقلاً باشد باید واضح باشد تا بر مردم متدین در مراجعه به این نصوص تأثیر بگذارد، درحالی که مردم متدین در این نصوص شرعی چیزی را که بازدارنده و رادع رفتارشان باشد ندیده‌اند. (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۸۰)

ضمن اینکه در خصوص تسری بسیاری از شرایط معتبر در قاضی منصوب به قاضی تحکیم اختلاف نظر وجود دارد و برخی فقها شرایطی مانند اجتهاد یا مرد بودن یا مسلمان بودن را برای قاضی تحکیم ضروری ندانسته‌اند.

### ۵.۳. ادله وجوب وفاء به عقد و شرط

می‌توان برای مشروعیت قضاوت تحکیمی به ادله وفاء به شرط استدلال کرد. (رک: فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۵؛ حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۱؛ هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: ۶۶) مطابق روایت شریف «المؤمنون عند شروطهم» هر انسان مؤمنی لازم است به عهد و شرطی که تعهد کرده پایبند باشد و در بحث داوری و تحکیم هم فرض این است که طرفین بر رجوع به داور توافق کرده و متعهد شده‌اند و ملتزم شده‌اند که در صورت اختلاف به وی مراجعه نموده و بعد از صدور رأی حکم و نظر داور را بپذیرند.

در این صورت چنانچه تعهد طرفین بر داوری و تحکیم از جنس شرط فعل باشد و این شرط فعل هم شامل مراجعه به داور و هم شامل اجرای رأی آن باشد؛ بنابراین در صورت بروز اختلاف مراجعه به داور در وهله اول و در اجرای حکم آن در وهله دوم مطابق شرط و تعهد ضرورت دارد.

برخی تصور شرط نتیجه را هم برای چنین شرط و تعهدی قائل شده‌اند (هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: ۶۷) اما به نظر می‌رسد این تصور غلط است؛ چراکه با توافق و رضایت طرفین امکان نصب داور خودبه‌خود و به صورت شرط نتیجه امکان‌پذیر نیست بلکه نیاز به رضایت و پذیرش شخص داور نیز می‌باشد. چراکه در هر قرارداد داوری دو قرارداد وجود دارد. یکی قرارداد میان طرفین برای مراجعه به داور در صورت بروز اختلاف و دوم قرارداد میان طرفین اختلاف و شخص داور یا داوران و این قرارداد دوم به صورت شرط نتیجه تحصیل نمی‌شود.

اما این دلیل ناتمام بر اثبات قضاوت تحکیمی و داوری است و قابل مناقشه است. بدین بیان که ادله وفاء به شرط و عهد، مشروعیت چیزی را اثبات نمی‌کند؛ بلکه متفرع بر مشروعیت است.

جناب علامه فضل‌الله در فقه القضاة خود بعد از استناد به ادله وفاء به شرط و ادله صلح در هر دو دلیل مناقشه می‌کند و می‌گوید در صورتی که به موجب ادله وفاء به شرط یا ادله صلح قائل شویم که طرفین ملزم به پذیرش قضاوت تحکیمی و



داوری هستند در این صورت از محل بحث خارج شده‌ایم؛ چون در این صورت نفوذ حکم داوری که طرفین اختلاف به وی مراجعه نموده‌اند و التزام طرفین به آن حکم بر اساس ادله صلح و یا ادله وفاء به شرط است و التزام به عنوان حکم قضائی نیست و این خروج از محل بحث است؛ چراکه هدف اثبات نفوذ حکم داور به عنوان قاضی تحکیم بود و نه بر اساس شرط و یا صلح. (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۸)

لذا صحیح است که قائل شویم (نجفی قائینی، ۱/۱۰/۱۳۹۸) حداکثر چیزی که از ادله وجوب وفاء به شرط برداشت می‌شود مشروعیت تکلیفی است که دو نفری که تعهد به مراجعه به داور در صورت بروز اختلاف نموده‌اند تکلیفاً بر آنها واجب است که اختلاف خود را نزد داور مطرح کنند و از مراجعه به قاضی اجتناب کنند و همچنین تکلیفاً لازم است حکم وی را پذیرفته و اجرا کنند؛ اما آنچه که در این بحث مدنظر ماست صحت یا لزوم وضعی است و نه مشروعیت تکلیفی و اگر یکی از متخاصمین مخالفت کرد و حق را مطالبه کرد اگر چه تکلیفاً کار حرامی مرتکب شده‌است اما حق مطالبه دارد و می‌تواند ادعا را نزد قاضی دیگری مطرح کند و پیگیری کند.

#### ۴- نظریه مشروعیت داوری در زمان حضور معصوم علیه‌السلام

این نظریه توسط گروهی از فقهای شیعه مطرح شده‌است و واضح است که در فقه عامه وجود ندارد. مطابق این نظریه وجود قاضی تحکیم یا داور مختص به زمان حضور امام معصوم (ع) است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۳۴) از نظر این گروه چون اجتهاد برای هر قاضی (چه قاضی منصوب و چه قاضی تحکیم) از شرایط لازم است، پس وجود قاضی تحکیم در زمان غیبت انکار می‌گردد؛ زیرا مجتهدین همگی در زمان غیبت معصوم (ع) به اذن عام قاضی منصوب محسوب می‌شوند و در این زمان قاضی غیر منصوب نداریم و طرفین اختلاف به دلیل عدم وجود قاضی تحکیم نمی‌توانند او را انتخاب کنند.

شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۷۰؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۳۴) قاضی تحکیم را واجد شرایط باشد یا نباشد در دوران غیبت معصوم قابل تصور ندانسته و استدلال نموده که این شخص اگر مجتهد باشد، حکم وی بدون تحکیم هم نافذ است و چنانچه مجتهد نباشد، در این حالت حکمش حتی اگر طرفین دعوی بر دوازی اش تراضی کرده باشند، هم نافذ نیست. پس از نظر شهید قاضی تحکیم تنها در زمان حضور امام معصوم، برای شخصی تصور می‌شود که علیرغم دارا بودن شرایط قضاوت، از طرف امام به قضاوت نصب نشده باشد.

این سخن شهید از جانب برخی فقها مانند صاحب مفتاح الکرامه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱۰: ۳) و نیز شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۷) پذیرفته شده‌است. شیخ انصاری با توجه به نص و اجماعی که در مورد مشروعیت و نفوذ قضاوت شخص فقیه امامی جامع الشرائط برای فتوا هست، معتقد شده که در زمان غیبت، قاضی منصوب با نصب عام انتصاب شده است.

مقصود فقهایمانند شهید و شیخ انصاری از نصب عام مجتهدین به قضاوت، روایاتی مانند مقبوله عمر بن حنظله می‌باشد که حضرت (ع) فرمودند: به فردی که احادیث ما را نقل می‌کند و بر احکام حرام و حلال ما شناخت دارد، رجوع کنید و چنین فردی را به‌عنوان قاضی بپذیرید؛ زیرا من (یعنی امام علیه‌السلام) وی را بر شما حاکم قرار داده‌ام. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸: ۹۸)

اما بنظر می‌رسد استدلال جناب شهید مورد پذیرش نیست؛ چون اگر قائل شویم که مجتهد در زمان غیبت به نصب عام می‌تواند حکم کند و غیرمجتهد نمی‌تواند حتی به‌عنوان قاضی تحکیم و داور فصل خصومت کند در این صورت در زمان حضور هم کسانی که نصب خاص شده‌اند قاضی منصوب هستند و مجتهدانی که نصب خاص نشده‌اند هم به نصب عام حق قضاوت دارند و تفاوتی میان زمان حضور و غیبت نیست که در این صورت جعل قضاوت تحکیمی و داوری در روایات کلاً لغو می‌گردد.

این نظریه که منجر به حذف قاضی تحکیم در دوران غیبت معصوم (ع) می‌گردد با انتقاد برخی فقها نیز مواجه شده‌است و فقهایمان که قائل به اشتراط اجتهاد در قضاوت نیستند، استدلال جناب شهید و تابعین ایشان را نپذیرفته؛ بلکه آن را محل مناقشه قرار داده‌اند. از جمله صاحب جواهر پس از بیان دیدگاه‌ها و اقوال، خودش اشتراط اجتهاد برای قاضی را منکر می‌شود و معتقد شده‌ است همینهکه شخص قاضی (چه منصوب باشد و چه قاضی تحکیم) مطابق عدل و حق حکم کند، همین کفایت می‌کند. (نجفی، ۱۹۸۱؛ ج ۴۰: ۳۰) مطابق این بیان صاحب جواهر، فرض قاضی تحکیم در زمان غیبت قابل تصور است و ایشان را می‌توان در زمره قائلین به جواز و مشروعیت قضاوت تحکیمی به‌صورت مطلق اعم از زمان حضور و زمان غیبت معصوم (ع) محسوب نمود.

مرحوم آقای خویی هم ضمن مخالفت با نظر شهید ثانی قضاوت تحکیمی را در عصر غیبت هم قابل تصور می‌داند<sup>۸</sup> و اصلاً از نظر ایشان (و برخلاف نظر مشهور) اجتهاد در قاضی تحکیم شرط نیست. از نظر ایشان گرچه مطابق اطلاق مقبوله اجتهاد در قضاوت لازم است؛ اما عدم اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم از معتبره ابی‌خدیجه که می‌فرماید: «بعلم شیئاً من قضایانا» اخذ می‌شود و اطلاق مقبوله توسط معتبره ابی‌خدیجه مقید می‌گردد.

از معاصرین مرحوم موسوی اردبیلی معتقد است اجتهاد حتی در قاضی منصوب شرط نمی‌باشد و اشکالی که به مشروعیت قضاوت تحکیمی در زمان غیبت مطرح گردیده متعرض ما نمی‌شود (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۲۹) همین دیدگاه توسط برخی دیگر از معاصرین تقویت گردیده است. (محمدی گیلانی، ۱۳۷۸: ۳۹)

<sup>۸</sup> «و أمّا قاضی التحکیم: فالصّحیح أنّه لا یعتبر فیہ الاجتهاد خلافاً للمشهور» (خویی، ۱۴۰۷؛ ج ۴۱: ۱۲)

در هر صورت اگر منکر شرطیت اجتهاد در قاضی تحکیم شویم در همه زمان‌ها اعم از حضور و غیبت معصوم (ع) قضاوت تحکیمی و داوری قابل تصور و جاری خواهد بود.

جالب است بدانیم برخی فقهای که قائل به عدم وجود قاضی تحکیم در عصر غیبت شده‌اند یکی از ادله نفوذ قضای قاضی منصوب در عصر غیبت را جلوگیری از اختلال نظام دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۱۸) حال آنکه این دلیل در خصوص قاضی تحکیمی هم که منکر وجود وی در عصر غیبت می‌باشند به صورت نسبی وجود دارد، زیرا امروزه بسیاری از مردم ترجیح می‌دهند (به دلیل تخصصی بودن برخی دعاوی) فصل خصومت خود را به یک داور متخصص بسپارند و غیر مشروع دانستن آن برخلاف خواست مردمی است که تمایل به این نهاد تخصصی و سریع فصل خصومت دارند.

استدلال شهید ثانی و تابعین ایشان و تفکیک میان زمان حضور و غیبت معصوم (ع) قابل قبول نیست؛ بلکه باید معیار را وجود حکومت اسلامی و بسط ید معصوم (ع) و عدم وجود بسط ید معصوم (ع) قرار داد و حتی اگر اجتهاد را شرط قضاوت بدانیم باز هم امکان به تصویر کشیدن قاضی تحکیم وجود دارد به ویژه اینکه در زمان تشکیل حکومت اسلامی مانند زمان حاضر که حکومت جمهوری اسلامی تحت زعامت یک فقیه مستقر است؛ واضح است که حتی اگر اجتهاد را در قاضی شرط بدانیم، همه فقها و مجتهدین امکان قضاوت ندارند و نصب عامی وجود ندارد و هر فقیه و مجتهد اگرچه مقتضی قضاوت را به موجب ادله نصب عام دارد؛ اما با توجه به تقدم و برتری ولایت ولی فقیه بر ولایت سایر فقها جهت جلوگیری از هرج و مرج و برای رعایت مصالح عامه نمی‌تواند قضاوت کند مگر اینکه حکومت اسلامی به وی این اجازه را داده باشد و وی را نصب نموده باشد و بنابراین این زمان هم مانند زمان حضور معصوم همراه با بسط یدش می‌باشد و قاضی تقسیم می‌گردد به منصوب و غیر منصوب و غیر قاضی منصوب امکان قضاوت ندارد اگرچه واجد شرایط قضاوت به نحو اقتضاء باشد و تنها می‌تواند به صورت تحکیمی قضاوت کند.

#### ۵- نظریه مشروعیت داوری در صورت عدم وجود قاضی در منطقه

نظریه جوار داوری و تحکیم به شرط «عدم وجود قاضی فی البلد» یکی از اقوال فقهای شافعی می‌باشد که در شرایطی که قاضی وجود نداشته باشد تحکیم را از باب ضرورت و برای پایان دادن به منازعات از سر ضرورت و ناگزیر بودن، می‌پذیرند. این نظریه مبتنی بر مقدم تر بودن و عالی تر بودن جایگاه قضاوت نسبت به جایگاه داوری می‌باشد. (الدوری، ۲۰۰۲: ۱۱۲-۱۱۳)

ضعف این نظریه نیز واضح است؛ چراکه اولاً ولایت قاضی عام است و نسبت به همه دعاوی حق قضاوت وجود دارد، حال آنکه حکم یا داور تنها در مواردی که طرفین به آنها مراجعه می‌کنند ولایت می‌یابند و حتی از نظر برخی مذاهب اسلامی رضایت طرفین به حکم نیز برای نفوذ و مشروعیت حکم لازم است و در امور کیفری از نظر غالب مذاهب اسلامی حق داوری وجود ندارد؛ ثانیاً میان قضاوت و داوری تفاوت‌های اساسی وجود دارد و نمی‌توان داوری

را مرتبه ضعیف‌تر قضاوت دانست؛ ثالثاً هیچ یک از ادله مشروعیت بخش قضاوت تحکیمی ناظر بر مشروعیت این نهاد از باب ضرورت و در صورت فقدان قاضی منصوب نیست و در سیره عقلاً که مهم‌ترین دلیل مشروعیت این نهاد است، جایگزینی قاضی تحکیم در موارد فقدان قاضی منصوب دیده نمی‌شود.

## ۶- نتیجه‌گیری

- مهم‌ترین دلیل مشروعیت تحکیم یا داوری، سیره عقلاً در پذیرش حکمیت و داوری برخی افراد و متخصصین و مراجعه به آنها برای حل اختلافاتشان و نیز قبول نظر این داور یا داوران منتخب در گذشته و اکنون است. ادله‌ای که شرایط قاضی را مطرح کرده‌اند به منزله ردع چنین سیره‌ای نسبت به افراد فاقد این شرایط محسوب نمی‌شود؛ چون نصی که بناست رادع سیره عقلاً باشد باید واضح باشد تا بر مردم متدین در مراجعه به این نصوص تأثیر بگذارد، در حالی که مردم متدین در این نصوص شرعی چیزی را که بازدارنده و رادع رفتارشان باشد ندیده‌اند.
- نظریه انحصار مشروعیت داوری و تحکیم به زمان حضور معصومین (ع) اولاً به دلیل مسلم نبودن شرط اجتهاد در قاضی تحکیم و ثانیاً به دلیل مستلزم لغویت شدن جعل تحکیم و داوری مردود است؛ چراکه در این صورت در زمان حضور هم کسانی که نصب خاص شده‌اند قاضی منصوب هستند و مجتهدانی که نصب خاص نشده‌اند هم به نصب عام حق قضاوت دارند و تفاوتی میان زمان حضور و غیبت نیست.
- نظریه عدم مشروعیت کلی تحکیم و داوری نیز محل مناقشه است. چراکه روایاتی که قضاوت و داوری را منحصر به خدا و نبی و وصی دانسته‌اند یا در مقام بیان مسائل اعتقادی (و نه احکام فقهی) بوده‌اند و یا درصدد بیان مبالغه نسبت به تحذیر و هشدار در خصوص اهمیت منصب قضاوت که با مسئله دماء و اعراض و اموال مردم مرتبط است و هشدار نسبت به قرار گرفتن افراد نااهل بر این مسند می‌باشند.

## منابع

### قرآن کریم

۱. آلوسی بغدادی، ابوانشاء شهاب الدین (بیتا) **روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم**، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی
۲. ابن حزم، علی بن احمد بن سعید (بیتا) **المحلی بالآثار**، بیروت: دارالجمیل.
۳. ابن رشد، محمد بن احمد (۱۹۹۵) **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، بیروت: دارالفکر.
۴. ابن مازة البخاری (۱۳۹۷ق) **شرح أدب القاضي للخصاف**، بغداد: وزارة الاوقاف احیاء التراث الاسلامی.
۵. ابن نجیم المصری، زین الدین بن ابراهیم بن محمد (بیتا) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الناشر: دارالکتاب الاسلامی، الطبعة الثانية.
۶. ابن الهمام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد (۱۴۰۶ق) **فتح القدير للعاجز الفقير**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷. امین، محسن (۱۴۱۳ق/۱۹۹۳م) **البحر الزخار فی شرح أحاديث الائمة الأطهار**، بیروت: شرکت الکتبی.
۸. ابن قدامه المقدسی، عبدا... (بیتا) **المغنی و لیه الشرح الكبير**، ۱۲ جلدی، بیروت: دارالکتب العربی.
۹. اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی (۱۴۲۳). **فقه القضاء**، ج ۱، قم، چ دوم.
۱۰. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵) **القضاء و الشهادات**، قم: باقری، ج ۱.
۱۱. البایرتی، محمد بن محمد بن محمود (بیتا). **العناية شرح الهداية**، ناشر: دارالفکر.
۱۲. تبریزی، جواد (بیتا)، **أسس القضاء و الشهادة**، قم: دفتر مؤلف.
۱۳. تسخیری، محمد علی (۱۳۷۶). **حکمیت در فقه اسلامی**، تحقیقات اسلامی، (۱ و ۲).
۱۴. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر (۱۳۸۸ش). **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۵. حائری، کاظم (۱۴۱۵). **القضاء فی الفقه الإسلامی**؛ قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ ۱.
۱۶. حرعاملی (۱۴۰۹ه.ق). **وسائل الشیعه**، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، اول.
۱۷. حسینی عاملی (۱۴۱۸). **مفتاح الکرامه**، ج ۱۰، بیروت: دار التراث.
۱۸. حلی (علامه) حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۰ق). **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۲، چ ۱.
۱۹. حلی (علامه) حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ق). **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة**؛ ج ۵، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱.

۲۰. حلی (علامه) حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۱ق) **رجال العلامة الحلی**، نجف اشرف: دارالذخائر، چ ۲.
۲۱. خوانساری، احمد (۱۴۰۵ق). **جامع المدارک جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. خویی، ابوالقاسم (۱۴۰۷). **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۴۱ موسوعه، قم: لطفی.
۲۳. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۸) **موسوعة الإمام الخوئی**، قم: مؤسسه إحياء آثار الأمام الخوئی، چ ۱.
۲۴. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۰۹). **معجم رجال الحديث**، قم: دفتر آیت الله خوئی.
۲۵. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی (۱۴۲۲). **حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱.
۲۶. الدوری، قطحان عبدالرحمن (۲۰۰۲م) **عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی و القانون الوضعی**، المملكة الاردنیة الهاشمیة: جامعة آل البيت.
۲۷. الرملي، محمد بن احمد (۱۳۵۷ق) **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه مذهب الامام الشافعي**، مصر: مصطفى البابي الحلبي.
۲۸. الزحيلي، وهبه، (۱۹۹۷م-۱۴۱۸ه.ق). **الفقه الاسلامی وادلته**، دمشق: المكتبة الحبيبيه، الطبعة الرابعة.
۲۹. سبزواری، محمد باقر، (بیتا). **کفایة الأحكام**؛ ج ۲، قم: مهر.
۳۰. شبیری زنجانی، **درس خارج فقه**، سال تحصیلی ۱۳۸۹-۱۳۹۰
۳۱. الشریینی، محمد بن احمد، **مغنی المحتاج**، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۰ق.
۳۲. عاملی {شهید ثانی}، (۱۴۱۳ه.ق). **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چ ۱.
۳۳. عاملی {شهید ثانی}، (۱۴۱۰). **الروضة البهیة**، ج ۱، انتشارات داوری، قم، چ ۱
۳۴. شیخ طوسی، (۱۴۰۷ه.ق). **الخلافة**، ج ۴ و ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱.
۳۵. شیخ طوسی، (۱۳۸۷ه.ق). **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۸، تهران: المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریة، چ ۳.
۳۶. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱). **داوری تجاری بین المللی**، تهران: سمت.
۳۷. طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۹۰ق). **المیزان**، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چ ۲.
۳۸. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲ش). **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، تهران: ناصر خسرو، چ ۳.
۳۹. عراقی، آقا ضیاء الدین (بیتا). **کتاب القضاء**، قم: چاپخانه مهر، چ ۱.
۴۰. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق). **تفصیل الشریعه**، (کتاب النکاح)، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چ ۱.
۴۱. فاضل هندی، (۱۴۱۶ق). **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱

۴۲. فضل الله، سید محمدحسین (۱۴۲۵ق/۲۰۰۴م) **فقه القضاء**، بیروت: دار الملائک للطباعة و النشر و التوزیع، الطبعة الأولى.
۴۳. قرطبی، ابو عبدالله شمس الدین (۱۳۸۷ق). **الجامع الاحکام القرآن**، قاهره: دارالکتب المصریه.
۴۴. قماش، سعید. (۱۳۷۶) **قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت**، فقه اهل بیت علیهم السلام، (۱۰)، ۲۰۳-۲۳۹
۴۵. کاظمی فروشانی، حسین؛ قدیر، محسن. (۱۳۹۸) **مبانی داوری تجاری در فقه اسلامی و حقوق بین الملل**، مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، (۴۱)، ۱۱ تا ۳۰
۴۶. کلینی، ابو جعفر (۱۴۲۹). **الکافی**، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر، چ ۱.
۴۷. مازندرانی، علی اکبر سیفی (۱۴۱۷ق). **دلیل تحریر الوسیله-الخمس**، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ ۱.
۴۸. معین، محمد (۱۳۸۶). **فرهنگ فارسی**، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۴۹. مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۱.
۵۰. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی (۱۴۰۷ق). **رجال النجاشی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱.
۵۱. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۹۸۱م). **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، چ ۷.
۵۲. نجفی قائینی، درس خارج فقه سال تحصیلی ۱۳۹۸-۱۳۹۹
۵۳. نجفی، کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق). **تحریر المجله**، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه، چ ۱.
۵۴. نجفی، زین العابدین (۱۳۸۴)، **سیستم قضایی خصوصی به روش تحکیم از منظر فقه شیعه**، (۸۸)، ۱۲۱-۱۴۴
۵۵. نراقی، احمد (۱۴۱۵ق). **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چ ۱.
۵۶. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه (۱۴۲۵ق/۲۰۰۴م). **کویت: الموسوعة الفقهیه الكويتیه**، الطبعة الخامسة.
۵۷. هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۸۵ش). **قضاوت و قاضی**، قم: موسسه فرهنگی خانه خرد، چ ۱.
۵۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۴ق/۲۰۱۳م). **موسوعة الفقه الاسلامی المقارن**، قم: موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.