

مبانی و ادله قرآنی داوری*

- حسین هوشمند فیروزآبادی^۱✉
- علی جعفری^۲
- علی محمد حکیمیان^۳

چکیده

قضاوت تحکیمی که در مقابل قضاوت انتصابی نهادی جهت حل و فصل اختلاف میان طرفین تنازع در فقه محسوب می‌شود، امروزه در قوانین حقوقی تحت عنوان «داوری» ظاهر گشته و این شیوه حل اختلاف فقهی - حقوقی، به دلیل احترام به حاکمیت اراده طرفین در انتخاب شخص قاضی تحکیم یا داور، روزبه‌روز در حال گسترش و اقبال مردم می‌باشد. پیرامون ادله قرآنی مشروعیت این نهاد فقهی و حقوقی میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ به گونه‌ای که برخی مشروعیت آن را از برخی آیات قرآن استنباط نموده و برخی دیگر قائل به

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۴.

۱. دانشیار گروه حقوق و فقه اجتماعی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران (نویسنده مسئول)
(hooshmand@rihu.ac.ir)

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران (alijafari@ut.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق و فقه اجتماعی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (amhakimyan@yahoo.com).

عدم مشروعیت آن به استناد برخی آیات دیگر هستند. پرسش اساسی این است که آیاتی که بر مشروعیت یا عدم مشروعیت داوری (قضاوت تحکیمی) دلالت می‌کنند، کدام‌اند و حدود دلالت هریک از این آیات به چه میزان است؟ گرچه بررسی جامع فقهی هر موضوع، نیازمند بررسی همه ادله فقه از جمله قرآن، سنت، عقل و اجماع است، اما در این نوشتار با تمرکز بر آیات قرآن و حفظ محوریت آیات شریف کلام وحی، دلالت آیاتی که قائلان به عدم مشروعیت داوری مطرح ساخته‌اند (مانند آیه رد منازعات و اختلافات به خدا و رسول ﷺ و آیه تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر ﷺ) محل مناقشه قرار گرفته است و از میان آیات مورد تمسک قائلان به مشروعیت داوری، تنها دلالت آیه ۳۱ سوره نساء مربوط به نشوز زوجین مورد پذیرش قرار گرفته و با پذیرش مولویت «فابعثوا» در این آیه شریفه و رد نظریه ارشادی بودن این امر و با اثبات عدم اختصاص این آیه به اختلافات زوجین و توجه به حکومت عام آن بر کلیه دعاوی و اختلافات (با استعانت به سیره عقلا و قیاس اولویت و برخی روایات)، مشروعیت نهاد داوری در حقوق و قضاوت تحکیمی در فقه اثبات گردیده است.

واژگان کلیدی: داوری، قضاوت تحکیمی، تحکیم، حکمیت، نشوز زوجین.

مقدمه

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

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، ۱۳۹۷: ۵۲۱/۳).

مطابق بند الف ماده ۱ 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 مرضی الطرفین و یا انتصابی.

داوری واژه‌ای فارسی است و در کتب فقهی مورد استعمال نمی‌باشد؛ ولی حکمیت و قاضی تحکیم در فقه به کار رفته است و تحکیم به معنای داوری و مقصود از

«عقد التحکیم» موافقت‌نامه داوری است. در زبان انگلیسی از واژه arbitration و در زبان عربی از اصطلاح «التحکیم» برای داوری استفاده می‌گردد.

کلمه «تحکیم» از ریشه «حکم» به فتح حاء اخذ شده (قرشی بنایی، ۱۴۱۲: ۱۶۱) و مصدر است که به معنای حکم قرار دادن (جعلهُ حَکَمًا) و تفویض حکم به وی (فَوَّضَ الْحَکْمَ إِلَيْهِ) می‌باشد (ابن فارس، ۱۳۹۹: ۹۱/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۷۲-۲۷۳/۳) و در لغت‌نامه‌های فارسی هم به معنای حکم کردن آمده است (معین، ۱۳۸۶: ۱۰۴۱/۱) که از لوازم قضاوت خواهد بود.

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

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

از فقهای معاصر، موسوی اردبیلی معتقد است که قاضی تحکیم، شخص یا اشخاصی هستند که طرفین نزاع با توافق هم، برای داوری میان خود انتخاب کرده‌اند، بدون اینکه این شخص از سوی امام به‌طور خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۰۹/۱).

محمدی گیلانی در تعریف قاضی تحکیم می‌گوید:

«قاضی تحکیم: دو نفر که با هم در امر مالی یا غیرمالی دعوی و اختلاف پیدا می‌کنند و با هم توافق می‌کنند که برای فیصله دادن به اختلاف، یک نفری را به‌عنوان حکم و داور انتخاب کنند و نزد آن شخص، اختلاف خود را مطرح نمایند و آنچه وی حکم کند، راضی شوند و بپذیرند و البته شخص منتخب، غیر قاضی منصوب از ناحیه امام است. این فعل یعنی حکم گردانیدن دو نفر شخص ثالث را، تحکیم می‌گویند و آن شخص ثالث را قاضی تحکیم می‌نامند یعنی قاضی‌ای که با تحکیم و انتخاب دو نفر متخاصم برگزیده شده است» (محمدی گیلانی، ۱۳۷۸: ۴۷).

از مجموع تعاریف فقهی برمی‌آید قاضی تحکیم کسی است که اولاً منتخب طرفین اختلاف است، ثانیاً صلاحیتش منوط به عدم حضور امام معصوم علیه السلام 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.

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 دو نظریه کلی 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. این نظر، متعلق به اکثریت فقه‌های امامیه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ۲/۱۰ و ۸: جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۲۳۸/۱) و نظریه مشهور در فقه عامه است (وزاره‌الاقاف و الشئون الاسلامیه، ۲۰۰۴: ۲۳۶/۱۰)؛ بدین بیان که در میان مذاهب اهل تسنن، نظریه صحیح‌تر مذهب حنفیه و نظر قوی‌تر جمهور فقه‌های شافعیه و نیز نظر مذهب حنابله، جواز تحکیم می‌باشد و ظاهر از کلمات مذهب مالکیه نیز نفوذ تحکیم بعد از بروز اختلاف است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴: ۴/۴۸۰).

گروه دوم قائل به عدم جواز و مشروعیت این شکل فصل خصومت به صورت مطلق هستند. عدم جواز تحکیم و داوری به صورت مطلق، متعلق به برخی فقه‌های امامیه (ر.ک: دوری، ۲۰۰۲: ۸۷-۸۶) و نیز برخی فقه‌های شافعیه (خطیب شربینی، ۱۴۱۰: ۳۷۹/۴) و برخی از حنفیه و مالکیه می‌باشد که تحکیم را غیرجایز دانسته و از آن منع نموده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴: ۴/۴۸۰) و نیز مطابق دیدگاه خوارج در جریان واقعه صفین است.^۱

مدعیان مشروعیت یا عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی جهت اثبات مدعای خود

۱. علاوه بر این دو نظریه اصلی، برخی نظریات فرعی نیز منشعب از این دو نظریه مطرح گردیده است: از جمله نظریه گروهی از شافعیه که قائل به مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری تنها در صورت عدم وجود قاضی منصوب در آن منطقه هستند (شربینی، ۱۴۱۰: ۳۷۹/۴) و یا نظریه گروهی از امامیه که قائل به مشروعیت تحکیم تنها در زمان حضور معصوم علیه السلام هستند و منکر وجود این نهاد در زمان غیبت می‌باشند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۳/۷۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ۳/۱۰).

به برخی آیات و روایات استناد جسته‌اند. این مقاله درصدد است دلالات آیات مورد اشاره این دو گروه از فقها را مورد ارزیابی قرار دهد.

توجه به این نکته لازم است که گرچه در کتب فقهی، بحث از قضاوت تحکیمی به تفصیل آمده است و تا کنون پژوهش‌های شایسته‌ای در خصوص مشروعیت نهاد تحکیم در قالب مقاله صورت پذیرفته است (ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۸۸: ۶۹-۹۶؛ امانداد و همکاران، ۱۳۹۴: ۳۳-۹)، اما مقاله پیش رو، اولاً از جهت تمرکز بر ادله قرآنی و سعی بر عدم ورود به سایر ادله فقهی و ثانیاً از جهت بررسی ادله قرآنی مخالفان مشروعیت داورى، از پژوهش‌های صورت گرفته قبل متمایز است.

همچنین تذکر این نکته نیز لازم است که در این مقاله، همپوشانی دو نهاد قضاوت تحکیمی در فقه و داورى در حقوق مفروض گرفته شده است؛ همان‌گونه که بسیاری از حقوقدانان آشنا با فقه اسلامی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۴۱؛ کشاورز، ۱۳۷۴: ۲۰-۲۱؛ جنیدی، ۱۳۸۰: ۱۲۹) و بسیاری از فقهای معاصر آشنا با حقوق (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۳۳/۱)، قائل به این امر و همپوشانی و همانندی نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه با نهاد «داورى» 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 داورى است، اشاره کرده است (همان).

نویسندگان مشهور عرب‌زبانی مانند وهبه زحیلی (زحیلی، ۱۴۳۱: ۷۱۲/۱۲) یا قحطان عبدالرحمان دُوری (دوری، ۲۰۰۲: ۲۲-۲۱) و برخی دیگر (بلوی، ۲۰۱۲: ۳۲؛ منجد، ۲۰۱۳: ۶۲) نیز ذیل بحث قضاوت تحکیمی، با یکی دانستن آن با داورى، به برخی مواد قانونی مربوط به داورى در کشورهای عربی و نیز برخی کنوانسیون‌های مربوط به داورى و کنوانسیون‌های مربوط به شناسایی و اجرای احکام داورى اشاره نموده‌اند. در ادامه، جهت بررسی آیات مورد تمسک هریک از قائلان مشروعیت و عدم مشروعیت داورى، به بیان دیدگاه آنان و حدود دلالت آیات محل بحث می‌پردازیم.

۱. آیات قرآنی دال بر عدم مشروعیت و جواز داورى

برخی فقهای امامیه و عامه قائل به عدم مشروعیت داورى یا قضاوت تحکیمی هستند.

علامه حلی در *تحریر الاحکام* قائل به عدم لزوم حکم قاضی تحکیم شده است (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۱۳/۵). البته ایشان در کتاب‌های بعد از این نظر خود عدول کرده و آن را مشروع دانسته است (همو، ۱۴۱۰: ۱۳۸/۲).

از فقهای معاصر، فاضل لنکرانی در پاسخ به استفتایی در مورد صلاحیت زنان برای قضاوت تحکیم گفته است: اصل قاضی تحکیم مورد قبول نیست تا اینکه جزئیات آن بیان شود.^۱ محمدی قائینی نجفی بعد از بررسی ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی، آن‌ها را ناتمام دانسته و می‌گوید التزام به مشروعیت قاضی تحکیم بسیار مشکل است (محمدی قائینی نجفی، ۱۳۹۸/۱۰/۱).

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 (دوری، ۲۰۰۲: ۱۱۴-۱۱۵). همچنین برخی از حنفیه و مالکیه، تحکیم را جایز ندانسته و از آن منع نموده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴: ۴/۴۸۰).

واضح است که استدلال بر عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی بر اساس آیات، اگر تمام باشد، ادله‌ای مانند سیره و بنای عقلا که توسط برخی فقها جهت اثبات جواز و مشروعیت قضاوت تحکیمی مطرح گردیده‌اند، حتی اگر هم تمام باشند، کنار زده می‌شوند؛ چون این آیات ردع آن‌ها محسوب می‌شوند و همچنین اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی به استناد ادله وجوب وفای به شرط نیز که توسط برخی فقها برای اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی مطرح گردیده است، دیگر ممکن نخواهد بود؛ چون استدلال به ادله وجوب وفای به شرط حتی اگر تمام باشد، در اینجا شرط مخالف کتاب محسوب می‌شود.

توضیح اینکه برخی بر مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری، به سیره عقلا در میان مسلمانان و غیرمسلمانان استدلال کرده‌اند و قائل‌اند که حکمیت بین افراد از دیرباز بین عقلا رایج بوده است و بر اساس شواهد تاریخی، در زمان پیامبر ﷺ نیز سابقه داشته و اسلام آن را رد نکرده است و پیامبر ﷺ و ائمه علیهم‌السلام از آن نهی نکرده‌اند؛ بنابراین از سوی شرع تأیید و امضا شده است (ر.ک: حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۱). سیره اعراب قبل

۱. نرم‌افزار گنجینه آراء فقهی، قضایی (معاونت آموزش قوه قضاییه)، کد سؤال ۵۲۸۸.

از بعثت پیامبر ﷺ و نیز بعد از آن، این بوده که به حکمیت رجوع می‌کردند و احکام قضایی توسط حکم‌ها صادر می‌شده است؛ از آن جمله، در مسئله مشاجره قریش در نصب حجرالاسود که پیامبر ﷺ حکم شد، و یا عمل کردن رسول خدا ﷺ به حکم سعد بن معاذ در جریان پیمان‌شکنی بنی قریظه و تحکیمی که با یهودیان بنی قریظه داشت، و نیز پذیرش حکمیت از جانب امیرالمؤمنین علیؑ در جریان جنگ صفین. این موارد نشان می‌دهد که این سیره عقلا از جانب معصومان علیهم السلام هم مورد پذیرش قرار گرفته است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۹/۱)؛ چنان‌که شهید ثانی به این امر اشاره کرده است: «وقد وقع فی زمن الصحابة ولم ینکر أحد منهم ذلك» (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۳۲/۱۳).

بنابراین می‌توان گفت که یکی از ادله قوی برای اثبات مشروعیت، بنای عقلا در زمان‌های مختلف است.

حال اگر بگوییم که این آیات، قضاوت و تحکیم را مختص رسول و اولوالامر و منصوبان آنها قرار داده‌اند، در این صورت به‌منزله انکار چنین سیره‌ای نسبت به افراد فاقد این شرایط است و نهایتاً با سیره عقلا می‌توان نفوذ حکم قاضی تحکیم را در مواردی ثابت کرد که این قاضی، شرایط معتبر در قاضی منصوب را دارا باشد.

همچنین برخی فقها برای مشروعیت قضاوت تحکیمی، ادله وفای به شرط را مورد بحث قرار داده‌اند (ر.ک: فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۵؛ حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۱). 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 و ملتزم شده‌اند که در صورت اختلاف به وی مراجعه نمایند 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 او باشد، بنابراین در صورت بروز اختلاف، مراجعه به داور در وهله اول و اجرای حکم وی در وهله دوم مطابق شرط و تعهد ضرورت دارد.

در اینجا هم اگر اثبات شود که برخی آیات شریف قرآن بر عدم مشروعیت داوری و

قضاوت تحکیمی غیر معصومان عليهم السلام و منصوبان آنها به نصب عام یا خاص دلالت دارند، دیگر نمی‌توان به ادله وجود وفای به شرط استدلال نمود؛ چون استدلال به ادله وجود وفای به شرط حتی اگر تمام باشد، در اینجا شرط مخالف کتاب محسوب می‌شود.

کوتاه سخن اینکه با اثبات دلالت برخی آیات بر عدم مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی، نه تنها سیره عقلا و ادله وجود وفای به شرط، بلکه تمام ادله مطروحه برای اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی قاصر می‌گردند و این آیات بر اطلاق سایر آیاتی که برای جواز قضاوت تحکیمی بدان‌ها تمسک شده و نیز بر اطلاق روایاتی مانند روایت عمر بن حنظله یا معتبره ابی‌خدیجه که برای توجیه مشروعیت بدان‌ها توسل شده نیز مقدم خواهد بود و همه آن‌ها را مقید خواهد ساخت.

در ادامه، آیات مورد استناد این گروه را ارزیابی و بررسی می‌نماییم.

۱-۱. آیه رد منازعات و اختلافات به خدا و رسول صلی الله علیه و آله

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (نساء/ ۵۹) ای کسانی که ایمان آورده‌اید، خدا را اطاعت کنید و پیامبر و اولیای امر خود را [نیز] اطاعت کنید؛ پس هرگاه در امری [دینی] اختلاف نظر یافتید، اگر به خدا و روز بازپسین ایمان دارید، آن را به [کتاب] خدا و [سنت] پیامبر [او] عرضه بدارید؛ این بهتر و نیک فرجام‌تر است.

علی‌رغم ذکر «أولی الأمر» در قسمت اول آیه شریفه، اما در تعیین محل ارجاع منازعات و اختلافات، «أولی الأمر» تکرار نشده است که این عدم تکرار به دو شکل توسط فقها توجیه شده است:

توجیه اول اینکه عدم ذکر «أولی الأمر» در کنار خدا و رسول برای ارجاع منازعات و مراعات، احتمالاً به معنای تمسک به حکم خدا و رسول که در مقام تشریح هستند، می‌باشد؛ چون اولوالامر در مقابل حکم خداوند متعال، حق تشریح حکم ندارند و اعمال ولایت از سوی آنان چیزی جز تطبیق احکام خدا (بر موضوعات) نیست و تشریح حکم جدیدی در کار نیست (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹: ۲/۲۲۸). امامان فقط مجری احکام‌اند؛ نه قانونی وضع می‌کنند و نه نسخ می‌کنند. لذا در احادیث اهل بیت عليهم السلام

می‌خوانیم که اگر از ما سخنی بر خلاف کتاب‌الله و سخن پیامبر ﷺ نقل کردند، هرگز نپذیرید (موسوی خلخالی، ۱۴۲۲: ۲۸۷).



توجیه دوم این است که بدین جهت «أولی الأمر» را تکرار نفرموده که آنان از فروع و شاخه‌های پیامبر اکرم ﷺ می‌باشند (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹: ۲۲۸/۲). در واقع، دو اطاعت در آیه ذکر شده است؛ یکی اطاعت از خدا که با یک «أطیعوا» همراه شده است و یکی اطاعت از رسول و اولوالامر که قرآن هر دو را با یک «أطیعوا» ذکر نموده است؛ یعنی اطاعت خدا که ارشادی است، یک اطاعت است و اطاعت رسول و اولوالامر با هم، یک اطاعت است که مولوی محسوب می‌شود. بنابراین عدم تکرار «أولی الأمر» در قسمت دوم به دلیل وحدت اطاعت از آنها با اطاعت از رسول است و اطاعت جداگانه‌ای نمی‌باشد. لذا برخی به درستی این آیه را دلیل بر لزوم عصمت اولوالامر دانسته‌اند (جزیری، غروی و مازح، ۱۴۱۹: ۳۱/۱).

برخی مفسران میان این دو توجیه جمع نموده و معتقد شده‌اند علت عدم ذکر مجدد «أولی الأمر» در قسمت دوم آیه شریفه، این است که اولوالامر هر طایفه‌ای که باشند، بهره‌ای از وحی ندارند و کار آنان تنها صادر نمودن آرای است که به نظرشان صحیح می‌رسد، و اطاعت آنان در آن آراء و در اقوالشان بر مردم واجب است، همان‌طور که اطاعت رسول در آراء و اقوالش بر مردم واجب بود، و به همین جهت بود که وقتی سخن به وجوب رد بر خدا و تسلیم در برابر او به میان آمد، آیه شریفه فرمود وقتی بین شما مسلمانان مشاجره‌ای درگرفت، باید چنین و چنان کنید و خصوص «أولی الأمر» را نام نبرد، بلکه وجوب رد و تسلیم را مخصوص به خدا و رسول کرد؛ زیرا این اولوالامر - حال هر که باشند- حق ندارند حکم جدیدی غیر از حکم خدا و رسول وضع کنند و نیز نمی‌توانند حکمی از احکام ثابت در کتاب و سنت را نسخ نمایند. خلاصه اینکه از آنجا که اولوالامر اختیاری در تشریح شرایع و یا نسخ آن ندارند و تنها امتیازی که با دیگران دارند این است که حکم خدا و رسول یعنی کتاب و سنت به آنان سپرده شده است، لذا خدای تعالی در آیه مورد بحث که سخن در رد حکم دارد، نام آنان را نبرد (توجیه اول) و تنها فرمود: ﴿فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾. از اینجا می‌فهمیم که خدای تعالی یک اطاعت دارد و رسول و اولوالامر هم یک اطاعت دارند (توجیه دوم)، و به همین جهت

بود که فرمود: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (طباطبایی، ۱۳۹۰: ۴/۳۸۸-۳۸۹). در هر صورت و بر پایه هر یک از دو توجیه، برای اثبات دلالت آیه بر عدم مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی، چنین استدلال شده که مقصود از رد منازعات و اختلافات به خدا و رسول ﷺ و اولوالامر در آیه شریفه این است که تحکیم و داوری به رسول ﷺ و اولوالامر ﷺ واگذار شود، ولو به صورت باواسطه، یعنی به کسانی که شبیه معصومان ﷺ باشند و از جانب رسول ﷺ یا اولوالامر ﷺ نصب شده باشند و شباهت داشتن کسانی که می‌خواهند داوری و قضاوت کنند به معصومان ﷺ و نصب از جانب آنها، مقدم است بر مراجعه به آنها برای داوری و تحکیم. به عبارت دیگر، صرف رضایت طرفین اختلاف برای مراجعه کافی نیست و قاضی تحکیمی که طرفین وی را انتخاب کرده‌اند، اما مشابهت با معصومان ﷺ و نصب از جانب آنها را ندارد، تحکیمش مشروعیت ندارد (ر.ک: حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۵).

این استدلال قابل قبول نیست و توجیهاتی که برای عدم ذکر اولوالامر بیان شده، اولاً مسلم و ثانیاً منحصر به همین دو توجیه نیست و ممکن است به قرینه عبارت ﴿فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ و عدم ذکر اولوالامر، این آیه شریفه اصلاً در مقام بیان بحث قضاوت نباشد؛ بلکه در مقام بیان مباحث عقیدتی و دینی و مفاهیم عمومی اسلامی باشد و نه موضوعات خارجی که در قضاوت مطرح می‌شود؛ در حالی که اگر مقصود موضوعات بود، لازم بود اولوالامر نیز ذکر می‌شدند. بنابراین در آیه شریفه اجمال وجود دارد و استدلال به آن برای اثبات عدم مشروعیت ناتمام است (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۸۱).

حتی اگر مطابق برخی توجیهات ذکر شده برای عدم تکرار اولوالامر در قسمت دوم آیه بگوییم که اطاعت از اولوالامر، همان اطاعت از رسول ﷺ است، پس خداوند متعال در این آیه بر مسلمانان واجب فرموده که در مقابل کسانی که می‌خواهند محاکمات خود را به نزد طاغوت ببرند (که در آیه بعد ذکر شده است)، آنان منازعات و مرافعات خود را به خدا و رسول و اولوالامر بازگردانند. حال اگر از سایر آیات بتوان مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی را اثبات نمود، اطاعت از خدا صورت گرفته است و اگر از روایات رسول ﷺ و اهل بیت ﷺ، مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی غیر معصوم اثبات شود، در این صورت داوری چنین شخصی، مخالفت با رسول و اولوالامر تلقی

نمی‌گردد و نه تنها منافاتی با اطاعت از آنان نخواهد داشت، بلکه اطاعت نیز محسوب می‌گردد.

بنابراین نمی‌توان این آیه شریفه را ردع بر سیره عقلا در پذیرش داور و حکمیت دانست؛ چون نصی که بناست رادع سیره عقلا 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 (همان: 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 (موسوی خویی، ۱۴۰۷: ۹۸/۱) یا مرد بودن در همه موارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۲۷/۱) را برای قاضی تحکیم ضروری ندانسته‌اند؛ در حالی که اگر دلالت این آیه بر ضرورت نصب هر قاضی و داور از جانب رسول و اولوالامر واضح و مبرهن بود، فقها از لزوم برخورداری برخی شرایط قاضی منصوب (مانند اجتهاد یا مرد بودن یا مسلمان بودن) برای قاضی تحکیم صرف نظر نمی‌کردند. پس معلوم است که این آیه نه تنها برای مردم متدین عادی که برای فقها نیز رادع تلقی نشده است.

همچنین نمی‌توان این آیه شریفه را دلیلی بر عدم جواز عمل نمودن به شرط در جایی که طرفین اختلاف از ابتدا با یکدیگر شرط نموده و متعهد شده‌اند که اختلاف خود را به نزد داور ببرند، تلقی نمود و این آیه چنین دلالتی ندارد.^۱

۲-۱. آیه تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر ﷺ و تسلیم در مقابل

رای ایشان

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (نساء/ ۶۵)؛ به پروردگارت قسم که ایمان نمی‌آورند، مگر آنکه تو را

۱. هرچند که با ادله وجوب وفای به شرط نیز نمی‌توان مشروعیت داور و قضاوت تحکیمی را اثبات نمود و همان‌گونه که گفته شده (نجفی قائینی، ۱۳۹۸/۱۰/۱)، حداکثر چیزی که از ادله وجوب وفای به شرط برداشت می‌شود، مشروعیت تکلیفی است، که دو نفری که متعهد به مراجعه به داور در صورت بروز اختلاف شده‌اند، تکلیفاً بر آنها واجب است که اختلاف خود را نزد داور مطرح کنند؛ اما آنچه در این بحث مدنظر ماست، مشروعیت وضعی است و نه مشروعیت تکلیفی.

در مورد آنچه میان آنان مایه اختلاف است، داور گردانند؛ سپس از حکمی که کرده‌ای در دل‌هایشان احساس ناراحتی [و تردید] نکنند و کاملاً سر تسلیم فرود آورند.

مخاطب آیه شریفه، پیامبر اسلام ﷺ می‌باشد و دلالت بر وجوب تسلیم نسبت به ایشان و اطاعت از اوامر حضرت ﷺ دارد.

در شأن نزول آیه گفته شده است: زبیر بن عوام که از مهاجران بود، با یکی از انصار بر سر آبیاری نخلستان‌هایشان که در کنار هم قرار داشتند، اختلاف کردند و برای حل آن نزد پیامبر ﷺ رفتند. حضرت فرمود: نخست زبیر آبیاری کند که باغش بالاتر قرار دارد و سپس مرد انصاری که باغش پایین‌تر است. مسلمان انصاری از داوری عادلانه پیامبر ﷺ ناراحت شد و گفت: آیا این قضا برای آن بود که زبیر، عمه‌زاده توست؟! پیامبر ﷺ از این سخن بسیار ناراحت شد و در این هنگام آیه یادشده نازل شد و به مسلمانان هشدار داد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۴۵۳/۳).

به دو شکل می‌توان به این آیه بر عدم مشروعیت و جواز داوری (قضاوت تحکیمی) استدلال کرد:

شکل اول: عدم دلالت آیه بر تحکیم و داوری غیر رسول ﷺ و انحصار تحکیم به ایشان، با این استدلال که خداوند در این آیه به تحکیم رسول ﷺ به دلیل صفت رسالتش دعوت می‌کند؛ چون رجوع به رسول و درخواست تحکیم از رسول ﷺ در واقع رجوع به رسالت و تحکیم سنت است (ر.ک: حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۵). بنابراین آیه دلالتی بر مشروعیت و جواز تحکیم و داوری غیر رسول ندارد.

این استدلال قابل مناقشه است؛ چراکه به نظر می‌رسد مستفاد از این آیه همانند آیه قبل (که بر عدم مشروعیت مورد استناد بود)، تأکید بر این است که خداوند اراده کرده است که مسلمانان، طاعت خدا و رسول و اولوالامر را به‌عنوان 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، ندارند و آیات و روایاتی که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی یا همان داوری وجود دارند، این آیه شریفه را تقیید می‌زنند.

شکل دوم: انحصار موضوعی آیه شریفه بر قضاوت اصطلاحی و عدم شمول آن بر تحکیم؛ چون ظهور آیه در خصوص قضاوت است که شعبه‌ای از ولایت می‌باشد و شأن نزول آیه نیز مؤید اختصاص آن به قضاوت است و آیه شریفه در خصوص قضاوت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در اختلاف واقع شده میان زبیر و مرد انصاری نازل شده است. بنابراین شامل غیر مورد قضاوت اصطلاحی از جمله داوری و قضاوت تحکیمی نمی‌شود.

این اشکال قابل رفع است؛ اولاً تفاوتی میان قضاوت و داوری پیامبر صلی الله علیه و آله و سایر اهل بیت علیهم السلام وجود ندارد و قضاوت نصبی و انتخابی برای معصومان علیهم السلام بی‌معناست و نصب عام و خاص برای غیر خودشان توسط خود ایشان صورت می‌گیرد. ثانیاً می‌توان از ظهور آیه در اختصاص آن به قضاوت اصطلاحی دست کشید؛ چراکه موصول آیه شامل هرگونه اختلافی میان مسلمانان از جمله اختلافات و جنگ‌های میان اقوام مسلمان هم می‌شود؛ همان‌گونه که خداوند در آیه دیگر فرمود است: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ (حجرات/۹). بنابراین آیه شریفه، نص بر ولایت نبی صلی الله علیه و آله در جمیع اختلافات داخلی عمومی و شخصی می‌باشد و مورد آیه گرچه در خصوص قضاوت اصطلاحی است، اما مورد مخصص نیست (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹: ۷۰/۱)؛ پس شامل قضاوت تحکیمی نیز می‌گردد و اتفاقاً مطابق شأن نزول مذکور در تفاسیر، هر دو طرف اختلاف متفقاً پیامبر صلی الله علیه و آله را برگزیدند و این‌گونه نبود که یک نفر به نزد پیامبر صلی الله علیه و آله به‌عنوان قاضی شکایت ببرد و آنگاه پیامبر صلی الله علیه و آله دیگری را به محکمه فراخواند؛ بلکه طرفین بر فصل خصومت حضرت اتفاق نظر کردند و این شیوه فصل خصومت، با قضاوت تحکیمی سازگارتر است تا با قضاوت اصطلاحی.

۲. آیات قرآنی دال بر جواز و مشروعیت داوری

همان‌گونه که اشاره شد، نظریه مشروعیت داوری (قضاوت تحکیمی) متعلق به مشهور فقهای امامیه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ۲/۱۰ و ۸: جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۲۳۸/۱) و عامه است (وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۲۰۰۴: ۲۳۶/۱۰؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴: ۴۸۰/۴).
قائلان به این دیدگاه نیز به برخی آیات شریف قرآن متمسک شده‌اند که در ادامه با ابتدای بر نظریات فقهای امامیه، این آیات را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

۱-۲. آیات دال بر وجوب اصدار حکم بر اساس کتاب خدا و لزوم اقامه

قسط و عدل

- ﴿إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (نساء / ۵۸):
- ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ (مائده / ۴۴):
- ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (مائده / ۴۵):
- ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (مائده / ۴۷).

در استدلال می‌توان گفت که مطابق آیات فوق، هر کس بر طبق موازین الهی حکم نکند، کافر و فاسق است. بنابراین هنگامی که اصحاب دعوی از شخص ثالثی تقاضای داوری و حکمیت کنند، اگر او نپذیرد، مشمول تهدید آیه کریمه خواهد بود؛ پس واجب است که حکمیت را بپذیرد و میان طرفین دعوی به حق و عدل داوری کند و در نتیجه، داوری او نافذ خواهد بود. همچنین مطابق آیات، خداوند از حکمیت و قضاوت برخلاف عدل نهی کرده است و آنچه که از آیات استنباط می‌گردد، این است که حکم و قضا تنها با عدالت و حق صحت دارد، اگرچه آن شخص مؤمن قاضی نباشد، و آنچه مورد سرزنش و مذمت واقع شده، حکمیت مغایر با وحی الهی است. به عبارت دیگر، وجه استدلال به این آیات شریفه چنین است که خداوند برای مشروعیت قضاوت بین مردم، شرط حکم عادلانه کرده است و در آیه دیگر می‌فرماید اگر حکم او مطابق با «ما أنزل الله» نباشد، کافر است و شرط اعتبار و نفوذ حکم قاضی را مطابقت با «ما أنزل الله» بیان فرموده است که مطلق است و فرقی بین قاضی تعمیم و تحکیم نیست. اینکه قاضی منصوب باشد یا غیرمنصوب، قاضی تعمیم باشد یا قاضی تحکیم، آیه اطلاق دارد و به دلیل اطلاق، مشروعیت قضاوت در قاضی تحکیم را شامل می‌شود (حبیبی‌تبار، ۱۳۹۷/۸/۲۶).

عموم و اطلاق این آیات مورد تمسک بر مشروعیت قضاوت تحکیمی دانسته شده و فقهای مثل فاضل هندی (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۶/۱۰) و خوبی با توسل به آیه ۵۸ سوره نساء و آیات مشابه قائل‌اند که اطلاق این آیات، دلالت بر جواز حکم از جانب هریک از آحاد مردم بر اساس عدالت دارد، بدون اینکه شرطی از شرایط قاضی منصوب و اجتهاد داشتن در آیات مدنظر باشد (موسوی خوبی، ۱۴۰۷: ۱۲/۴۱) و برخی فقهای عامه نیز

به‌همین شکل، تحکیم را نوعی قضاوت دانسته‌اند که اساسش احقاق حق و رد حق به صاحب حق و ابطال باطل می‌باشد (دوری، ۲۰۰۲: ۹۱).

به عبارت دیگر، سید خوبی معتقد است که اساس در قضاوت، حکم کردن بر پایه عدالت بدون توجه به خصوصیات حاکم است، به‌ویژه که آیات به‌صورت عام مردم را مورد خطاب قرار می‌دهند که هر شخصی اختیار حکم کردن بین مردم را بر اساس عدل دارد.

به امکان اخذ مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری از این آیات خدشه شده است؛ بدین‌بین که این آیات نسبت به اینکه چه کسانی حق حکم دادن دارند و چه شرایطی باید داشته باشند، ساکت‌اند و درصدد بیان شرایط قاضی و داور نیستند؛ بلکه این آیات بیانگر این هستند که واجب است حکم قاضی بر اساس عدل و مطابق شریعت الهی باشد (عراقی، بی‌تا: ۱۲؛ حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۲؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۴/۱). ضمن اینکه از طرف دیگر، ما روایاتی متضمن این آیات داریم که حکایت می‌کنند که این آیات ناظر به قضاتی هستند که به قیاس و استحسان عمل می‌کنند، و تأکید می‌کنند که این قضاوت‌ها درست نیست و مبنای قضاوت باید حکم‌الله باشد، نه هر چیزی که خودتان به نظرتان رسید (حیبی‌تبار، ۱۳۹۷/۸/۲۶).

در نقد کلام سید خوبی گفته شده که بنای عقلایی در همه اجتماعات این است که ضوابط معینی را برای قاضی و داور قرار می‌دهند؛ چه این شخص قاضی باشد و سلطنتش بر اساس قانون باشد و چه فردی باشد که طرفین تنازع به داوری‌اش رضایت داده‌اند. بنابراین گرچه اهلیت نزد عقلا در خصوص داوری که طرفین دعوی خودشان انتخاب می‌کنند، با اهلیتی که قاضی منصوب باید داشته باشد، متفاوت است، اما به‌هر حال اگر طرفین تنازع به شخصی مراجعه کنند که صلاحیت قضاوت یا اهلیت حداقلی برای داوری را نداشته باشد، مراجعه آن‌ها از نظر عقلای اجتماع، محل اشکال است (ر.ک: فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۶۹؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۲: ۴۴۲).

صاحب *جوهر* بعد از نقل استدلال صاحب *کشف اللثام*، که برای مشروعیت قاضی تحکیم به این آیات اشاره نموده است، می‌گوید:

«این عموماًت مقید به اذن امام علیه السلام شده است؛ زیرا حکومت و قضاوت از آن

برخی قرآن‌پژوهان معاصر نیز تخصیص و تقييد اين عمومات را با آنچه دلالت بر اذن برای قضاوت می‌نماید، جهت اجتناب از وقوع هرج و مرج در جامعه اجماعی دانسته‌اند (معرفت، بی‌تا: ۲۶۱). اجماع مذکور هرچند معتبر و ثابت نیست، اما تقييد اين عمومات توسط غالب فقها قابل پذیرش است.

بنابراین اولاً که این آیات، اطلاقی از لحاظ حاکم به معنای صادرکننده حکم ندارند و ثانیاً همان‌طور که گفته شده (ر.ک: فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۶۹؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۲: ۴۴۲)، حتی اگر قائل به اطلاق این آیات شریفه شویم، باز هم به نظر می‌رسد که باید از اطلاق آیات چشم پوشید و آن‌ها را با روایات شریف و ادله دیگری که صفاتی را مانند عدالت و اسلام و ایمان و... برای قاضی منصوب و قاضی تحکیم (داور) شرط می‌دانند، مقید نمود.

۲-۲. آیات دال بر وجوب امر به معروف و نهی از منکر

- «يَا بَنِي آدِيمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَنْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأَصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ» (لقمان / ۱۷)؛
- «وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (آل عمران / ۱۰۴).

معروف، اسم جامع برای هر چیزی است که به‌عنوان طاعت خدا و تقرب به او و احسان به مردم شناخته می‌شود و انجام هر حسنه‌ای که شرع بدان تشویق می‌کند و ترک هر قبیحی که شرع از آن نهی می‌کند، معروف تلقی می‌شود (ابن‌اثیر جزری، ۱۳۶۷: ۲۱۶/۳). برخی نیز معروف را به چیزی معنا کرده‌اند که در نظر عقل سلیم و افراد سلیم‌النفس مورد پذیرش و قبول قرار گیرد (رشید رضا، ۱۴۱۴: ۲۷/۴). بدون شک قهر و نزاع و ناسازگاری بین انسان‌ها امری ناپسند و منکر، و اصلاح و حل و رفع اختلاف امری معروف به شمار می‌رود که قرآن بدان امر نموده است: «وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ» (انفال / ۱) و داوری یکی از روش‌های فصل خصومت و برطرف کردن نزاع و اختلاف میان انسان‌ها محسوب می‌شود.

از جمله فقهای که به این آیات برای مشروعیت قضاوت تحکیمی متمسک شده‌اند، صاحبان *کشف اللثام و مفتاح الکرامه* را می‌توان نام برد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۶/۱۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ۲/۱۰). این گونه استدلال گردیده که داور و حکم به صاحب حق کمک می‌کند که حقش را بازستاند و این امر به معروف است و طرف مقابل را که حق با او نیست، متنبه و متوجه به بطلان خواسته‌اش می‌کند و این نهی از منکر است (دوری، ۲۰۰۲: ۹۱).

به عبارت دیگر، وجه دلالت آیات مربوط به امر به معروف و نهی از منکر این است که اولاً امر به معروف و نهی از منکر واجب است و ثانیاً زمانی که طرفین به فردی به‌عنوان قاضی تحکیم مراجعه می‌کنند و او ادله طرفین را استماع و بررسی می‌نماید و حکم به حق و رساندن حق به «من له الحق» می‌دهد، این حکم به حق و رساندن حق به صاحبش مصداق بارز معروف است و کار قاضی تحکیم، مصداق امر به معروف می‌گردد؛ زیرا یکی از مصادیق خارجی ادله امر به معروف، همین جا می‌شود و بر اساس ادله ولایت‌آمر و ناهی، ممضا و نافذ است و فرقی هم میان تشکیل حکومت اسلامی و غیر آن نیست (حبیبی‌تبار، ۱۳۹۷/۸/۲۷).

بر استدلال به این دسته از آیات هم به‌درستی اشکال شده (ر.ک: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۴/۱) که امر به معروف و نهی از منکر از جهت مفهومی با داوری و تحکیم میان طرفین اختلاف متفاوت است و امر به معروف اعم از تحکیم است؛ چراکه تحکیم برخلاف امر به معروف نیازمند اذن طرفین اختلاف است. به عبارت دیگر، قضاوت تحکیمی این است که دو نفر تراضی کنند بر اینکه ثالثی میان آنان قضاوت کند و ماهیت این عمل، امر به معروف اصطلاحی در بیان فقها نیست. به عبارت دیگر، بحث در خصوص این است که مراجعه دو نفر به کسی که اذن از ناحیه امام در قضاوت ندارد، مصداق معروف است یا خیر؟ انتخاب قاضی تحکیم، فعل شخص قاضی تحکیم نیست؛ بلکه فعل آن دو نفری است که وی را انتخاب نموده‌اند و خود این شیوه انتخاب آیا معروف محسوب می‌شود تا مشمول ادله امر به معروف گردد؟ به عبارت دیگر، نباید به مسئله در مرحله مداخله قاضی تحکیم بعد از مشخص نمودن حق و صدور حکم به‌حق توسط وی توجه نمود؛ بلکه باید یک مرحله قبل از آن را در نظر داشت که آیا ترافع

طرفین اختلاف نزد یک شخص سوم و درخواست قضاوت از او، مصداق معروف است یا خیر؟ نمی‌توان ادله امر به معروف و نهی از منکر را در جایی که اصل معروف بودن یا منکر بودن محل بحث است، جاری نمود؛ چون ادله امر به معروف و نهی از منکر شامل معروف و منکر یقینی و مسلم است (حیبتی‌تبار، ۱۳۹۷/۸/۲۸).

همچنین حتی اگر عمومیت این آیات پذیرفته شود، مخصوص قضات منصوب خواهد بود. به عبارت دیگر، حتی اگر این ایراد وارد نباشد و معتقد به شمول ادله امر به معروف و نهی از منکر بر قاضی تحکیم باشیم، اشکال دیگری وجود دارد و آن اینکه مطابق نظر فقها، امر به معروف دارای مراحل قلبی، لسانی و عملی است، که مرحله عملی مطابق نظر مشهور فقها نیاز به استیذان دارد و با توجه به این مراحل باید گفت که چون گاهی قاضی تحکیم لازم است الزام بکند، بدون استیذان منصب قاضی تحکیم نافذ نمی‌شود (همان).

۲-۳. آیه مربوط به نشوز زوجین

آیه دیگری که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی مورد استناد قرار گرفته، آیه معروف به نشوز است که می‌فرماید:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (نساء/ ۳۵)؛ و اگر از جدایی میان آن دو [زن و شوهر] بیم دارید، پس داوری از خانواده آن [شوهر] و داوری از خانواده آن [زن] تعیین کنید. اگر سر سازگاری دارند، خدا میان آن دو سازگاری خواهد داد. آری! خدا دانای آگاه است.

آیه شریفه در مورد اختلاف زوجین، توصیه و امر می‌کند که حکمی از خویشان زن و نیز حکمی از خویشان مرد انتخاب شود تا میان زن و مرد صلح و سازش ایجاد نمایند و اختلاف را برطرف سازند. تبلور این آیه در ماده قانونی ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ دیده می‌شود:

«در کلیه موارد درخواست طلاق به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش، موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند».

در طلاق توافقی نیز گرچه قانونگذار در ماده ۲۵ همان قانون مقرر داشته است: «در صورتی که زوجین متقاضی طلاق توافقی باشند، دادگاه باید موضوع را به مرکز مشاوره خانواده ارجاع دهد...»، اما به نظر می‌رسد ارجاع به مرکز مشاوره، جهت حفظ مصالح اجتماع در جلوگیری از طلاق و حفظ استحکام خانواده است و در این موارد، توافق زوجین برای طلاق به منزله عدم اختلاف آن‌ها تلقی می‌شود.

برخی مفسران مرجع ضمیر «یریدا» و «بینهما» در آیه شریفه را زوجین دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۰: ۳۴۶/۴). برخی دیگر ضمیر را در هر دو به حاکم یا حاکمیتی که زوجین برای حل اختلافشان به آن مراجعه می‌کنند، برگردانده‌اند (قمی مشهدی، ۱۳۶۸: ۳۹۸/۳) و البته ممکن است مرجع حکمین باشند یا در «یریدا» حکمین و در «بینهما» زوجین باشند (ر.ک: طبرسی، ۱۳۷۲: ۷۰/۳).

همان‌طور که در ابتدای مقاله گذشت، فقهای امامیه این آیه را دلیل بر تحکیم گرفته‌اند و برخی به صراحت معتقد شده‌اند که داوری و تحکیم مدّ نظر آیه، اختصاصی به دعوی خانوادگی ندارد و در همه دعوی قابل تسری است؛ چراکه شارع طریق متعارف نزد عقلا را رد نمی‌کند، بلکه نظر شارع تأیید این شیوه متعارف میان عقلاست (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۶/۱). برخی فقهای اهل تسنن نیز برای مشروعیت تحکیم به این آیه تمسک کرده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۸: ۷۵۶/۶)؛ از جمله قرطبی می‌گوید این آیه دلیلی بر اثبات تحکیم است (انصاری قرطبی، ۱۳۸۷: ۱۷۹/۵) 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 دعوی نیز جایز است (ابن‌مازه، ۱۳۹۷: ۵۸/۴). آلوسی در *روح المعانی* از ابن‌فارس نقل می‌کند که آیه در رد مخالفان حکمیت از مذهب مالکیه است؛ زیرا آنان قائل‌اند که هنگام نزاع میان زن و شوهر، زن باید به خانه امنی هدایت شود و یا فردی امین را با زن همراه نمایند. وی همچنین به جریان تحکیم در جنگ صفین که ابن‌عباس به این آیه شریفه در مقابل خوارج که منکر تحکیم بودند، استدلال نمود، اشاره می‌نماید (حسینی آلوسی، ۱۴۱۵: ۲۷/۵).

در مقابل، بر اثبات تحکیم با استفاده از این آیه، هم از جانب برخی فقهای امامیه (ر.ک: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۵/۱) و هم از جانب برخی فقهای عامه مناقشه شده است

(ابن‌نجیم مصری، بی‌تا: ۲۵/۷).

مجموع ایرادات بر استدلال به این آیه، چند مورد است:

ایراد نخست اینکه امر آیه در خطاب «فابعثوا» مولوی نیست و صرفاً ارشادی می‌باشد. وجه ارشادی بودن این گونه ذکر شده که بعضی گفته‌اند از آنجا که این مسئله از امور دنیوی است، پس ظهور در ارشادیت پیدا می‌کند (ر.ک: فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۲۱/۷؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۴۳۰/۱)، مانند اوامر طیب که عمل نکردن به دستوراتش مخالفت با او نیست.

اما باید توجه داشت وجهی که برای ارشادی بودن ذکر شده، صحیح نیست و مسئله بعث حکمین با امور دنیوی محض تفاوت دارد؛ چراکه در اینجا اولاً مقام حاکم است و احقاق حق و رفع تخاصم و شقاق، و این از وظایف حاکم است و در چنین مقامی، امر ظهور در مولویت دارد، و ثانیاً اینکه یک امر یا نهی، ارشاد به یک مصلحت یا مفسده دنیوی باشد، مثل ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾، مانع از مولوی بودن آن امر و نهی نیست و دلیل بر این نمی‌شود که شارع درصدد انجام آن مأموریه و ترک آن منهی‌عنه نیست و لذا وجهی برای حمل این‌ها بر عدم مولویت وجود ندارد و امر به بعث هم از اوامر مولویه خواهد بود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۷۳۴/۲۵).

وجه مولویت امر در عبارت «فابعثوا» چند مورد دانسته شده است:

وجه اول اینکه ظاهر امر در آیه، حقیقت در وجوب است (محدث بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۳۶-۶۳۵/۲۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۶۶/۸). این وجه قابل مناقشه است؛ چراکه لفظ امر برای مطلق بعث به شیء وضع شده و تعیین حد بعث (وجوب یا ندب) در موضوع‌له امر نمی‌باشد، بلکه این حکم عقل است که اگر امری از سوی آمر واجب‌الاطاعه صادر شود و ترخیصی از ناحیه آمر نباشد، وظیفه مأمور امتثال امر است. بنابراین وجوب و لزوم از احکام عقلیه است و از مدالیل لفظیه امر نیست. پس این وجه تنها با مساعدت عدم ورود ترخیص از ناحیه شارع پذیرفتنی است.

وجه دوم اینکه ظاهر از حال شقاق و نزاع زوجین، وقوع هر دو یا یکی از آن‌ها در حرام است و تخلیص آن‌ها از این حرام با انتخاب داور برای فیصله دادن به موضوع واجب است (محدث بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۳۶-۶۳۵/۲۴). این دلیل نیز عمومیت و استلزامی ندارد

و صرفاً جنبه تغلیبی دارد و ممکن است در مواردی، شقاق و اختلاف میان زوجین باشد بدون اینکه هیچ‌یک در حرام بیفتند.

وجه سوم اینکه حاکم می‌تواند بعد از تحکیم، متخلف از رأی داور را مجبور به قبول نماید و در صورت استنکاف مجازات کند و این امر با ندب و استجباب سازگار نیست؛ چون اگر بعث و انتخاب داور مستحب باشد، چنین تکلیف و عقوبتی بی‌وجه می‌گردد (همان). به نظر می‌رسد این وجه پذیرفتنی است و می‌توان بدان اعتماد کرد. ایراد دوم اینکه پایه و شالوده داوری، توافق طرفین است، در حالی که مرجع ضمیر در «وَإِنْ حُفِّمُوا...» و «فابعثوا» زوجین نیستند تا انتخاب از جانب طرفین اختلاف باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۶/۱).

این ایراد قابل دفع است. خطاب آیه در «فابعثوا»، یا همان گونه که برخی مفسران گفته‌اند زوجین هستند که در این صورت انتخاب داور یا داوران از جانب طرفین اختلاف خواهد بود و توافق اولیه برای داوری حاصل است، و یا خطاب به حاکم (یا حاکمیت) است و بعث در خطاب «فابعثوا» به غیرزوجین است که در این صورت، هر شخصی که بخواهد داور و حاکم تعیین کند، باید مورد رغبت و رضایت زوجین باشد تا بتواند رفع شقاق و نزاع نماید؛ چراکه در صورت عدم موافقت و رضایت زوجین نسبت به داوران انتخاب شده، موضوع فیصله نمی‌یابد. پس در این صورت نیز توافق اولیه طرفین اختلاف برای ارجاع اختلاف به داوری فراهم شده است (همان).

ایراد سوم اینکه برخلاف تحکیم، در اینجا حاکم بر زوجین لازم نیست و حتی بر فرض دلالت آیه شریفه بر تحکیم مصطلح، باز هم مورد آیه، خاص دعاوی خانوادگی زوجین است و نمی‌توان از آن عمومیت برای همه دعاوی را اخذ کرد. فاضل لنکرانی با اشاره به این آیه معتقد است تعبیر قرآن کریم از داوران به حاکم، دلیل بر ثبوت قاضی تحکیم و مشروعیت آن نخواهد بود و نمی‌توان مشروعیت این نهاد را از آیه مذکور استنباط کرد؛ زیرا ارتباطی بین حکمیت میان زوجین و قضاوت تحکیم وجود ندارد (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۹۷). به عبارت دیگر، حتی اگر دلالت آیه کریمه بر تحکیم مصطلح را بپذیریم، باز هم مورد آیه، خاص دعاوی زن و شوهر است و نمی‌توان از آن عمومیت جریان داوری در جمیع موارد را استخراج کرد.

ایراد اختصاص آیه شریفه به تحکیم میان زوجین و عدم تعمیم آن نسبت به سایر دعاوی و منازعات نیز قابل رفع است؛ چرا که مطابق برخی روایات، اهل بیت علیهم السلام قائل به تعمیم آیه و عدم اختصاص به تحکیم میان زوجین بوده‌اند. از جمله امام باقر علیه السلام در پاسخ اعتراضی که به پذیرش حکمیت در صفین برای حضرت علی علیه السلام بود، این آیه را تلاوت فرمود. در احتجاج طبرسی آمده است:

«وَرَوَى أَنَّ نَافِعَ بْنَ الْأَرْزَقِ جَاءَ إِلَى مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ رضي الله عنه فَجَلَسَ بَيْنَ يَدَيْهِ يَسْأَلُهُ عَنْ مَسَائِلَ فِي الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ. فَقَالَ لَهُ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام فِي عَرَضٍ كَلَامَهُ: قُلْ لِهَذِهِ الْمَارِقَةِ مِمَّا اسْتَحَلَلْتُمْ فِرَاقَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام وَقَدْ سَفَكْتُمْ دِمَاءَ كُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ فِي طَاعَتِهِ وَالْقُرْبَةَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِنُصْرَتِهِ؟ فَسَيَقُولُونَ لَكَ: إِنَّهُ حَكَمَ فِي دِينِ اللَّهِ. فَقُلْ لَهُمْ: حَكَمَ اللَّهُ تَعَالَى فِي شَرِيْعَةِ نَبِيِّهِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ مِنْ خَلْقِهِ، فَقَالَ جَلَّ اسْمُهُ: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾» (طبرسی، ۱۴۰۳: ۲/۲۲۴)؛ ... امام باقر علیه السلام در ضمن سخنش به او فرمود: به این گروه ماریقه [خوارج] باید گفت: چرا از علی علیه السلام جدا شدید، با اینکه شما مدت‌ها سر در فرمان او داشتید و در رکابش جنگیدید و نصرت او، زمینه تقرب شما را به خداوند فراهم می‌آورد؟ آن‌ها به تو خواهند گفت: امیر مؤمنان در دین خدا حکم قرار داد [در جنگ با معاویه حکمیت را پذیرفت]. به آنان باید گفت: خداوند در شریعت پیامبر صلی الله علیه و آله حکمیت را پذیرفته و آن را به دو مرد از بندگانش وانهاده است؛ آنجا که فرمود: «پس داوری از خانواده آن شوهر و داوری از خانواده آن زن تعیین کنید. اگر سر سازگاری دارند، خدا میان آن دو سازگاری خواهد داد».

از سوی دیگر، رسول خدا صلی الله علیه و آله در ماجرای جنگ با بنی قریظه، سعد بن معاذ را برگزید و او را در آنچه مورد امضا و پذیرش خداوند بود، حکم قرار داد. گرچه روایات کتاب احتجاج طبرسی، به غیر از روایاتی که از امام حسن عسکری علیه السلام نقل شده است، مابقی اکثراً مرسل هستند، اما اعتبار سندی روایات این کتاب به چند دلیل خالی از وجه نیست: نخست اینکه طبرسی شخصی ثقه و معتمد است و در وثاقت خود ایشان بحثی نیست. دوم اینکه طبرسی در مقدمه احتجاج، علت عدم ذکر سند اکثر روایات را به جهت وجود اجماع یا موافقت با عقول و یا اشتها در کتب سیره و کتب مخالف دانسته، و ادامه می‌دهد دلیل اینکه سند روایات مربوط به امام حسن

عسکری علیه السلام را ذکر می‌کند، بدین خاطر است که روایات این امام همام از جهت اشتها در حد سایر روایات نیست.^۱ این مطلب نشان می‌دهد که گرچه روایات سایر معصومان علیهم السلام مرسل ذکر شده، اما برای شخص طبرسی مسند بوده است و می‌توان با اتکای به وثاقت طبرسی، سند همه این روایات را تلقی بر قبول نمود.

بر این اساس، برخی مفسران نیز این آیه را دلیل اثبات حکمیت و بطلان نظر خوارج دانسته‌اند (حسینی آوسی، ۱۴۱۵: ۲۷/۳).

همچنین با استدلال به اولویت نیز می‌توان قائل به تعمیم آیه شریفه نسبت به کلیه اختلافات و منازعات شد؛ زیرا همان‌گونه که شارع، نزاع و اختلاف در محیط کوچک خانواده را نامطلوب می‌داند و راهکاری جهت حل آن اختلاف در نظر می‌گیرد و دآوری میان زوجین را الزامی می‌کند، پس در موارد دیگری اختلافاتی که در محیط اجتماع حاصل می‌شود که ممکن است تبعات و آثار زیانبارتری داشته باشد نیز دآوری مشروعیت دارد.

ایراد چهارم اینکه آیه در مقام بیان ترافع و رجوع به قاضی یا داور نیست، بلکه غرض آیه اصلاح و رفع شقاق میان زوجین است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱۱۶/۱).

ایراد عدم ارتباط آیه شریفه با ترافع و حل اختلاف نیز مردود است؛ با این توضیح که شقاق و اختلاف میان زوجین غالباً به شکل ترافع و اقامه دعواست و اینکه شقاق میان زوجین اعم از ترافع و اقامه دعواست و همیشه منجر به اقامه دعوی و ترافع میان زوجین نمی‌شود، دلالت نمی‌کند که آیه شریفه امر دیگری غیر از رجوع به داور و حکم را مدّ نظر داشته است (همان).

البته باید توجه داشت که در بحث دآوری، انتخاب داور توسط طرفین اختلاف از ابتدا صورت می‌گیرد و انتخاب داور توسط دیگران برای زوجین ناسازگار بر اساس امر «فابعثوا» در آیه شریفه، اگر همیشه مبتنی بر رضایت قبلی زوجین باشد، پذیرفتنی است و می‌توان آن را نوعی وکالت از جانب زوجین به کسانی که داور را نصب می‌کنند،

۱. «ولا تأتي في أكثر ما نورد من الأخبار بإسناده إما لوجود الإجماع عليه أو موافقة لما دلت العقول إليه أو لاشتهاره في السير والكتب بين المخالف والمؤلف، إلا ما أوردته عن أبي محمد الحسن العسكري عليه السلام فإنه ليس في الاشتهار على حد ما سواه» (طبرسی، ۱۴۰۳: ۱۴/۱).

دانست؛ اما انتخاب داور توسط دیگران و رضایت آتی و بعدی زوجین به چنین انتخابی، شبیه داوری فضولی است و برخلاف رویه غالب قراردادهای حاوی داوری، چه در داوری‌های داخلی و چه در داوری‌های بین‌المللی می‌باشد.

۴-۲. آیه تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر ﷺ و تسلیم در مقابل

رای ایشان

﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (نساء / ۶۵)؛ به پروردگارت قسم که ایمان نمی‌آورند، مگر آنکه تو را در مورد آنچه میان آنان مایه اختلاف است، داور گردانند؛ سپس از حکمی که کرده‌ای در دل‌هایشان احساس ناراحتی [و تردید] نکنند و کاملاً سر تسلیم فرود آورند.

همان‌گونه که برخی فقها، این آیه شریفه را دلیلی بر عدم مشروعیت داوری دانسته‌اند، در مقابل، برخی فقهای معاصر معتقدند که از این آیه نیز می‌توان مشروعیت قضاوت تحکیمی را برداشت نمود؛ با این توضیح که یک طرف این اختلاف، مسلمان و طرف دیگر یهودی است، مسلماً یهودی پیغمبر اکرم ﷺ را به‌عنوان قاضی منصوب از طرف خدا نمی‌شناسد، معلوم می‌شود که مراد از این قاضی، قاضی تحکیم است و لذا مرد مسلمان می‌گفت سراغ کعب بن اشرف برویم، و یهودی می‌گفت سراغ پیغمبر شما برویم و این آیه با توجه به شأن نزولش مربوط به قاضی تحکیم است و البته هیچ منافات ندارد که پیغمبر اکرم ﷺ در عین حالی که قاضی تحکیم است، قاضی رسمی و منصوب من الله تعالی نیز باشد (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶/۱۲/۶). برخی از اهل تسنن نیز این آیه را برای مشروعیت تحکیم مطرح کرده‌اند (ر.ک: بلوی، ۲۰۱۲: ۴۳؛ منجد، ۲۰۱۳: ۵۰).

اما به نظر می‌رسد چنین دلالتی وجود ندارد و شاید بتوان گفت که این آیه اشاره به تحکیم مصطلح و به معنای متعارف ندارد چون انتهای آیه شریفه به شأن قضایی پیامبر ﷺ و عدم امکان مخالفت با قضاوت وی تأکید دارد و می‌فرماید: ﴿ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ و این اشاره به شأن قضایی نبی اکرم ﷺ در انتهای آیه باعث اجمال می‌گردد.

۲-۵. آیه مربوط به شکار در حال احرام

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَدًّا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ...﴾ (مائده / ۹۵)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! در حال احرام، شکار نکنید، و هر کس از شما عمداً آن را به قتل برساند، باید کفاره‌ای معادل آن از چهارپایان بدهد؛ کفاره‌ای که دو نفر عادل از شما، معادل بودن آن را تصدیق کنند و به صورت قربانی به [حریم] کعبه برسد، یا [به جای قربانی] اطعام مستمندان کند، یا معادل آن روزه بگیرد تا کیفر کار خود را بچشد.

جعفر سبحانی این آیه را هم دلیل بر مشروعیت تحکیم دانسته و با توجه به عبارت شریفه ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ معتقد است که این آیه شریفه در مورد مُحْرَم است که شکار می‌کند. مُحْرَم اگر حیوانی را شکار کرد، ممکن است کفاره و جریمه‌اش در حدیث آمده باشد و فقها ذکر کرده باشند؛ اما اگر چیزی را شکار کند که کفاره‌اش در روایات نیامده باشد، در آنجا می‌فرماید دو نفر عادل را حَکَم قرار بدهند، آن حیوانی را که کشته، شبیه آن حیوان را به عنوان کفاره بپردازد؛ مثلاً اگر کسی نعاه و شتر مرغ را شکار کرده است، مسلماً کفاره‌اش خود شتر است، اگر حمار وحش را شکار کرده، آن حیوانی را که شبیه به حمار وحش است، کفاره بدهد، شبیه آن بقر است، اگر غزال و آهو را شکار کرده، شاید بتوان گفت که غنم کوچک یک نوع شبیه آن است (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶/۱۲/۶).

گرچه ایشان این آیه شریفه را به عنوان مؤید مطلب ذکر کرده است، اما واضح است که این آیه شریفه ارتباطی با بحث قاضی تحکیم ندارد؛ زیرا اولاً در قضاوت تحکیمی حضور حداقل دو نفر جهت امکان اختلاف و دعوی ضرورت دارد و مقام ترافع و تنازع مستلزم حضور حداقل دو نفر می‌باشد تا اختلاف موجود شود، در حالی که این آیه در خصوص حکمیت و داوری دو نفر عادل پیرامون کفاره شخص مُحْرَم است، و ثانیاً هیچ دلیلی بر تعمیم آیه شریفه و تسری آن به غیر موارد احرام وجود ندارد.

۲-۶. آیه دال بر وجوب وفای به عقد و شرط

برای مشروعیت قضاوت تحکیمی می‌توان به ادله وفای به شرط از جمله آیه ﴿يَا أَيُّهَا

الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده/ ۱) استدلال کرد. این آیه شریفه بر وجوب وفای به عقد دلالت دارد و شرط نیز جزئی از عقد است، بنابراین وفای به آن واجب است (ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۵: ۳۷ به بعد).

همچنین است روایاتی مانند «المؤمنون عند شروطهم» که در بحث از مشروعیت داوری مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۵؛ حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۱۶۱) و مطابق آن‌ها، 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 و ملتزم شده‌اند که در صورت اختلاف به وی مراجعه نمایند 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 او باشد، بنابراین در صورت بروز اختلاف، مراجعه به داور در وهله اول و در اجرای حکم وی 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 که این تصور غلط است؛ چراکه با توافق و رضایت طرفین، امکان نصب داور خودبه‌خود و به‌صورت شرط نتیجه امکان‌پذیر نیست، بلکه نیاز به رضایت و پذیرش شخص داور نیز می‌باشد؛ زیرا در واقع 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 به‌صورت شرط نتیجه و حصولش به‌صرف توافق طرفین و به‌محض انعقاد قرارداد دوم ممکن نیست؛ بلکه نیاز به رضایت و موافقت داور دارد.

ممکن است به این استدلال در مشروعیت داوری و ادله وفای به شرط اشکال شود که شرط ابتدایی از نظر فقها نافذ نیست و لازم است که شرط ضمن عقد باشد؛ اما واضح است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی و نظر صحیح‌تر بسیاری از فقهای معاصر، کلمه شرط در این روایت شریف، اختصاصی به شرط ابتدایی ندارد و هر شرط و التزام و قراردادی را شامل می‌شود.

اما این دلیل بر اثبات قضاوت تحکیمی و داوری، ناتمام و قابل مناقشه است؛ بدین بیان که ادله وفای به شرط و عهد، مشروعیت چیزی را اثبات نمی‌کنند، بلکه متفرع بر مشروعیت هستند، پس وقتی نمی‌دانیم که قاضی تحکیم مشروع است یا نامشروع، با تمسک به این ادله نمی‌توان مشروعیت آن را اثبات کرد و اگر گفته شود که قاضی تحکیم مشروع است و قضای او نافذ است، دیگر نیازی به ادله وفای به شرط برای اثبات نفوذ حکمش نیست (محمدی قائینی نجفی، ۱۳۹۸/۹/۲۶).

علامه فضل‌الله در *فقه القضاء* خود بعد از استناد به ادله وفای به شرط و ادله صلح، در هر دو دلیل مناقشه می‌کند و می‌گوید در صورتی که به موجب ادله وفای 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 وفای به شرط است و التزام به عنوان حکم قضایی نیست و این خروج از محل بحث است؛ چرا که هدف اثبات نفوذ حکم داور به عنوان قاضی تحکیم بود و نه بر اساس شرط و یا صلح (فضل‌الله، ۱۴۲۵: ۱۷۸).

حداکثر چیزی که از این ادله قابل برداشت است، مشروعیت تکلیفی است که دو نفری که تعهد نموده‌اند در صورت بروز اختلاف به داور مراجعه نمایند، تکلیفاً بر آن‌ها واجب است که اختلاف خود را نزد داور مطرح کنند و از مراجعه به قاضی اجتناب ورزند و همچنین تکلیفاً لازم است که حکم وی را پذیرفته و اجرا کنند. اما آنچه در این بحث مدنظر ماست، مشروعیت وضعی است و نه مشروعیت تکلیفی، و وقتی در نفوذ قضای قاضی تحکیم شک داریم، نمی‌توانیم بر اساس ادله وجوب عمل به شرط، نفوذ قضای او را اثبات کنیم؛ ضمن اینکه طرفین صرفاً می‌توانند در خصوص حقوق قابل انتقال و اسقاط خود، مراجعه به داوری و تحکیم را تعهد کنند و تنها در جایی که مورد ادعا یک حق باشد و زمام آن به دست صاحب حق باشد، این تعهد و شرط پذیرفتنی است؛ والا اگر از اموری باشد که حکم باشد یا از حقوقی باشد که حکم هم دارد (مثل زوجیت و...) یا از حقوقی باشد که زمام آن به دست صاحب حق نیست، با ادله نفوذ عقد و شرط نمی‌توان این موارد را اثبات کرد. نتیجه اینکه فقط در حقوق

قابل اسقاط و انتقال می‌توانیم به موجب این ادله، قائل به مؤثر بودن این شرط و تعهد و رضایت متخاصمین شویم و البته این تأثیر هم فقط در حکم تکلیفی است نه وضعی. در نتیجه اگر یکی از متخاصمین مخالفت کرد و حق را مطالبه کرد، اگرچه تکلیفاً کار حرامی مرتکب شده است، اما حق مطالبه دارد و می‌تواند ادعا را نزد قاضی دیگری مطرح و پیگیری کند (محمدی قائینی نجفی، ۱۳۹۸/۱۰/۱).

نتیجه‌گیری

۱- آیه ۵۹ سوره نساء در خصوص ردّ منازعات و اختلافات به خدا و رسول صلی الله علیه و آله دلالتی بر عدم مشروعیت حکم غیرخدا و معصومان علیهم السلام و منصوبان از جانب آن‌ها ندارد؛ چراکه ممکن است به قرینه عدم ذکر اولوالامر، اصلاً در مقام بیان بحث قضاوت نباشد، بلکه در مقام بیان مباحث عقیدتی و دینی و مفاهیم عمومی اسلامی باشد و نه موضوعات خارجی. بنابراین در آیه شریفه اجمال وجود دارد.

۲- مستفاد از آیه ۶۵ سوره نساء در خصوص تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر صلی الله علیه و آله و تسلیم در مقابل رأی ایشان نیز تأکید بر این است که خداوند اراده کرده است که مسلمانان طاعت خدا و رسول و اولوالامر را به‌عنوان یک قاعده ثابت بدانند و حیاطشان بر پایه این قاعده باشد، و بنابراین دلالتی بر عدم نفوذ حکم قاضی تحکیم در جایی که حکمش منافی کتاب و سنت نباشد، بلکه کاملاً مطابق آن‌ها باشد، ندارد و آیات و روایاتی که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی (داوری) وجود دارند، این آیه شریفه را تقیید می‌زنند.

۳- مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی را می‌توان از آیه ۳۵ سوره نساء در خصوص نشوز زوجین اثبات نمود؛ چون مخاطب «فابعثوا» در آیه، چه زوجین باشند و چه حاکم، در هر صورت، رضایت و موافقت زوجین شرط انتخاب داوران است و شقاق و اختلاف میان زوجین غالباً به شکل ترافغ و اقامه دعواست.

۴- ایراد مربوط به اختصاص آیه ۳۵ سوره نساء به داوری میان زوجین ناسازگار و عدم عمومیت و شمول آن بر سایر دعاوی نیز بر اساس برخی روایات و نیز استدلال به اولویت قابل رفع است؛ زیرا همان‌گونه که شارع، نزاع و اختلاف در محیط کوچک

خانواده را نامطلوب می‌داند، پس در موارد دیگری که در محیط اجتماع اختلافاتی حاصل می‌شود که ممکن است آثار زیانبارتری داشته باشد نیز برای داوری مشروعیت قائل است.

۵- همچنین باید توجه داشت که مولوی دانستن امر «فابعثوا»، دلالت بر وجوب تحکیم میان زوجین ناسازگار دارد و وجهی که برای ارشادی بودن امر و استحباب تحکیم ذکر شده، صحیح نیست؛ زیرا مسئلهٔ بعث حکمین با امور دنیوی محض تفاوت دارد، ضمن اینکه حتی اگر یک امر یا نهی، ارشاد به یک مصلحت یا مفسده دنیوی نماید، مانع از مولوی بودن آن امر و نهی نمی‌شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والثر*، تحقیق طاهر احمد زاوی و محمود محمد طناحی، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۷ ش.
۳. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، بیروت، دار الفکر، ۱۳۹۹ ق.
۴. ابن مازه بخاری، حسام‌الدین عمر بن عبدالعزیز، *کتاب شرح ادب القاضی للخصاف*، تحقیق یحیی هلال سرحان، بغداد، وزارة الاوقاف، ۱۳۹۷ ق.
۵. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۶. ابن نجیم مصری حنفی، زین‌الدین بن ابراهیم بن محمد، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، چاپ دوم، بی‌جا، دار الکتاب الاسلامی، بی‌تا.
۷. امانداد، معجد، جواد پنجه‌پور، و هرمز اسدی کوه‌باد، «جایگاه فقهی سیستم قضایی خصوصی بر اساس نهاد تحکیم از منظر امامیه»، *دوفصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۸. انصاری قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد بن ابی‌بکر، *الجامع لاحکام القرآن*، قاهره، دار الکتب المصریه، ۱۳۸۷ ق.
۹. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر، اکبر فلاح، و صفر خزائی‌پول، مقاله «مشروعیت قضاوت خصوصی بر اساس نهاد تحکیم»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ششم، شماره ۱۸، زمستان ۱۳۸۸ ش.
۱۰. بلوی، نضال جبر، *تحکیم فی الشریعة الاسلامیة و نظام التحکیم السعودی*، اردن، عمان، دار الثقافة، ۲۰۱۲ م.
۱۱. جزیری، عبدالرحمن، سیدمحمد غروی، و یاسر مازح، *کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت (علیهم‌السلام)*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. جنیدی، لعیا، «قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی»، *نژوهشنامه متین*، سال سوم، شماره ۱۰، بهار ۱۳۸۰ ش.
۱۴. حبیبی‌تبار، جواد، «درس خارج فقه»، ۱۳۹۷/۸/۲۶ ش.، دسترس‌پذیر در سامانه تقریرات دروس خارج به نشانی <https://taghrir.ismc.ir/teacher>.
۱۵. حسینی آلوسی بغدادی، شهاب‌الدین سیدمحمد بن عبدالله، *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و السبع المثانی*، تحقیق علی عبدالباری عطیه، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۱۶. حسینی حائری، سیدکاظم، *التضاء فی الفقه الإسلامی*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۷. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق.
۱۸. خطیب شربینی، شمس‌الدین محمد بن محمد شافعی، *معنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. ذوری، قحطان عبدالرحمن، *عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی و القانون الوضعی*، اردن، عمان، دار الفرقان، ۲۰۰۲ م.
۲۰. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ش.

۲۱. رشید رضا، محمد، تفسیر القرآن الحکیم الشهیر بتفسیر المنار، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۲. زحیلی، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی وادلتہ، چاپ چهارم، پاکستان، کویته، المكتبة الحیبیہ، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. همو، موسوعة الفقه الاسلامی والقضایا المعاصره، دمشق، دار الفکر، ۱۴۳۱ ق.
۲۴. سبحانی تیریزی، «درس خارج فقه»، سال تحصیلی ۱۳۹۶-۱۳۹۷ ش.، دسترس پذیر در سامانه تقریرات دروس خارج به نشانی <<https://taghrir.ismc.ir/teacher>>.
۲۵. شبیری زنجانی، سیدموسی، کتاب نکاح، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی؛ دوره بنیادین، چاپ سی و یکم، تهران، دراک، ۱۳۹۷ ش.
۲۷. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۰ ق.
۲۸. طبرسی، ابومنصور احمد بن علی بن ابی طالب، الاحتجاج علی اهل اللجاج، مشهد، مرتضی، ۱۴۰۳ ق.
۲۹. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ش.
۳۰. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۱. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۲. عراقی، آقاضیاء الدین، کتاب القضاء، تصحیح محمدهادی معرفت، قم، چاپخانه مهر، بی تا.
۳۳. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۴. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۳۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله (کتاب النکاح)، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۴۲۱ ق.
۳۶. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۷. فضل الله، سیدمحمدحسین، فقه القضاء، به قلم حسین حسن، بیروت، دار الملائک، ۱۴۲۵ ق.
۳۸. قرشی بناپی، سیدعلی اکبر، قاموس قرآن، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۳۹. قمی مشهدی، محمد بن محمد رضا، تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، تحقیق حسین درگاهی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۴۰. کشاورز، بهمن، نگرشی بر قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، تهران، میزان، ۱۳۷۴ ش.
۴۱. محدث بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۴۲. محمدی قائینی نجفی، محمد، «درس خارج فقه»، سال تحصیلی ۱۳۹۸-۱۳۹۹ ش.، دسترس پذیر در سامانه تقریرات دروس خارج به نشانی <<https://taghrir.ismc.ir/teacher>>.
۴۳. محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، تهران، سایه، ۱۳۷۸ ش.
۴۴. معرفت، محمدهادی، تعلیق و تحقیق عن امتهات مسائل القضاء، قم، چاپخانه مهر، بی تا.
۴۵. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۶ ش.

۴۶. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، چاپ دهم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱ ش.
۴۷. منتظری نجف آبادی، حسین علی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه*، چاپ دوم، قم، تفکر، ۱۴۰۹ ق.
۴۸. منجد، سمیرہ زعیم، *التحکیم الاسلامی فی نظام غیر اسلامی*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۱۳ م.
۴۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه القضاء*، دوم، قم، جامعه المفید، ۱۴۲۳ ق.
۵۰. موسوی خلیجی، سید محمد مهدی، *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۵۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج - القضاء و الحدود (موسوعة الامام الخوئی، الجزء ۴۱)*، قم، لطفی، ۱۴۰۷ ق.
۵۲. موسوی عاملی، سید محمد بن علی، *نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵۳. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۴. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، چاپ پنجم، کویت، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۲۰۰۴ م.
۵۵. هادوی تهرانی، مهدی، *قضاوت و قاضی*، قم، خانه خرد، ۱۳۸۵ ش.
۵۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *موسوعة الفقه الاسلامی المقارن*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۴۳۴ ق.

