

# مشروعیت و ماهیت داوری در قرآن کریم

حسین هوشمند فیروزآبادی\*

## چکیده

به‌رغم نظر مشهور فقهای امامیه و اهل سنت که به مشروعیت داوری یا تحکیم قائل شده‌اند، برخی فقها مشروعیت آن را نپذیرفته‌اند و هردو گروه به برخی آیات و روایات متوسل شده‌اند. از آنجاکه مبانی و ادله قرآنی به‌دلیل قطعیت سند، کمتر نسبت به دیگر ادله فقهی مورد مناقشه قرار گرفته‌اند، لازم است موقعیت نهاد داوری و ماهیت آن در قرآن کریم بررسی شده و به این پرسش پاسخ داده شود که آیا حق استفاده از داوری در آیات قرآن، مورد حمایت قرار گرفته است؟ در صورتی که پاسخ مثبت است، نحوه دلالت و حدود آن چگونه است؟

در نوشتار حاضر با محوریت آیات شریف قرآن کریم و سعی بر عدم ورود به دیگر ادله فقهی، از میان دو نظریه توکیل و قضاوت تحکیمی در مورد ماهیت داوری، ماهیت قضایی با استفاده از آیات مرتبط با لزوم بی‌طرفی و عدالت صادرکننده حکم و نیز آیه نشوز زوجین، برگزیده شده است و بر اساس ماهیت مشترک، همپوشانی نهاد «داوری» در حقوق با نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه از آیات استنتاج شده است. همچنین با قابل مناقشه دانستن آیات مورد تمسک قائلان به عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی، از میان آیات مطروحه از جانب قائلان به مشروعیت این نهاد، فقط دلالت آیه مربوط به نشوز زوجین بر تحکیم پذیرفته شده است و باره نظریه ارشادی بودن امر «فابعثوا» و پذیرش وجه مولویت امر در این آیه، قابلیت تعمیم آن بر دعاوی و اختلافات غیر خانوادگی نیز به‌کمک سیره عقلا و اولویت و با مساعدت برخی روایات پذیرفته شده است.

**واژگان کلیدی:** داوری، قضاوت تحکیمی، نشوز زوجین، حکمیت، ماهیت.

\* استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و عضو انجمن فقه و حقوق اسلامی حوزه علمیه (hooshmand@rihu.ac.ir).

## مقدمه

داوری یکی از شیوه‌های حل اختلاف و فصل خصومت تخصصی و سریع محسوب می‌شود که در عرصه داخلی و بین‌المللی روزبه‌روز در حال گسترش است.

در اصطلاح حقوقی، داوری عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم از سوی شخص یا اشخاص ثالثی که طرفین دعوا معمولاً آنها را با تراضی انتخاب می‌کنند یا مراجع قضایی به نمایندگی از سوی طرفین دعوا ایشان را برمی‌گزینند. خصوصیت و قید آخر تعریف، بیانگر آن است که قدرت داور برخلاف قاضی ناشی از قوای عمومی دستگاه قضایی نیست، بلکه برگرفته از قرارداد خصوصی و توافق طرفین است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲، ص ۱۹-۲۰).

مطابق بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، داوری عبارت است از رفع اختلاف میان متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین یا انتصابی.

از نظر لغوی، تحکیم به معنای حکم کردن است (معین، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۰۴۱) که از لوازم قضاوت خواهد بود و در اصطلاح، حکمیت همان داوری کردن و قضاوت نمودن و گاهی به معنای تعیین یا نصب حکم آمده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱)؛ بنابراین مقصود از قضاوت تحکیمی، همان معنای اول مد نظر خواهد بود.

فقها بحث از تحکیم را در چند موضع مطرح کرده‌اند (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴، ج ۴، ص ۴۷۴ به بعد): نخست در بحث تحکیم میان مسلمانان و کفار در جنگ؛ دوم در بحث تحکیم میان زوجین؛ سوم در بحث تحکیم و قضاوت بین‌المتخاصمین (طرفین اختلاف) که نوع سوم آن منطبق بر بحث داوری مصطلح می‌باشد. گرچه همان‌گونه که خواهد آمد، تحکیم و داوری میان زوجین ماهیتاً تفاوتی با تحکیم میان متخاصمین و اطراف یک دعوا ندارد.

شیخ طوسی در توضیح قضاوت (تحکیمی) می‌گوید: «اگر دو نفر توافق کنند کسی از مردم، میان این دو حکم کند و آن کس چنین کند، بدون نظر خلاف این امر جایز است. حکم این شخص نیز الزام‌آور است...» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۴۱). برخی دیگر از فقها با تفکیک قاضی منصوب از قاضی غیر منصوب گفته‌اند:

قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتدائاً و بالذات برای قضاوت نصب نشده،

بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به وی حق اعمال ولایت می‌دهد (حائری، ۱۴۱۵، ص ۲۱).

در میان علمای اهل سنت، دکتر وهبه الزحیلی می‌گوید:

تحکیم اسلامی عبارت است از اینکه طرفین اختلاف یک یا چند شخص دیگر را برای رفع نزاع به وجود آمده یا برای نزاعی که ممکن است به وجود بیاید، به حکمیت انتخاب کنند تا وی مطابق حکم شرع میان‌شان داوری کند (زحیلی، ۱۹۹۷، ج ۸، ص ۶۲۵۰).

فقه‌های اسلامی درباره مشروعیت و نفوذ قضاوت تحکیمی و داوری، نظریات گوناگونی مطرح کرده‌اند که می‌توان مجموع نظر فقه‌های شیعه و اهل تسنن را در دو نظریه کلی تقسیم‌بندی کرد:

گروهی به جواز داوری و تحکیم به صورت مطلق قائل‌اند؛ چه در آن منطقه قاضی منصوب وجود داشته باشد یا وجود نداشته باشد و چه فرد جامع شرایط قضاوت وجود داشته باشد یا وجود نداشته باشد. این نظر متعلق به اکثریت فقه‌های امامیه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۲ و ۸/ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۳۸) و نظریه مشهور در فقه عامه است (وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۲۵، ج ۱۰، ص ۲۳۶)؛ 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 پس از بروز اختلاف است (شاهرودی، ۱۴۳۴، ج ۴، ص ۴۸۰).

گروه دوم به عدم جواز و مشروعیت این شکل فصل خصومت به صورت مطلق قائل‌اند. عدم جواز تحکیم و داوری به صورت مطلق، متعلق به برخی فقه‌های امامیه (ر.ک: دوری، ۲۰۰۲، ص ۸۶-۸۷) و نیز برخی فقه‌های شافعیه (شربینی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۷۹) و برخی از حنفیه و مالکیه می‌باشد که تحکیم را غیر جایز دانسته‌اند یا از آن منع کرده‌اند (شاهرودی، ۱۴۳۴، ج ۴، ص ۴۸۰) و نیز مطابق دیدگاه خوارج در جریان واقعه صفین است.<sup>۱</sup>

۱. افزون بر این دو نظریه اصلی، برخی نظریات فرعی نیز منشعب از این دو نظریه مطرح شده است از جمله نظریه گروهی از شافعیه که به مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری فقط در صورت عدم وجود قاضی منصوب در آن منطقه قائل‌اند (الشربینی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۷۹) یا نظریه گروهی از امامیه که به مشروعیت تحکیم فقط در زمان حضور معصوم<sup>علیه السلام</sup> قائل‌اند و منکر وجود این نهاد در زمان غیبت‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۷۰/ حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۳).

مدعیان مشروعیت یا عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی برای اثبات مدعای خود به برخی آیات و روایات استناد جسته‌اند که مقاله حاضر درصدد است دلالت آیات مورد اشاره این دو گروه از فقها را مورد ارزیابی قرار دهد. بدین منظور پس از بحث درباره ماهیت داوری در فقه امامیه و امکان‌سنجی همپوشانی دو عنوان «داوری» در حقوق و «قضاوت تحکیمی» در فقه، به بررسی هریک از آیات مورد استناد فقها در اثبات مشروعیت داوری می‌پردازیم.

تذکر این نکته ضروری است که مقصود از داوری در مقاله پیش رو، نهادی برای فصل خصومت و حل اختلاف از طریق اصدار رأی بوده که در فقه باعنوان «قاضی تحکیم» مورد بحث قرار گرفته است و نباید آن را با داوری به معنای صلح و سازش و تلاش برای حل اختلاف طرفین یک دعوا که در ادبیات فقهی «اصلاح ذات‌البین» نامیده می‌شود، خلط نمود. گرچه نهاد داوری و نهاد سازش در حقوق، هر دو از جهت انتخاب فرد میانجی و داور، مشابهت دارند و طرفین اختلاف خودشان نسبت به اعطای سمت به داور یا میانجی و متولی سازش اقدام می‌نمایند، ولی این دو نهاد متفاوت‌اند؛ اولاً، سازش و میانجی‌گری در فضای همکاری اتخاذ می‌شود و جوهره آن الزام حقوقی نیست، بلکه طرفین برای روشن شدن موضوع با یکدیگر همکاری می‌کنند، اما داوری در فضای تقابل و نه همکاری شکل می‌گیرد و قضاوتی خصوصی و الزام‌آور برای طرفین رقم می‌خورد (خدابخشی، ۱۳۹۱، ص ۳۸). ثانیاً، هدف اصلی شخص میانجی و نهایت تلاش وی حل منازعه طرفین و رسیدن آنها به توافق است و اگر این امر به صلح و سازش منجر شود، در قالب تنظیم گزارش اصلاحی متجلی می‌گردد و با امضای طرفین ارزش و اعتبار می‌یابد؛ حال آنکه مطابق بسیاری از قوانین، داوری این هدف اولیه را ندارد و فصل خصومت و قضاوت، مأموریت این نهاد است (ر.ک: کریمی و پرتو، ۱۳۹۲، ص ۳۷).

## ۱. ماهیت داوری در قرآن

بحث از ماهیت داوری در واقع بحث از منشأ و منبع قدرت و اختیار پروسه داوری و شخص داور یا داوران است. اینکه اختیار داوران برای صدور تصمیم الزام‌آور برای طرفین اختلاف از کجاست و منبع حقوق و تعهدات داوران از کجاست، به تعیین ماهیت داوری بازمی‌گردد. ثمره تعیین ماهیت از جهتی به انتخاب قانون حاکم بر اختلاف طرفین و از سوی دیگر به بحث اجرا و

شناسایی باز می‌گردد و نیز اتخاذ هر ماهیت بر موقعیت داوران و امکان عزل آنها یا کنار گذاشتن رأی آنها مؤثر است. از میان دو نظریه مشهور ماهیت قضایی و ماهیت قراردادی برای داوری، اتخاذ ماهیت قضایی برای داوری به رأی داور، همان ارزش و موقعیتی را می‌دهد که حکم صادره توسط قاضی دادگاه دارد و چون داور همانند قاضی نقش ایفا می‌کند، در صورت فقدان اجرای داوطلبانه رأی به وسیله محکوم علیه، دستگاه حاکمیتی کشور رأی داور را شناسایی نموده و اجرای آن را پیگیری می‌کند. در این دیدگاه، حاکمیت اراده طرفین دعوا فاقد اثر یا دارای اثری محدود به انتخاب داوری به عنوان شیوه حل اختلاف است. با اتخاذ این ماهیت، داور در واقع نماینده حاکمیت و دولت محسوب می‌شود و طرفین صرفاً و فقط در مرحله انتخاب وی نقش بازی می‌کنند و پس از آن اقتدار و اختیار داور از قدرت حاکمیت اخذ می‌شود، نه از قرارداد فی مابین طرفین اختلاف.

در مقابل اگر ماهیت داوری توکیل و قراردادی باشد، قرارداد ثانویه میان داور و طرفین اختلاف مبتنی بر قرارداد ابتدایی میان طرفین اختلاف است و داور نمی‌تواند بدون قرارداد ابتدایی، رسیدگی داوری را آغاز کند و با ماهیت قراردادی، داور وکیل و نماینده طرفین محسوب می‌شود؛ بنابراین نظریه شبه قضایی بودن داوری و مشابه دانستن نقش داور با قاضی منتفی می‌گردد. رأی داور خصلت الزام‌آوری را صرفاً میان طرفین اختلاف خواهد داشت و اگر طرفی که محکوم شده است، آن را نپذیرد، بر اساس قرارداد حاوی پذیرش داوری می‌توان وی را به اجرا ملزم کرد. همچنین با انتخاب ماهیت توکیل و قراردادی برای داوری، نهاد داوری در حوزه حقوق قراردادهای قرار گرفته و اصل آزادی طرفین در این باره حاکم است؛ بر این اساس نهاد داوری، شخصیتی قراردادی دارد که از توافق طرفین سرچشمه می‌گیرد و قرارداد داوری داوطلبانه میان طرفین منعقد می‌شود و به آنها اجازه می‌دهد شرایط داوری اعم از زمان و مکان داوری، تعداد و شخصیت داور یا داوران خود و نیز قانون ماهوی و آیین دادرسی حاکم بر دعوا را تعیین کنند.

در فقه امامیه نظریه مشهور فقها (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷/ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۳۰/ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۵۲۲) تعیین ماهیت قضایی برای تحکیم و داوری است و تحکیم را نه توکیل، بلکه قضاوت تحکیمی دانسته‌اند و نسبت به این ماهیت، ادعای اجماع شده است (ر.ک: ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۳۰)؛ بدین ترتیب داور نیز قاضی است، ولی قاضی خصوصی منتخب طرفین که حاکمیت وی را ابتدائاً تعیین نکرده است، بلکه طرفین اختلاف وی را انتخاب نموده و

حاکمیت منتخب آنها را تأیید می‌نماید.

در مقابل این نظریه، برخی فقهای اسلامی متمایل به نظریه قراردادی شده‌اند و نظریه وکیل بودن داور را پذیرفته‌اند. در میان فقهای امامیه، نظریه توکیل منسوب به ابن جنید است که علامه در *المختلف* به وی نسبت داده است (علامه حلی، ۱۴۱۲، ص ۳۹۸). ابن براج در کتاب *الکامل فی الفقه*، نظریه توکیل را پذیرفته است، اما در آثار بعدی خود از این نظریه عدول می‌کند و همان نظر مشهور یعنی تحکیم را می‌پذیرد (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۶۶).

به غیر از ایشان در میان فقهای امامیه اگرچه دیگران نیز به نظریه وکیل بودن داور اشاره کرده‌اند، ولی ظاهراً آن را صرفاً برای ردّ نظر برخی از اهل سنت آورده‌اند. از میان علمای اسلامی بیشتر در میان برخی فقهای اهل سنت این نظریه دیده می‌شود. فاضل هندی قول به توکیل را به مذهب مالکی و برخی از شافعیه نسبت داده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۵۲۲)، اما شیخ طوسی این نظریه را متعلق به ابوحنیفه می‌داند (طوسی، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۴۱۶).

### ۱-۱. تعیین ماهیت قضایی برای داوری بر پایه آیه مربوط به نشوز زوجین

مشهور فقها با استناد به آیه شریفه ۳۵ سوره نساء معتقدند ماهیت تحکیم قضایی است و منظور از حَکَم در آیه شریفه، همان قاضی تحکیم می‌باشد. در آیه ۳۵ سوره نساء آمده است: «وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَیْنَهُمَا فَاِئْتُوا حَکْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکْمًا مِنْ أَهْلِهَا...» اگر از وقوع شقاق بین زوجین نگران بودید، حکمی را از بین خانواده مرد و حکمی را از بین خانواده زن برگزینید...».

فقها معتقدند چون خدای سبحان در این آیه از داوران به حکم تعبیر کرده است و با توجه به اینکه اگر حکمین وکیل زوجین بودند، خطاب به زوجین صورت می‌گرفت، همچنین اینکه حکمین بدون استیذان از زوجین می‌توانند حکم صادر کنند (در غیرحکم به جدایی)، کاشف از ماهیت قضاوت تحکیمی و نه توکیلی داوری می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷/ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۳۰/ فاضل هندی، ۱۴۱، ج ۷، ص ۵۲۲).

علامه حلی در *گوناگون* (علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۹۵)، شیخ طوسی در *خلاف* (طوسی، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۴۱۶)، امین‌الاسلام طبرسی (طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۷۸) و صاحب *کنزالعرفان* (فاضل مقداد، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۱۴)، مقصود از حَکَم در آیه شریفه را قاضی تحکیم می‌دانند. شهید ثانی پس

از بیان اینکه داوری در آیه همان تحکیم است، این گونه تعلیل می‌آورد که خداوند بعث آنها را متوجه حکام کرده است، نه متوجه زوجین و وکیل مأذون حکم نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷). برخی دیگر با این تبیین که داوری و حکمیت دعاوی خانوادگی خصوصیت چندان ویژه‌ای ندارد (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۱، ص ۲۱۴)، آن را به دیگر موارد داوری و حکمیت تعمیم داده‌اند و تفکیکی میان ماهیت داوری در حل اختلاف زوجین و دیگر داوری‌ها نکرده‌اند.

شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۴۱۶) برای اثبات این نظر مشهور امامیه در مقابل نظر مخالف متعلق به برخی اهل سنت به چند دلیل استناد می‌کند:

۱. ظهور کلام خداوند متعال در آیه بر تحکیم است؛ چون فرموده «فابعثوا حکماً» و نگفته است «فابعثوا وکیلاً».

۲. خطابات قرآن کریم که حکمی را بیان می‌کنند، هرگاه به صورت مطلق بیان شوند، منصرف به امامان و قضات‌اند؛ مانند آیات «والسارق والسارقة فاقطعوا أیدیهم» (مانده: ۳۸) و «الزانیة والزانی فاجلدوا» (نور: ۲). در آیه مورد بحث نیز خطاب مطلق است و مخاطب آن زوجین نیستند؛ بنابراین حکمین، وکلای زوجین نیستند.

۳. خطاب در آیه مورد بحث، متوجه زوجین نیست؛ چون اگر متوجه زوجین بود، می‌فرمود: «فابعثوا وکیلاً»، در حالی که فرموده است: «فابعثوا حکماً».

۴. در ادامه آیه آمده است: «إن یریداً إصلاحاً یوفی الله بینهما». فاعل فعل «یریداً» در آیه شریفه حکمین‌اند، در حالی که اگر حکمین وکلای زوجین بودند، باید اراده به زوجین اضافه می‌شد.

۵. بنا بر نظر فقهای امامیه، حکم حکمین به جز در افتراق نافذ است و فقط در فرضی که آنان رأی به افتراق بدهند، این رأی در صورتی نافذ خواهد بود که با اذن زوجین باشد، در حالی که اگر آنان وکلای زوجین بودند، در تمامی تصمیمات و نظرات خود باید بر اساس اذن موکلان خود یعنی زوجین عمل می‌کردند.

مطلبی را که شیخ در پایان استدلال خود بیان کرده، نظر مشهور فقهای امامیه است که اگر حکمین رأی را در اصلاح و جمع دیدند، زوجین باید سازش کنند، اما چنانچه حکمین نظرشان تفریق و جدایی زوجین باشد، به دلیل اجماع فرقه و مقتضای اخباری چون «الطلاق بید من أخذ بالساق» رأی ایشان زمانی لازم‌الاجراست که زوجین استیذان به طلاق داده باشند و فقط حکم به جمع نیازی به استیذان ندارد (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۱۶/ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۸)، اما برخی فقهای دیگر معتقدند چنانچه حاکم امر اصلاح و طلاق را به حکمین واگذار کند، ایشان حتی در

طلاق و تفریق هم حکم‌شان قابل اجراست، ولی اگر اختیار مطلق به ایشان داده شده باشد، طلاق و تفریق به استناد رأی آنها جایز نیست، مگر به اذن زوجین (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۱، ص ۲۱۵-۲۱۶).  
 در اینجا لازم است به شبهه‌ای که ممکن است وارد گردد، پاسخ داده شود و آن اینکه ممکن است به سخن فقهایی که قائل‌اند داور دعوای خانوادگی خصوصیتی ندارند و سایر داورها مانند آن‌اند، ایرادی وارد گردد؛ بدین شکل که گفته شود در بحث قاضی تحکیم که فقها در باب قضا مطرح کرده‌اند، قاضی تحکیم یا داور منتخب طرفین است، اما در بحث انتخاب داوران در اختلافات خانوادگی که در کتاب نکاح مطرح شده است، چند نظریه وجود دارد که تنها مطابق یکی از آنها داوران منتخب زوجین‌اند، اما دیدگاه‌های دیگری نیز وجود دارد. برخی گفته‌اند وی توسط زوجین یا دادگاه انتخاب می‌شود. برخی دیگر انتخاب را با فامیل و آشنایان زوجین دانسته‌اند. برخی نیز گفته‌اند داور توسط مؤمنین تعیین می‌شود (فاضل مقداد، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۱۳).

این ایراد مردود است و داوران میان زوجین خواه منتخب حاکم و خواه منتخب زوجین باشند، در هر حال ماهیت تصمیم و رأی‌شان داور و قضاوت تحکیمی است، نه وکالت زوجین.  
 توضیح اینکه مطابق برخی روایات مانند روایت حلبی از امام صادق علیه السلام که صحیح‌السند دانسته شده است (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۵، ص ۷۷۱۷)، معصوم علیه السلام می‌فرماید: اگر داوران اصلاح را اراده کنند، نیازی نیست از زوجین اجازه بگیرند و اگر قصدشان جدایی میان آن دو باشد، زمانی می‌توانند چنین کنند که از زوجین اجازه گرفته باشند.

با استفاده از این روایات می‌توان استدلال کرد آنچه در روایت بیان شده است، با وکالت سازش ندارد؛ زیرا امام فرموده است اگر داوران قصدشان اصلاح باشد، می‌توانند به‌طور مستقل عمل کنند و نیازی به کسب اجازه از زوجین ندارند و اتفاق نظر فقها بر اساس این روایات این است که حکم داوران به اصلاح و جمع، نیاز به استیذان ندارد و فقط در مورد حکم داوران به جدایی مسئله اختلافی است، در حالی که اگر حکمین وکیل زوجین باشند، آنان در هر صورت - اعم از تصمیم به

۱. «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن ابن ابي عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله علیه السلام قال: سألته عن قول الله عز وجل (فابعدوا حکماً من أهله و حکماً من أهلها) قال: ليس للحکمین ان یفرقاً حتی یستأمرأ الرجل والمرأة و یشرطاً علیهما ان شننا جمعنا و ان شننا فرقنا فان جمعاً فجائز و ان فرقاً فجائز» (حرر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۳۴۸).



جمع یا به فراق - باید با اجازه موکلان خود عمل کنند.

ضمن اینکه این ایراد با ظاهر آیه نمی سازد؛ زیرا همان گونه که اشاره شد، اگر انتخاب حکمین با زوجین بود، لازم بود فعل «بعث» در آیه به صورت تثنیه آورده شود؛ یعنی «ابعثاً» گفته می شد، در صورتی که بدین شکل نیامده است. همچنین باید به جای تعبیر به «حکماً من أهله و حکماً من أهلها» که ضمیر غایب دارد، تعبیر به «حکماً من أهلكم و حکماً من أهلکن» تعبیر می کرد؛ چراکه التفات از مخاطب به غایب، خلاف ظاهر و امری غیرعرفی است.

براین اساس این سخن که گفته شود اگر انتخاب داور بر عهده زوجین باشد و مخاطب آیه زوجین باشند، شکی نیست که در این صورت حکمین وکیل زوجین خواهند بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۶)، به نظر بی وجه است؛ زیرا نه مخاطب زوجین اند، نه حتی اگر زوجین باشند، داوران وکیل خواهند بود.

## ۱.۲. تعیین ماهیت قضایی برای داوری بر پایه آیات مربوط به لزوم بی طرفی و رعایت عدالت داور در صدور رأی

آیات و روایاتی که بر لزوم رعایت عدالت و بی طرفی در فصل خصومت دلالت می کنند، با نظریه قراردادی یعنی وکیل طرفین بودن داور یا داوران منافات دارد. تمامی آیات و روایاتی که به لزوم اصدار حکم بر مبنای عدالت و بی طرفی قاضی اشاره کرده اند، نه تنها شامل قاضی منصوب که شامل داور (قاضی تحکیم) نیز می شوند و بر اساس آنها ماهیت قضایی داوری تقویت و ماهیت توکیل، رد می گردد.

در قرآن آیات متعددی وجود دارد که در آنها هرگونه فصل خصومتی مشروط به بی طرفی و عدالت شده است و اختصاصی به قاضی منصوب ندارد و داور را نیز شامل می شود:

و من لم یحکم بما أنزل الله فأولئک هم الکافرون (مانده: ۴۴).

و من لم یحکم بما أنزل الله فأولئک هم الظالمون (مانده: ۴۵).

و من لم یحکم بما أنزل الله فأولئک هم الفاسقون (مانده: ۴۷).

و إذا حکمتم بین الناس أن تحکموا بالعدل (نساء: ۵۸).

مطابق اطلاق این آیات شریفه، رعایت عدالت در هر قضاوتی و صدور رأی به حق و بر اساس موازین الهی ضروری است و صدور حکم باید بر اساس عدل باشد، در غیر این صورت صادرکننده

حکم از کافران یا فاسقان یا ظالمان خواهد بود و جایگاه نهایی اش آتش دوزخ است. برای فهم دقیق منظور از «حکم» در آیه ۵۸ سوره نساء و شمول آن نسبت به قاضی تحکیم و داور باید توجه داشت: اولاً، حکم به شیء به معنای مطلق قضاوت کردن است، چه محکوم علیه ملزم به اجرای حکم بشود یا خیر و «حکم» کسی است که به حکم راندن اختصاص می یابد و این واژه، رساتر و ابلیغ از حاکم است؛ مانند آیه دیگر که خداوند می فرماید: «أَفَعَبَّرَ اللَّهُ أَلْبَتَغَىٰ حَكَمًا» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۲۲) و بیشترین موارد استعمال شایع واژه هایی مانند حکم، حکومت، حاکم و حکام، در بحث قضاوت، قاضی و رفع اختلاف است (همان، ص ۲۲۳)، نه تلاش صرف برای حل اختلاف؛ ثانیاً، فقهای امامیه با تقسیم قاضی به منصوب و تحکیم (حائری، ۱۴۱۵، ص ۲۱) بر وجوب صدور حکم مطابق عدل و حق بر هریک از این دو صادرکننده حکم (حاکم) تأکید کرده اند (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۴۹-۲۵۲) و دلیل آن را تصریح آیات شریفه دانسته اند (اردبیلی، [بی تا]، ص ۶۸۴) و گرچه لزوم رعایت تساوی میان طرفین اختلاف را منوط به مسلمان بودن هر دو دانسته اند و در مواردی که یکی از آنها مسلمان و دیگری کافر است، تساوی در برخورد قاضی را در همه جا لازم ندانسته اند، ولی در صدور حکم حتی اگر یکی از طرفین کافر باشد، رعایت عدالت را به دلیل آیات شریفه لازم و واجب دانسته اند (عراقی، [بی تا]، ص ۷۰/ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۵۱) و برخی بر آن ادعای اجماع کرده اند (روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۲۵، ص ۱۰۰).

براین اساس نباید تصور شود این آیات، قاضی تحکیم و داور را شامل نمی شوند و صرفاً ناظر بر قاضی منصوب اند. استفاده فقها از این آیات در قضاوت تحکیمی و داوری تا جایی است که برخی بر اساس این آیات صراحتاً صدور حکم عادلانه را از جانب قاضی تحکیم کافی برای صلاحیت وی و نفوذ حکمش قرار داده اند و اشتراط اجتهاد را در قاضی تحکیم و داور به دلیل این آیه ضروری ندانسته اند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۲/ ایروانی، [بی تا]، ج ۳، ص ۱۶).

در روایات نیز به لزوم بی طرف بودن قاضی و داور و عدالت داشتن تأکید شده است که برای اختصار به یک روایت اشاره می شود.

ابی بصیر از امام صادق ع روایت کرده است که فرموده اند: «کسی که در دو درهم برخلاف ما آنزل الله حکم صادر کند، به خداوند کافر شده است» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۱). مشابه این روایت شریف - که در باب تحریم حکم به غیر کتاب و سنت کتاب وسائل الشیعه آمده است -

روایات دیگری نیز وجود دارد (همان، صص ۳۱ و ۳۲).

دلالت این روایات نیز بر لزوم اصدار هرگونه حکمی در هرگونه قضاوتی از جمله قضاوت تحکیمی واضح است و نیاز به توضیح اضافی ندارند و هرچند در سند برخی روایات مانند روایت اولی برخی اشکال کرده‌اند و سند روایت را ضعیف دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۲۳)، ولی باتوجه به اینکه مضمون این روایات اشاره به همان حکمی است که در آیات مرتبط گفته شده و نیز باتوجه به تواتر این روایات، اشکالی در پذیرش مفاد آنها دیده نمی‌شود.

### ۱.۳. نقد نظریه اتخاذ ماهیت قراردادی برای داوری

قاتلان به نظریه قراردادی بودن داوری و وکیل دانستن داور، دلایلی مطرح کرده‌اند؛ از جمله:

الف) در ازدواج میان زوج و زوجه، بضع حق زوج و مال، حق زوجه است و زوجین هردو بالغ و رشیدند و هیچ‌کس بر آن دو ولایت ندارد؛ بنابراین فقط کسانی می‌توانند در مورد روابط میان‌شان مداخله کنند و تصمیم بگیرند که ازسوی آنها اجازه داشته باشند، وگرنه اصل عدم ولایت بر شخص بالغ و رشید نقض می‌شود.

ب) چون در قاضی - اعم از منصوب و منتخب - اجتهاد شرط است و در داوری اجتهاد شرط نیست؛ پس داوران قاضی نیستند و وکیل محسوب می‌شوند (ر.ک: روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲، ص ۲۵۹/ علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۹۶).

در پاسخ به دلیل اول، فقها از قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» کمک گرفته‌اند و گفته‌اند (ر.ک: روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲، ص ۲۵۹/ علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۹۶) اگرچه زوجین هردو بالغ و رشیدند و کسی بر آنان ولایت ندارد، ولی اگر بر شقاق اصرار داشته باشند، پس ممتنع از انجام وظیفه شرعی محسوب می‌شوند و چون حاکم بر ممتنع ولایت دارد، می‌تواند آنها را مجبور نماید تمکین کنند. در اینجا نیز حاکم پس از انتخاب حکم و داور، زوجین را به پذیرش حکم داور مجبور می‌کند و این موضوع مخصوص اختلاف زوجین نیست و در هر جا شخص رشید و بالغی از ادای حقوق امتناع کند، حاکم بر او ولایت دارد و این ولایت را اعمال می‌نماید. دلیل دوم نیز با دو پاسخ روبه‌رو شده است: اولاً، حاکم درحقیقت کسی است که داوران را برمی‌گزیند و داوران به منزله وکیلان او هستند؛ ثانیاً، در امور جزئی و معین، اجتهاد و فقاها شرط نیست و این امور را می‌توان به فرد

غیر مجتهد یعنی به یکی از آحاد مردم سپرد.

با این توضیحات به نظر می‌رسد ماهیت اصلی داوری، همان قضاوت تحکیمی است و به همین دلیل مشهور حقوقدانان آشنا با فقه اسلامی (کشاوری، ۱۳۷۴، ص ۲۰-۲۱/ جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۹) و بسیاری از فقهای معاصر آشنا با حقوق (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۳۳) به یکسانی و همانندی نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه با نهاد «داوری» در حقوق قائل شده‌اند. باید توجه داشت گرچه منشأ ابتدایی نهاد داوری، قرارداد و توافق طرفین است که در کلام فقها با عباراتی مانند «لو تراضی الخصمان بحکم بعض الرعیة فحکم بینهما جاز عندنا» (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶) یا «لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیة فترافعا إلیه...» (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۰) مورد اشاره قرار گرفته، ولی ماهیت اصلی آن قضایی است که عبارات فقهی مانند «... فحکم، لزوما حکمه و لایشترط رضاهما» (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۰) اشاره به این ماهیت و قضایی بودن رأی داور دارد.

## ۲. آیات قرآنی دالّ بر عدم مشروعیت و جواز داوری

برخی فقهای امامیه و اهل سنت به عدم مشروعیت داوری یا قضاوت تحکیمی قائل‌اند. علامه حلّی در تحریر الأحکام به عدم لزوم حکم قاضی تحکیم قائل شده است (علامه حلّی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۱۳). البته ایشان در کتاب‌های پس از این، از نظر خود عدول کرده و آن را مشروع دانسته است (همو، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۳۸).

از فقهای معاصر آیت‌الله فاضل لنکرانی در پاسخ به استفتایی در مورد صلاحیت زنان برای قضاوت تحکیمی، اصل قاضی تحکیم را مورد قبول ندانسته است، چه رسد به اینکه جزئیات آن پذیرفته شود (نرم‌افزار گنجینه آرای فقهی قضایی، کد سؤال: ۵۲۸۸). استاد نجفی قائینی قائل است که التزام به مشروعیت قاضی تحکیم، بسیار مشکل است (ر.ک: نجفی قائینی، ۱۳۹۸). نظریه عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی یا داوری، یکی از اقوال شافعیه نیز می‌باشد و اگرچه غالب فقهای شافعی به مشروعیت تحکیم قائل‌اند، ولی عدم مشروعیت نیز در این مذهب قائل دارد (دوری، ۲۰۰۲، صص ۱۱۴ و ۱۱۵). همچنین برخی از حنفیه و مالکیه، تحکیم را غیر جایز دانسته‌اند و از آن منع کرده‌اند (شاهرودی، ۱۴۳۴، ج ۴، ص ۴۸۰).

روشن است استدلال بر عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی بر اساس آیات اگر تمام باشد، ادله‌ای مانند سیره و بنای عقلا که توسط برخی فقها برای اثبات جواز و مشروعیت قضاوت تحکیمی مطرح گردیده‌اند، حتی اگر هم تمام باشند، کنار زده می‌شوند؛ چون این آیات ردع آنها محسوب می‌شوند و نیز اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی به استناد ادله و جوب وفای به شرط نیز که توسط برخی فقها برای اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی مطرح شده است، دیگر ممکن نخواهد بود؛ چون استدلال به ادله و جوب وفای به شرط، حتی اگر تمام باشد، در اینجا شرط مخالف کتاب محسوب می‌شود.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر با اثبات دلالت برخی آیات بر عدم مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی، نه تنها سیره عقلا و ادله و جوب وفای به شرط، بلکه تمامی ادله مطروحه برای اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی قاصر می‌گردند و این آیات بر اطلاق دیگر آیات و روایات - همچون روایت عمر بن حنظله یا معتبره ابی خدیجه - که برای جواز قضاوت تحکیمی بدانها تمسک شده است، مقدم خواهد بود و همه آنها را مقید خواهد ساخت.

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

## ۲-۱. آیه ردّ منازعات و اختلافات به خدا و رسول ﷺ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَ أَحْسَنُ تَأْوِيلًا: 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 نیک‌فرجام‌تر است (نساء: ۵۹).

۱. توضیح اینکه برخی بر مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری به سیره عقلا در میان مسلمانان و جهان استدلال کرده‌اند (ر.ک: حائری، ۱۴۱۵، ص ۱۶۱). چنانچه شهید ثانی اشاره کرده است: «و قد وقع فی زمن الصحابة و لم ینکر أحد منهم ذلك» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۲). همچنین برخی فقها برای مشروعیت قضاوت تحکیمی ادله وفای به شرط را مورد بحث قرار داده‌اند (ر.ک: فضل‌الله، ۱۴۲۵، ص ۱۷۵/حائری، ۱۴۱۵، ص 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 نیز فرض این است که طرفین بر رجوع به داور توافق کرده‌اند و متعهد و ملتزم شده‌اند که در صورت اختلاف، به وی مراجعه کنند و پس از صدور رأی، حکم و نظر داور را بپذیرند.

به‌رغم ذکر اولی الامر در قسمت اول آیه شریفه در تعیین محل ارجاع منازعات و اختلافات «اولی الامر» تکرار نشده است که این عدم تکرار به دو شکل توسط فقها توجیه شده است: توجیه اول اینکه عدم ذکر «اولی الامر» در کنار خدا و رسول ﷺ برای ارجاع منازعات و مرافعات احتمالاً به معنای تمسک به حکم خدا و رسول است که در مقام تشریح اند؛ چون اولی الامر 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، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۲۸). امامان فقط مجری احکام اند؛ نه قانونی وضع می‌کنند و نه نسخ می‌کنند؛ بنابراین در احادیث اهل بیت ﷺ می‌خوانیم که اگر از ما سخنی بر خلاف کتاب الله و سخن پیامبر ﷺ نقل کردند، هرگز نپذیرید (خلخالی، ۱۴۲۵، ص ۲۸۷).

توجیه دوم اینکه بدین جهت اولی الامر را تکرار نکرده که آنان از فروع و شاخه‌های پیامبر اکرم ﷺ می‌باشند (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۲۸). در واقع دو اطاعت در آیه ذکر شده است؛ یکی اطاعت از خدا که با یک «أطیعوا» همراه شده و دیگری اطاعت از رسول و اولی الامر که هر دو را با یک «أطیعوا» ذکر کرده است؛ یعنی اطاعت خدا که ارشادی است، یک اطاعت و اطاعت رسول و اولی الامر با هم یک اطاعت است که مولوی محسوب می‌شود؛ بنابراین عدم تکرار اولی الامر در قسمت دوم به دلیل وحدت اطاعت از آنها با اطاعت از رسول بوده و اطاعت جداگانه‌ای نیست؛ بنابراین برخی به درستی این آیه را دلیل بر لزوم عصمت اولی الامر دانسته‌اند (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۳۱).

در هر صورت و بر پایه هر یک از دو توجیه، برای اثبات دلالت آیه بر عدم مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی، این‌گونه استدلال شده است که مقصود از رد منازعات و اختلافات به خدا و رسول ﷺ و اولی الامر در آیه شریفه این است که تحکیم و داوری به رسول ﷺ و اولی الامر ﷺ واگذار شود، ولو به صورت باواسطه یعنی به کسانی که شبیه معصومان ﷺ باشند و از جانب رسول ﷺ یا اولی الامر 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، ولی مشابهت با معصومان ﷺ و نصب از جانب آنها را ندارد، تحکیمش مشروعیت ندارد (ر.ک: حائری، ۱۴۱۵، ص ۱۶۵).

این استدلال قابل قبول نیست و توجیهاتی که برای عدم ذکر «أولی الأمر» ذکر شده است؛ اولاً، مسلّم و ثانیاً، منحصر به همین دو توجیه نیست و ممکن است به قرینه عبارت «فردّوه إلى الله والرّسول» و عدم ذکر «أولی الأمر»، این آیه شریفه اصلاً در مقام بیان بحث قضاوت نباشد، بلکه در مقام بیان مباحث عقیدتی و دینی و مفاهیم اسلامی عمومی است، نه موضوعات خارجی که در قضاوت مطرح می‌شود، درحالی‌که اگر مقصود موضوعات بود، لازم بود «أولی الأمر» نیز ذکر می‌شدند؛ بنابراین در آیه شریفه اجمال وجود دارد و استدلال به آن برای اثبات عدم مشروعیت ناتمام است.

حتی اگر مطابق برخی توجیهات ذکر شده، برای عدم تکرار «أولی الأمر» در قسمت دوم آیه بگوییم اطاعت از «أولی الأمر» همان اطاعت از رسول ﷺ است، پس خداوند متعال در این آیه بر مسلمانان واجب فرموده است که در مقابل کسانی که می‌خواهند محاکمات خود را به نزد طاغوت ببرند - که در آیه بعد اشاره شده است - آنان منازعات و مرافعات خود را به خدا، رسول و «أولی الأمر» بازگردانند. اکنون اگر از دیگر آیات بتوان مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی را اثبات کرد، 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 «أولی الأمر» تلقی نمی‌گردد و نه تنها منافاتی با اطاعت از آنان نخواهد داشت، بلکه اطاعت نیز محسوب می‌گردد.

براین اساس نمی‌توان این آیه شریفه را ردع بر سیره عقلا در پذیرش داوری 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، درحالی‌که مردم متدین در این نصوص شرعی، چیزی را که بازدارنده و رادع رفتارشان باشد، ندیده‌اند (فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۸۰). ضمن اینکه در مورد تسری بسیاری از شرایط معتبر در قاضی منصوب به قاضی تحکیم اختلاف نظر وجود دارد و برخی فقها شرایطی مانند اجتهاد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۲) یا مرد بودن در همه موارد (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۲۷) را برای قاضی تحکیم ضروری ندانسته‌اند، درحالی‌که اگر دلالت این آیه بر ضرورت نصب هر قاضی و داور از جانب رسول و «أولی الأمر» روشن 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 این آیه نه تنها برای مردم متدین عادی که برای فقها نیز رادع تلقی نشده است. همچنین نمی توان این آیه شریفه را دلیلی بر عدم جواز عمل نمودن به شرط در جایی که طرفین اختلاف از ابتدا با یکدیگر شرط نموده اند و متعهد شده اند که اختلاف خود را به نزد داور ببرند، تلقی نمود و این آیه چنین دلالتی ندارد.<sup>۱</sup>

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

فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً: به پروردگارت قسم که ایمان نمی آورند، مگر آنکه تو را در مورد آنچه میان آنان مایه اختلاف است، داور گردانند. سپس از حکمی که کرده ای در دل های شان احساس ناراحتی [و تردید] نکنند و کاملاً سر تسلیم فرود آورند (نساء: ۶۵).

مخاطب آیه شریفه، پیامبر اسلام ﷺ است 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 نخلستان های خود که در کنار یکدیگر قرار داشتند، اختلاف کرد و برای حل آن نزد پیامبر ﷺ رفتند و حضرت فرمود: نخست زبیر آبیاری کند که باغش بالاتر قرار دارد و سپس مرد انصاری که باغش پایین تر است. مسلمان انصاری از داوری عادلانه پیامبر ﷺ ناراحت شد و گفت: آیا این قضا برای آن بود که زبیر، عمه زاده توست؟! پیامبر ﷺ از این سخن بسیار ناراحت شد و در این هنگام آیه یادشده فرود آمد و به مسلمانان هشدار داد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۴۵۳).

به دو شکل بر این آیه بر عدم مشروعیت و جواز داوری (قضاوت تحکیمی) می تواند استدلال شود: 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 می کند، چون رجوع

۱. هر چند از ادله وجوب وفای به شرط نیز نمی توان مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی را اثبات کرد و همان گونه که گفته شده است (ر.ک: نجفی قائینی، درس خارج فقه، ۱۳۹۸/۱۰/۱)، حداکثر چیزی که از ادله وجوب وفای به شرط برداشت می شود، مشروعیت تکلیفی است که دو نفری که تعهد به مراجعه به داور در صورت بروز اختلاف نموده اند، تکلیفاً بر آنها واجب است اختلاف خود را نزد داور مطرح کنند، اما آنچه در این بحث مد نظر ماست، مشروعیت وضعی است، نه مشروعیت تکلیفی.



به رسول و درخواست تحکیم از رسول ﷺ در واقع رجوع به رسالت و تحکیم سنت است (ر.ک: حائری، ۱۴۱۵، ص 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 قبلی - که بر عدم مشروعیت مورد استناد بود - تأکید بر این است که خداوند اراده کرده است مسلمانان طاعت خدا و رسول و اولی الامر را به عنوان قاعده‌ای ثابت ﷺ 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 و آیات و روایاتی که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی یا همان داوری وجود دارد، این آیه شریفه را تقیید می‌زند.

**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 بوده و شأن نزول آیه نیز مؤید اختصاص آن بر قضاوت است و آیه شریفه در مورد قضاوت پیامبر اکرم ﷺ در اختلاف واقع شده میان زبیر و مرد انصاری نازل شده است؛ بدین ترتیب شامل غیر مورد قضاوت اصطلاحی از جمله داوری و قضاوت تحکیمی نمی‌شود.

این اشکال قابع رفع است؛ اولاً، تفاوتی میان قضاوت و داوری پیامبر ﷺ و سایر اهل بیت ﷺ وجود ندارد و قضاوت نصبی و انتخابی برای معصومان ﷺ بی‌معناست و نصب عام و خاص برای غیر خودشان توسط خود ایشان صورت می‌گیرد. ثانیاً، از ظهور آیه بر اختصاص آن بر قضاوت اصطلاحی می‌توان دست کشید؛ زیرا موصول آیه شامل هرگونه اختلافی میان مسلمانان از جمله اختلافات و جنگ‌های میان اقوام مسلمان نیز می‌شود؛ همان‌گونه که خداوند در آیه دیگر فرموده است: «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا» (حجرات: ۹)؛ بنابراین آیه شریفه نص بر ولایت نبی ﷺ در جمیع اختلافات داخلی عمومی و شخصی دارد و مورد آیه گرچه در مورد قضاوت اصطلاحی است، ولی مورد مخصص نیست (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۷۰)؛ پس شامل قضاوت تحکیمی نیز می‌گردد. اتفاقاً مطابق شأن نزول مذکور در تفاسیر، طرفین اختلاف هردو نفر خودشان پیامبر ﷺ را برگزیدند و این‌گونه نبود که یک نفر به نزد پیامبر ﷺ به‌عنوان قاضی شکایت ببرد و پیامبر ﷺ دیگری را به محکمه فرا بخواند، بلکه طرفین بر فصل خصومت ایشان اتفاق نظر کردند و این شیوه فصل خصومت، با قضاوت تحکیمی سازگارتر است تا با قضاوت اصطلاحی.

### ۳. 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، ج ۱۰، ص ۲ و ۸ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۳۸) و عامه است (وزارت الأوقاف والشئون الإسلامية؛ ۱۴۲۵، ج ۱۰، ص ۲۳۶ / شاهرودی، ۱۴۳۴، ج ۴، ص ۴۸۰).  
قائلان به این دیدگاه نیز به برخی آیات شریف قرآن متمسک شده‌اند که در ادامه با ابتنای بر نظریات فقهای امامیه، این آیات را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

#### ۳-۱. آیات دال بر وجوب اصدار حکم بر اساس کتاب خدا و لزوم اقامه قسط و عدل

در این باره به آیات ذیل می‌توان اشاره کرد: «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) و «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده: ۴۷).

عموم و اطلاق این آیات مورد تمسک بر مشروعیت قضاوت تحکیمی قرار گرفته است؛ بدین بیان که هنگامی که اصحاب دعوا از شخص ثالث تقاضای داوری و حکمیت کنند و او بپذیرد و میان طرفین دعوا به حق و عدل داوری کند، داوری او نافذ خواهد بود؛ زیرا در این آیات خداوند از حکمیت و قضاوت برخلاف عدل نهی کرده است؛ پس هر اصدار حکمی که مطابق عدالت و حق باشد، صحیح است، اگرچه آن شخصی که حکم صادر می‌کند، قاضی منصوب نباشد.

فقهایی همچون فاضل هندی (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶) و آیت‌الله خویی با توسل به آیه ۵۸ سوره نساء و آیات مشابه، قائل‌اند که اطلاق این آیات بر جواز حکم از جانب هریک از آحاد مردم بر اساس عدالت دلالت دارد، بی‌آنکه شرطی از شرایط قاضی منصوب و اجتهادداشتن در آیات مد نظر باشد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۲) و برخی فقهای اهل سنت نیز به همین شکل تحکیم را نوعی قضاوت دانسته‌اند که اساسش احقاق حق و ردّ حق به صاحب حق و ابطال باطل است (دوری، ۲۰۰۲، ص ۹۱).

به امکان اخذ مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری از این آیات خدشه شده است؛ بدین بیان که این آیات نسبت به اینکه چه کسانی حق حکم‌دادن دارند و چه شرایطی باید داشته باشند، ساکت است و این آیات درصدد بیان شرایط قاضی و داور نیستند، بلکه بیانگر این‌اند که واجب است

حکم قاضی بر اساس عدل و مطابق شریعت الهی باشد (عراقی، [بی تا]، ص ۱۲/ حائری، ۱۴۱۵، ص ۱۶۲/ اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۱۴). در نقد کلام آیت الله خویی گفته شده است بنای عقلایی در همه اجتماعات این است که ضوابط معینی را برای قاضی و داور قرار می دهند، چه این شخص قاضی و سلطنتش بر اساس قانون باشد و چه فردی بوده که طرفین تنازع به داوری اش رضایت داده باشد؛ بنابراین گرچه اهلیت نزد عقلا در مورد داوری که طرفین خود او را انتخاب می کنند، با اهلیتی که قاضی منصوب باید داشته باشد، متفاوت است، ولی به هر حال اگر طرفین تنازع به شخصی که صلاحیت قضاوت یا اهلیت حداقلی برای داوری را نداشته باشد، مراجعه کنند، مراجعه آنها از نظر عقلای اجتماع، محل اشکال است (ر.ک: فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۶۹/ خلخالی، ۱۴۲۲، ص ۴۴۲).

صاحب جواهر پس از نقل استدلال صاحب کشف اللثام که بر مشروعیت قاضی تحکیم به این آیات اشاره کرده است، می گوید: «این عمومات مقید به اذن امام علیه السلام شده است؛ زیرا حکومت و قضاوت از آن اوست» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰، ص ۲۶) و برخی قرآن پژوهان معاصر نیز تخصیص و تقیید این عمومات را با آنچه دلالت بر اذن برای قضاوت می نماید، برای اجتناب از وقوع هرج و مرج در جامعه، اجماعی دانسته اند (معرفت، [بی تا]، ص ۲۶۱). اجماع مذکور هر چند معتبر و ثابت نیست، ولی تقیید این عمومات توسط غالب فقها قابل پذیرش است.

براین اساس اولاً، این آیات، اطلاقی از لحاظ حاکم به معنای صادرکننده حکم ندارند؛ ثانیاً، همان گونه که گفته شد (ر.ک: فضل الله، ۱۴۲۵، ص ۱۶۹/ خلخالی، ۱۴۲۲، ص ۴۴۲)، حتی اگر به اطلاق این آیات شریفه قائل شویم، باز هم به نظر می رسد باید از اطلاق آیات چشم پوشید و آنها را با روایات شریف و ادله دیگری که صفاتی را مانند عدالت، اسلام، ایمان و .. برای قاضی منصوب و قاضی تحکیم (داور) شرط می دانند، مقید نمود.

### ۳-۲. آیاتی دال بر وجوب امر به معروف و نهی از منکر

در این خصوص به آیات ذیل می توان اشاره کرد: «یا بُنَیْ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَ أْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَ أَنْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَ اصْبِرْ عَلَیْ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَلِکَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ» (لقمان: ۱۷) و «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ یَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ یَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَ أُولَئِکَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (آل عمران: ۱۰۴).

«معروف» اسم جامع برای هر چیزی است که به عنوان 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، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۲۱۶). برخی نیز معروف را به چیزی معنا کرده‌اند که در نظر عقل سلیم و افراد سلیم‌النفس، مورد پذیرش و قبول قرار گیرد (رشیدرضا، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۷). بی‌شک قهر، نزاع و ناسازگاری میان انسان‌ها امری ناپسند و منکر و اصلاح و حل یا رفع اختلاف، امری معروف به‌شمار می‌رود که قرآن بدان امر کرده 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 فقهایی که به این آیات برای مشروعیت قضاوت تحکیمی متمسک شده‌اند، می‌توان از صاحب کشف‌اللاثام و صاحب مفتاح‌الکرامه نام برد (فاضل‌هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۱۶ حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۲).

این‌گونه استدلال شده است که داور و حکم به صاحب حق کمک می‌کند حقش را بازستاند و این امر به معروف است و با این کار چون طرف مقابل را - که حق با او نیست - متنبه و متوجه بطلان خواسته‌اش می‌کند، درواقع نهی از منکر می‌کند (دوری، ۲۰۰۲، ص ۹۱).

بر استدلال به این دسته از آیات نیز به‌درستی اشکال شده است (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۲۳، ص ۱۱۴) 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 می‌باشد. همچنین حتی اگر عمومیت این آیات پذیرفته شود، مخصوص قضاوت منصوب خواهد بود.

### ۳-۳. آیه مربوط به نشوز زوجین

آیه دیگری که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی مورد استناد قرار گرفته، آیه معروف نشوز است. آیه ۳۵ سوره نساء می‌فرماید:

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ بَرِدَا إِصْلَاحًا يَوْفَقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا؛ 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 و میان زن و مرد صلح و سازش ایجاد نماید و اختلاف را برطرف سازد. برخی مفسران، مرجع ضمیر «یریداً» و «بینهما» در آیه شریفه را زوجین دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۳۴۶). برخی دیگر ضمیر را در هردو به حاکم یا حاکمیتی که زوجین برای حل اختلاف‌شان به آن مراجعه می‌کنند، برگردانده‌اند (قمی مشهدی، ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۳۹۸). البته ممکن است مرجع حکمین باشند یا در «یریداً» حکمین و در «بینهما» زوجین باشند (ر.ک: طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۷۰).

از فقهای امامیه شیخ محمدحسین آل کاشف‌الغطاء این آیه را دلیل بر تحکیم گرفته است (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۲، ص ۴۴-۴۵). موسوی اردبیلی دلالت آیه بر داوری و تحکیم را نه تنها در دعای خانوادگی، بلکه به صورت کلی می‌پذیرد و معتقد است در این آیه شریفه، شارع طریق متعارف نزد عقلا را رد نمی‌کند، بلکه نظر شارع، تأیید این شیوه متعارف میان عقلاست (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۱۶). برخی فقهای اهل تسنن نیز این آیه را بر مشروعیت تحکیم مورد تمسک قرار داده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۷۵۶)؛ از جمله قرطبی می‌گوید: این آیه دلیلی بر اثبات تحکیم است (قرطبی، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۱۷۹). از فقهای معاصر امامیه، آیت‌الله سبحانی نیز قائل است آیه شریفه اشاره به قاضی تحکیم دارد و در اختلافات خانوادگی لزومی ندارد هردو طرف مجتهد باشند و همین مقدار که طرفین حلال و حرام را بشناسند و احکام خانواده را بدانند، در قاضی تحکیم شدن‌شان کافی است (ر.ک: سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶).

در مقابل بر اثبات تحکیم با استفاده از این آیه هم از جانب برخی فقهای امامیه (اردبیلی، ۱۴۲۳، ص ۱۱۵) و هم از جانب برخی فقهای اهل سنت مناقشه شده است (ابن‌نجیم، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۲۵).

بر استدلال به این آیه برای اثبات مشروعیت داوری ایراداتی وارد شده است:

ایراد نخست، اینکه امر آیه در خطاب «فابعثوا» مولوی نباشد و صرفاً ارشادی باشد. وجه ارشادی بودن این‌گونه ذکر شده است که بعضی گفته‌اند از آنجاکه این مسئله از امور دنیوی است، پس ظهور در ارشادیت می‌یابد (ر.ک: فاضل هندی، ج ۷، ص ۵۲۱ / موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۴۳۰)؛ مانند اوامر طیب که عمل نکردن به دستورات او مخالفت با او نیست.

باید توجه داشت وجهی که برای ارشادی بودن ذکر شده است، صحیح نیست و مسئله بعث

حکمین با امور دنیوی محض تفاوت دارد؛ چراکه در اینجا مقام حاکم است و احقاق حق و رفع تخاصم و شقاق از وظایف حاکم است. در چنین مقامی، امر ظهور در مولویت دارد (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۵، ص ۷۷۳۴)؛ زیرا در اینجا نیز - مانند سایر موارد حل اختلاف و رفع تخاصم میان مردم - مسئله به تنظیم روابط اجتماعی مردم و مرتبط با نظم عمومی مربوط است و مخالفت با آن حاکمیت حاکم را تضعیف می‌کند و مانع حکمرانی کامل وی در تنظیم و تنسيق امور جامعه می‌گردد.

باید توجه داشت، اینکه یک امر یا نهی ارشاد به یک مصلحت یا مفسده دنیوی باشد؛ مثل «و لاتلقوا بأیدیکم إلی التهلکة» مانع از مولوی بودن آن امر و نهی نمی‌شود و دلیل بر این نمی‌شود که شارع در صدد انجام آن مأمور به و ترک آن منهی عنه نیست و به همین دلیل وجهی برای حمل اینها بر عدم مولویت وجود ندارد و امر به بعث نیز از اوامر مولویه خواهد بود (همان).

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

وجه نخست، اینکه ظاهر امر در آیه حقیقت در وجوب است (محدث بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۶۳۵-۶۳۶ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۶). این وجه قابل مناقشه است؛ زیرا لفظ امر برای مطلق بعث به شیء وضع شده است و تعیین حدّ بعث (وجوب یا ندب) در موضوع له امر نیست، بلکه این حکم عقل است که اگر امری از سوی آمر واجب الإطاعه صادر شود تا ترخیصی از ناحیه آمر نباشد، وظیفه مأمور امثال امر است؛ بنابراین وجوب و لزوم از احکام عقلیه است و از مدالیل لفظیه امر نیست؛ به همین دلیل این وجه فقط با مساعدت عدم ورود ترخیص از ناحیه شارع قابل پذیرش است.

وجه دوم اینکه ظاهر از حال شقاق و نزاع زوجین وقوع هردو یا یکی از آنها در حرام است و تخلیص آنها از این حرام با انتخاب داور برای فیصله‌دادن به موضوع واجب است (محدث بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۶۳۵-۶۳۶). 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 بیافتند.

وجه سوم اینکه حاکم می‌تواند پس از تحکیم، متخلف از رأی داور را مجبور به قبول نماید و در صورت استتکاف، مجازات کند و این امر با ندب و استحباب سازگار نیست؛ چون اگر بعث و انتخاب داور مستحب باشد، چنین تکلیف و عقوبتی بی وجه می‌گردد (همان). به نظر می‌رسد این وجه قابل پذیرش است و می‌توان بدان اعتماد کرد.

ایراد دوم اینکه پایه و شالوده داوری توافق طرفین است، در حالی که مرجع ضمیر در «وَ إِنْ خِفْتُمْ...» و «فابعثوا» زوجین نیستند تا انتخاب از جانب طرفین اختلاف باشد (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۱۶).

این ایراد قابل دفع است. خطاب آیه در «فابعثوا» یا همان گونه که برخی مفسران گفته‌اند، زوجین‌اند که در این صورت انتخاب داور یا داوران از جانب طرفین اختلاف خواهد بود و توافق اولیه برای داوری حاصل است یا خطاب به حاکم (یا حاکمیت) است و بعث در خطاب «فابعثوا» به غیر زوجین بوده که در این صورت هر شخصی که بخواهد داور و حکم 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؛ در این صورت نیز توافق اولیه طرفین اختلاف برای ارجاع اختلاف به داوری فراهم شده است (همان).

ایراد سوم اینکه برخلاف تحکیم در اینجا حکم حکم 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؛ زیرا میان حکمیت میان زوجین و قضاوت تحکیم ارتباطی وجود ندارد (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۱، ص 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 دفع است؛ زیرا مطابق برخی روایات اهل بیت علیهم‌السلام قائل به تعمیم آیه و عدم اختصاص به تحکیم میان زوجین بوده‌اند؛ از جمله امام باقر علیه‌السلام در پاسخ اعتراضی که به پذیرش حکمیت در صفین برای حضرت علی علیه‌السلام بود این آیه را تلاوت فرمودند (طبرسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳۲۴).

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

ایراد چهارم اینکه آیه در مقام بیان ترفع و رجوع به قاضی یا داور نیست، بلکه غرض از آیه

شریفه اصلاح و رفع شقاق میان زوجین است (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۱۶).

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 دعوا و ترافع میان زوجین نمی‌شود، دلالت نمی‌کند که آیه شریفه امر دیگری غیر از رجوع به داور و حکم را مد نظر داشته است (همان).

برداشت فقها از آیه شریفه نیز حل ترافع و صدور حکم بوده و گرچه در صلاحیت حکمین برای صدور حکم به تفریق میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، اما در غیر طلاق و جدایی همه فقها قائل شده‌اند که حکم می‌تواند بدون استیذان زوجین ناسازگار حکم صادر کند؛ یعنی برداشت‌شان از آیه صرف صلح و سازش نبوده و به صدور حکم اشاره کرده‌اند.

جناب شریف رضی معتقد است اینکه خداوند فرموده است: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» و از واژه «حکما» به جای «حاکما» استفاده شده، به دلیل نقصان تصرف حکم نسبت به حاکم است؛ زیرا حکم میان زوجین تنها در صورتی می‌تواند حکم به طلاق دهد که طرفین به او اختیار این امر را داده باشند و حکم برخلاف حاکم قدرت اجرای حکم و الزام طرفین به آن را ندارد (شریف رضی، ۱۴۰۶، ص ۳۲۲).

همچنین اشاره شد که استعمال شایع از واژه‌هایی مانند حکم، حکومت، حاکم و حکام در صدور حکم و قضاوت و قاضی است، نه در بحث صلح و سازش (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۲۳). البته باید توجه داشت در بحث داوری انتخاب داور توسط طرفین اختلاف از ابتدا صورت می‌گیرد و انتخاب داور توسط دیگران برای زوجین ناسازگار بر اساس امر آیه شریفه «فابعثوا» اگر همیشه مبتنی بر رضایت قبلی زوجین باشد، قابل پذیرش است و می‌توان آن را نوعی وکالت از جانب زوجین به کسانی که داور را نصب می‌کنند، دانست، اما انتخاب داور توسط دیگران و رضایت آتی و بعدی زوجین با چنین انتخابی شبیه داوری فضولی است و برخلاف رویه غالب قراردادهای حاوی داوری چه در داوری‌های داخلی و چه در داوری‌های بین‌المللی می‌باشد.

تبلور این آیه شریفه در مورد اختلافات خانوادگی 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 باتوجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل ردّ 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 برای 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.

### ۳-۴. آیه تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر ﷺ و تسلیم در مقابل رأی ایشان

فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمُوا لَكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (نساء: ۶۵).

به شأن نزول این آیه شریفه در قسمت پیشین مقاله اشاره شد و گرچه همان‌گونه که گذشت، برخی فقها این آیه شریفه را دلیلی بر عدم مشروعیت داوری دانسته‌اند، ولی در مقابل برخی فقهای معاصر معتقدند از این آیه نیز می‌توان مشروعیت قضاوت تحکیمی را برداشت کرد؛ با این توضیح که یک طرف این اختلاف مسلمان و طرف دیگر یهودی است، مسلماً یهودی پیغمبر اکرم ﷺ را به‌عنوان قاضی منصوب از سوی خدا نمی‌شناسد، معلوم می‌شود که مقصود از این قاضی، قاضی تحکیم است و به‌همین دلیل مرد مسلمان می‌گفت سراغ کعب بن اشرف برویم. یهودی می‌گفت سراغ پیغمبر شما برویم و این آیه باتوجه به شأن نزولش مربوط به قاضی تحکیم است. البته هیچ منافات ندارد که پیغمبر اکرم ﷺ در عین حالی که قاضی تحکیم است، قاضی رسمی و منصوب من الله تعالی نیز باشد (ر.ک: سبحانی، ۱۳۹۶). برخی از اهل تسنن نیز این آیه را برای مشروعیت تحکیم مطرح کرده‌اند (ر.ک: نضال جبرالبُلوی، ۲۰۱۲، ص ۴۳/سمیره، ۲۰۱۳، ص ۵۰).

اگر مشروعیت داوری بر اساس این آیه شریفه پذیرفته شود، آنگاه اختصاص این آیه - برخلاف آیه مربوط به نشوز زوجین - به صدور حکم و نه بر امر اصلاح میان طرفین و ایجاد صلح و سازش واضح است و مطابق آیه شریفه همان‌گونه که قضاوت و داوری به حق بر حکم‌کننده واجب است، بر محکوم علیه نیز قبول و اقرار به آن حق واجب است. در صدر آیه اشاره به این نکته دارد که اگر پیامبر ﷺ، خدا را به‌عنوان حکم و داور در بین خود برگزینند و در ظاهر و باطن و به‌طور کامل

تسلیم او نباشند، اصلاً ایمان نیاورده و مؤمن نیستند (فاضل مقداد، ج ۲، ص ۸۹۹).  
 اما به نظر می‌رسد این آیه شریفه دلالتی بر مشروعیت داوری ندارد و شاید بتوان گفت این آیه اشاره به  
 تحکیم مصطلح و به معنای متعارف ندارد؛ چون در انتهای آیه شریفه به شأن قضایی پیامبر ﷺ و عدم  
 امکان مخالفت با قضاوت وی تأکید دارد و می‌فرماید: «لَمْ يَلْبُدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرْجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَ يَسْلُمُوا  
 تَسْلِيمًا» و این اشاره به شأن قضایی نبی اکرم ﷺ در انتهای آیه باعث اجمال می‌گردد.

## نتیجه

برای استخراج حکم شرعی داوری لازم است مشروعیت و ماهیت این نهاد فقهی و حقوقی در  
 هریک از ادله فقهی مورد بررسی قرار گیرد و مهم‌ترین یا از مهم‌ترین ادله فقهی آیات شریفه قرآن  
 است. باتوجه به بررسی به عمل آمده است:

۱. بر اساس آیه ۳۵ سوره نساء درباره داوری میان زوجین ناسازگار - که فقها بر اساس قیاس  
 اولویت و بر مبنای سیره عقلا آن را به داوری در دیگر اختلافات و دعاوی تعمیم داده‌اند - داوران میان  
 زوجین خواه منتخب حاکم و خواه منتخب زوجین باشند، در هر حال ماهیت تصمیم و رأی‌شان  
 قضاوت تحکیمی می‌باشد، نه وکالت زوجین؛ زیرا اگر ماهیت داوری حکمین توکیل بود،  
 در هر صورت - اعم از تصمیم به جمع یا تصمیم به جدایی - نیازمند استیذان از زوجین بود، حال آنکه  
 اتفاق نظر فقها باتوجه به آیه و برخی روایات صحیح‌السند این است که حکم داوران به اصلاح و جمع  
 نیاز به استیذان ندارد. ضمن اینکه آیات و روایاتی که بر لزوم رعایت عدالت و بی‌طرفی در فصل  
 خصومت دلالت می‌کنند، با نظریه قراردادی یعنی وکیل طرفین بودن داور یا داوران منافات دارد.

۲. آیه ۵۹ سوره نساء مربوط به ردّ منازعات و اختلافات به خدا و رسول ﷺ دلالتی بر عدم  
 مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی ندارد؛ زیرا توجیهاتی که برای عدم ذکر «أولی الأمر» ذکر  
 شده است اولاً، مسلّم و ثانیاً، منحصر به موارد مذکور نیست و ممکن است به قرینه عبارت  
 «فردّوه إلى الله والرسول» و عدم ذکر اولی الأمر، این آیه شریفه اصلاً در مقام بیان بحث قضاوت  
 نباشد، بلکه در مقام بیان مباحث عقیدتی و دینی و مفاهیم اسلامی عمومی است نه موضوعات  
 خارجی که در قضاوت مطرح می‌شود؛ بنابراین در آیه شریفه اجمال وجود دارد.

۳. همچنین آیه ۶۵ سوره نساء در مورد تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر ﷺ و تسلیم بودن

در مقابل رأی ایشان دلالتی بر عدم مشروعیت داوری ندارد؛ بدین دلیل که این آیه دلالتی بر انحصار تحکیم به پیامبر ﷺ و عدم مشروعیت تحکیم و داوری غیررسول ندارد؛ زیرا مستفاد از این آیه تأکید بر این دارد که خداوند اراده کرده است مسلمانان طاعت خدا، رسول و اولی الامر را به عنوان یک قاعده ثابت بدانند و حیات شان بر پایه این قاعده باشد و این دست آیات 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 یا همان داوری وجود دارد، این آیه شریفه را تقیید می‌زند.

۴. آیه ۳۵ سوره نساء دلالت بر مشروعیت داوری و قضاوت تحکیمی میان زوجین می‌نماید و با استدلال به اولویت می‌توان به تعمیم آیه شریفه نسبت به کلیه اختلافات و منازعات قائل شد؛ زیرا همان‌گونه که شارع، نزاع و اختلاف در محیط کوچک خانواده را نامطلوب می‌داند و راهکاری برای حل آن اختلاف در نظر می‌گیرد و داوری میان زوجین را الزامی می‌کند، پس در موارد دیگری که در محیط اجتماع اختلافاتی حاصل می‌شود که ممکن است تبعات و آثار زیان‌بارتری داشته باشد نیز داوری مشروعیت دارد.

امر آیه شریفه به انتخاب حکمین «فابعثوا»، مولوی بوده و وجه مولویت این است که حاکم می‌تواند پس از تحکیم متخلف از رأی داور را مجبور به قبول نماید و در صورت استتکاف، مجازات کند و این امر با ندب و استحباب سازگار نیست؛ چون اگر بعث و انتخاب داور مستحب باشد، چنین تکلیف و عقوبتی بی‌وجه می‌گردد. مولوی دانستن امر در عبارت «فابعثوا»، دلالت بر وجوب تحکیم میان زوجین ناسازگار می‌کند و وجهی که برای ارشادی بودن امر و استحباب تحکیم ذکر شده است، صحیح نیست؛ زیرا مسئله بعث حکمین با امور دنیوی محض تفاوت دارد. همچنین حتی اگر یک امر یا نهی ارشاد به یک مصلحت یا مفسده دنیوی نماید، مانع از مولوی بودن آن امر و نهی نمی‌شود.

## منابع

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد؛ النهاية فی غریب الحدیث والأثر؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، [بی تا].
۲. ابن ادریس، فخرالدین ابو عبد الله محمد بن احمد؛ السرائر؛ ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن براج طرابلسی، قاضی؛ المهذب؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم بن محمد؛ البحر الرائق شرح کنز الدقائق؛ ج ۲، بیروت: دارالکتب الإسلامی، [بی تا].
۵. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن؛ کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۷ و ۱۰، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۶. جبرالبلوئی، نضال؛ تحکیم فی الشریعة الإسلامی و نظام التحکیم السعودی؛ [بی جا]: [بی تا]، ۲۰۱۲ م.
۷. جزیری، عبدالرحمن، سید محمد غروی و یاسر مازح؛ الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)؛ ج ۵، بیروت: دارالثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸.
۹. حائری، سید کاظم؛ القضاء فی الفقه الإسلامی؛ قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱، ۱۸ و ۲۷، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سید محمد جواد؛ مفتاح الکرامة؛ ج ۱۰، بیروت: دار التراث، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان؛ ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۳. —؛ تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة؛ ج ۵، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
۱۴. —؛ مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۷، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۵. خدا بخش، عبدالله؛ حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ ج ۴۱، قم: مؤسسه احیای آثار امام خویی (ع)، ۱۴۲۲ ق.

۱۷. دوری، قطحان عبدالرحمن؛ عقد التحکیم فی الفقه الإسلامی والقانون الوضعی؛ اردن: دارالفرقان، ۲۰۰۲ م.
۱۸. رشیدرضا، محمد؛ تفسیر القرآن الحکیم الشهیر بتفسیر المنار؛ بیروت: دارالمعرفة، ۱۴۱۴ ق.
۱۹. روحانی، سید محمد صادق؛ فقه الصادق علیه السلام؛ ج ۲۲، ج ۳، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.
۲۰. زحیلی، وهبه؛ الفقه الإسلامی وأدلته؛ ج ۸، ج ۴، دمشق: المكتبة الحیبیه، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. سبجانی تبریزی، نام؛ درس خارج فقه؛ سایت مدرسه فقاہت به آدرس: <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/sobhani/feqh/96>، ۱۳۹۷-۱۳۹۶.
۲۲. سمیرة الزعیم المنجد؛ التحکیم الإسلامی فی نظام غیراسلامی؛ بیروت: الحلبي الحقوقية، ۲۰۱۳ م.
۲۳. شبیری زنجانی، سید موسی؛ کتاب نکاح؛ ج ۲۵، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. شریینی، محمد بن احمد؛ مغنی المحتاج؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. شریف رضی، محمد بن حسین؛ حقائق التأویل فی مشابه التنزیل؛ بیروت: دارالأضواء، ۱۴۰۶ ق.
۲۶. طباطبائی، سید محمد حسین؛ المیزان؛ ج ۲، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۰ ق.
۲۷. طبرسی، فضل بن حسن؛ مجمع البیان فی تفسیر القرآن؛ ج ۳، تهران: ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
۲۸. طبرسی، احمد بن علی؛ الإحتجاج؛ ج ۲، مشهد: نشر مرتضی، ۱۴۰۳ ق.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن؛ الخلاف؛ ج ۴ و ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ ق.
۳۰. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة؛ ج ۱، قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۱. —؛ مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۱۴، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۲. عراقی، آفاضیاء الدین؛ کتاب القضاء؛ قم: چاپخانه مهر، [بی تا].
۳۳. فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة (کتاب النکاح)؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. فاضل مقداد، جمال الدین؛ کنز العرفان فی فقه القرآن؛ ج ۲، تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۵. فضل الله، سید محمد حسین؛ فقه القضاء؛ بیروت: دارالملاک للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۲۵ ق.

۳۶. قرطبی، ابوعبدالله شمس‌الدین؛ الجامع الأحكام القرآن؛ قاهره: دارالکتب المصریه، ۱۳۸۷ق.
۳۷. قمی مشهدی، محمدبن محمدرضا؛ تفسیر کنزالدقائق و بحر الغرائب؛ تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
۳۸. کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو؛ حقوق داوری داخلی؛ تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
۳۹. محدث بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناظرة؛ قم: جامعه المدرسین، [بی تا].
۴۰. معرفت، محمدهادی؛ تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء؛ قم: چاپخانه مهر، [بی تا].
۴۱. معین، محمد؛ فرهنگ فارسی؛ ج ۲، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۶.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر؛ تفسیر نمونه؛ ج ۱۰، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۷۱.
۴۳. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی؛ دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامیه، ج ۴، چ ۲، قم: نشر تفکر، ۱۴۰۹ق.
۴۴. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم؛ فقه القضاء؛ ج ۱، چ ۲، قم: [بی جا]، ۱۴۲۳ق.
۴۵. موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی؛ حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق.
۴۶. موسوی عاملی، محمدبن علی؛ نهایت المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۱ق.
۴۷. نجفی (کاشف‌الغطاء)، محمدحسین؛ تحریرالمجلة؛ نجف: المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ق.
۴۸. نجفی قائینی؛ درس خارج فقه؛ سایت مدرسه فقاها به آدرس: <https://www.eshia.ir/Feqh>، ۱۳۹۹-۱۳۹۸.
۴۹. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴۰، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۱م.
۵۰. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامیه؛ الموسوعة الفقهیه الكويتیه؛ ج ۱۰، چ ۵، کویت: دارالسلاسل، ۱۴۲۵ق.
۵۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ موسوعة الفقه الإسلامی المقارن؛ ج ۴، قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی، ۱۴۳۴ق.