

انگیزه نگارش مقاله حاضر تحلیل ماده (۶) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ است. ماده مزبور چنین مقرر میدارد: «طرفین دعوا در صورت توافق میتوانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.» کسانی که با قوانین ایران آشنا هستند آگاهی دارند که قانونگذار برای نخستین بار مراجعه به قاضی تحکیم را در ماده فوق تجویز کرده است. با توجه به نوپدایی نهاد مزبور در قوانین موجود ایران که برگرفته از مباحث فقهی است، پسندیده ست‌شماره‌ای درباره آن گفتگو شود تا با آشنا شدن با ابعاد و شرائط آن بتوانیم در جهت عملی‌تر شدن و ترویج آن در جامعه گام برداریم.

اگر چه قاضی تحکیم عنوانی نو ظهور در قوانین ایران به‌شمار می‌رود ولی چندین قرن سابقه در علم فقه دارد. از این رو با عنایت به خاستگاه آن بایسته است که در این باره بحثی فقهی همراه با جنبه‌های حقوقی آن و با توجه به پرسشهایی که در پی خواهد آمد، انجام پذیرد. از يك سوی سیاست صحیح قضایی اقتضاء می‌کند که دستگاه عدالت قضایی تا حد امکان از تراکم پرونده‌ها جلوگیری کرده و با سرعت همراه با دقت به آنها رسیدگی کند و با کمترین هزینه و نیروی انسانی به حل و فصل دعاوی بپردازد، و از سوی دیگر، افزایش روزافزون جمعیت و به وجود آمدن شرائط و امکانات جدید با پیچیدگیهایی که دارند و شتاب هرچه بیشتر زندگی مادی، موجب گردیده که احقاف به حقوق و ارتکاب جرائم نیز افزایش یابد و این امر طلب می‌کند که مردم برای تامین حقوق خویش بیشتر به دستگاه قضایی روی آورند. در نتیجه موجب تراکم پرونده‌ها در دستگاه قضایی می‌شود که این خود، عوارض دیگری را در پی دارد از جمله، سبب می‌شود که دستگاه قضایی نتواند سرعت و دقت مطلوب را داشته باشد. علاوه بر این تراکم پرونده‌ها از نظر مالی نیز برای دستگاه قضایی بسیار هزینه بردار است.

از این روی اگر بتوان سیاستی را به کار گرفت که حتی‌المقدور از مراجعه مردم به دادگاه جلوگیری کند، امری مطلوب و پسندیده است. با توجه به مطالب یادشده است که سیاست جنایی جدید که تحت عنوان «جنبش سیاست دفاع اجتماعی» مطرح است و از جمله جدیدترین مکاتبی است که به شیوه علمی به مبارزه با بزهکاری برخاسته، در راستای نیل به اهداف فوق سیاست «قضا زدایی» را مطرح کرده است. قضا زدایی سیاستی است که کوشش می‌کند تا طرفین دعوی را در موارد گوناگون از قیود مداخلات قضایی برهاند و در صدد ارائه راه‌حل‌های منطقی و صحیح برای فصل خصومت است.

اگر چه نمی‌توان قاضی تحکیم را نوعی سیاست قضا زدایی دانست، چرا که قضا زدایی (همانگونه که از اصطلاح آن نمایان است) یعنی سیاستی که بدون پرداختن به قضاوت، به فصل خصومت می‌پردازد ولی مسلماً راه کاری پسندیده در جهت اهداف یادشده است و می‌تواند در کنار سیاست قضا زدایی مکمل اهداف آن بشمار رود، چرا که بطور مسلم نمی‌توان برخی دعاوی را از طریق سیاست قضایی زدایی حل و فصل کرد.

از جمله نتایج روشن پذیرفتن قاضی تحکیم این است که باعث همکاری و تعاون اصحاب دعوا در جهت فصل خصومت می‌شود و موجب کاهش تنش‌های به وجود آمده میان آنها می‌گردد، چرا که بر خلاف نظام قضایی تدافعی که یکی بعنوان خواهان شکایت می‌کند و دیگری بعنوان خواننده به دادگاه احضار می‌شود و این امر باعث کشمکش و تعارض میان اصحاب دعوا شده و در برخی موارد موجب حاضر نشدن در موعد معین در دادگاه می‌شود و در نتیجه دادرسی را طولانی و کسل کننده می‌کند، اما در قضاوت تحکیمی، اصحاب دعوا قبل از مراجعه به قاضی تحکیم ناچار از توافق و مصالح هستند و این امر از جهت روانی در حل دعوا کمک شایان توجهی می‌کند. می‌توان گفت این راه حل نوعی سیاست خصوصی کردن امر قضاوت است که در جهت دست‌یافتن به يك نظام رسیدگی سریع و دقیق، همراه با کاهش هزینه و نیروی انسانی، امری پذیرفتنی و پسندیده است.

بخش یکم: تحلیل حقوقی ماده (۶) ماده یادشده مقرر می‌دارد: «طرفین دعوا در صورت توافق میتوانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.»

«طرفین دعوا»: قدر مسلم در هر دعوی خصوصی دو طرف وجود دارد که در دعوی حقوقی یکی را خواهان و دیگری را خواننده می‌نامند. ذکر کلمه «طرفین دعوا» بیانگر این نکته است که قاضی تحکیم در امور حسبیه راه ندارد چرا که واژه تحکیم به معنای حکم قرار دادن است و طبیعی است آن در موردی خواهد بود که دو نفر بر سر امری اختلاف کرده‌اند و حال آنکه در امور حسبیه اختلاف و دعوی وجود ندارد.

«دعوا»: در قانون برای دعوا تعریفی نیامده ولی برخی دعوا را عملی دانسته که برای تثبیت حقی صورت می‌گیرد. بنابر این اولاً، بایستی حقی وجود داشته باشد، هر چند به صورت ادعایی. ثانیاً: مورد تجاوز یا انکار قرار گیرد. ثالثاً، صاحب حق در صدد احیای آن برآید و از مراجع قانونی استمداد کند. تحکیم به عنوان يك نهاد قضایی مطرح شده است.

«در صورت توافق» قید یادشده بیانگر این نکته است که طرفین درباره قاضی تحکیم بایستی تراضی داشته باشند و بدون آن تحکیم معنا ندارد. پرسش این است که این توافق نسبت به اصل تحکیم است و شخص قاضی را دستگاه قضایی تعیین می‌کند و یا اینکه شخص قاضی نیز بایستی مورد توافق طرفین قرارگیرد؟ ماده یادشده متعرض آن نیست و فقط به طور مطلق بیان داشته که طرفین در صورت توافق می‌توانند به قاضی تحکیم مراجعه کنند. به نظر می‌رسد می‌بایست قانونگذار تکلیف را روشن کند. با توجه به فلسفه وجودی قاضی تحکیم که بر پایه تراضی و مصالح است، شخص قاضی نیز بایستی مورد توافق قرار گیرد.

مطلب دیگر اینکه قید «در صورت توافق» بیانگر این نکته است که قاضی تحکیم در دعاوی عمومی راه ندارد، زیرا در دعاوی عمومی توافق مفهومی ندارد، چرا که در صورت وقوع جرمی، دادستان به عنوان نماینده جامعه مکلف به پیگیری آن است و در این مورد جایی برای رضایت و موافقت متهم که همان مدعی علیه است، وجود ندارد. پرسش دیگر این است که قید «در صورت توافق» بیانگر چیست؟ آیا قید یادشده دلالت می‌کند بر اینکه طرفین دعوا در صورت توافق نسبت به قاضی تحکیم، قراردادی را منعقد ساخته‌اند که بایستی در چارچوب مقررات قراردادهای گنجانده شود و در این صورت مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی خواهد بود که می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

به عبارت دیگر پرسش اساسی این است که ماهیت این توافق چیست؟ آیا همانند داوری یک قرارداد خصوصی است که با توجه به ماده (۱۰) قانون مدنی نسبت به طرفین لازم الاجرا است و پس از توافق، طرفین حق فسخ و نقض آن را ندارند مگر با توافق یکدیگر، یا اینکه صرفاً یک قرارداد جایز و بنابر مصالح است که برای هر یک حق نقض آن وجود دارد؟ ممکن است در پاسخ گفته شود از متن ماده یادشده بدست می‌آید که هر یک از دو طرف پس از توافق، حق نقض قرارداد را دارند، زیرا ماده فوق مقرر داشته که در صورت توافق می‌توانند .. و مفهوم «می‌توانند» این است که امکان مخالفت برای هر یک وجود دارد.

در پاسخ گفته می‌شود، قید «می‌توانند» ناظر به اصل جواز رجوع به قاضی تحکیم بعد از توافق است و نظری به این ندارد که هر یک از طرفین بعد از توافق، حق مخالفت دارند یا خیر؟ در این مورد نیز قانونگذار بایستی تکلیف را روشن کند که آیا پس از توافق نسبت به اصل تحکیم و یا اصل تحکیم و شخص قاضی، برای طرفین الزام آور است یا خیر؟ و اگر الزام آور است ضمانت اجرای آن چیست؟ «احقاق حق و فصل خصومت»: برخی بر این عقیده‌اند که احقاق حق ناظر به دعاوی کیفری و فصل خصومت ناظر به دعاوی حقوقی است، چرا که مطلوب در دعاوی کیفری کشف حقیقت و در دعاوی حقوقی فصل خصومت و بر طرف کردن منازعه است.

به نظر می‌رسد تفکیک یادشده دلیلی ندارد. از سوی دیگر اساس دستگاه قضایی در دعاوی بایستی کشف حقیقت و احقاق حقوق باشد نه صرفاً فصل خصومت و در این مورد تفاوتی میان دعاوی حقوقی و کیفری وجود ندارد. بله در دعاوی کیفری کشف حقیقت یک مساله اساسی و محوری است و نمی‌توان از آن چشم پوشی کرد ولی در دعاوی حقوقی چنانچه حقیقت کشف نشد بایستی به گونه‌ای منازعه را پایان داد. و بدان جهت است که فقهاء در تعریف «قضاء» گاهی با فصل خصومت و در برخی موارد به احقاق حق اشاره کرده‌اند و تفاوتی بین دعاوی حقوقی و کیفری نگذاشته‌اند. شاید برای تفاوت گذاشتن بین احقاق حق و فصل خصومت بتوان چنین گفت که هر احقاق حقی فصل خصومت است ولی هر فصل خصومتی احقاق حق نیست. بنابر این احقاق حق، خاص است و در درجه نخست بایستی هم در دعاوی کیفری و هم مدنی مد نظر قرار گیرد.

بخش دوم: همانگونه که پیش از این گذشت، قاضی تحکیم یکی از نهادهای فقهی است که در قوانین مدون سابقه نداشته و با تصویب قانون تشکیل دادگاههای عمومی، رسماً وارد قلمرو قوانین ایران گردید. اگر چه قانونگذار ایران در گذشته بر اساس ماده ۶۳۲ آئین دادرسی حقوقی، نهادی را تحت عنوان «داوری» پذیرفته است، ولی همان گونه که در پی خواهد آمد «داوری» با «قاضی تحکیم» از جهاتی تفاوت داشته و ماهیتاً فرق می‌کنند. از این رو پسندیده است با توجه به مباحثی که در پی خواهد آمد، قاضی تحکیم مورد بحث و بررسی قرار گیرد. برای شروع، پرسشهای زیر را طرح می‌کنیم:

۱. دلیل مشروعیت قاضی تحکیم چیست؟ ۲. آیا قاضی تحکیم در زمان غیبت امام(ع) فرض وجود دارد و آیا می‌توان در زمان حاضر جایگاهی برای آن پیدا کرد؟ پرسش یادشده از این رو مطرح است که قاضی تحکیم از سوی برخی فقها از جمله شهید ثانی در مسالک و شیخ محمد حسن نجفی در کتاب جواهر الکلام در زمان غیبت امام(ع) مورد انکار قرار گرفته است. ۳. دامنه کاربرد و شمول قاضی تحکیم تا کجاست؟ آیا صرفاً در دعاوی حقوقی کاربرد دارد و یا اینکه می‌توان در دعاوی کیفری نیز از آن استفاده کرد؟ پرسش دیگری که در همین زمینه مطرح می‌شود این است که آیا قاضی تحکیم حق قضاوت در حق الناس و حق الله را دارد و یا اینکه صرفاً می‌تواند در حق الناس قضاوت کند؟ ۴. آیا بعد از قضاوت قاضی تحکیم، حکم وی بر طرفین دعوا نافذ است و یا اینکه بعد از صدور حکم نیز نیاز به رضایت طرفین دعوا دارد؟ ۵. آیا قاضی تحکیم علاوه به قضاوت، حق

اجرای احکام به ویژه در دعوی کیفری را دارد یا خیر؟ ۶. آیا قاضی تحکیم نیاز به شرط اجتهاد دارد؟ ۷. برای روشن شدن بحث ذکر چند مقدمه ضروری است:

الف - قضاوت از جمله مناصب به شمار می‌رود لذا نیازمند نصب و اعطاء است و همانند مرجعیت نیست که در صورت وجود شرایط قهرا تحقق یابد.

ب - قضاء از شاخه‌های ولایت است که قاضی آن را اعمال می‌کند و بدان جهت است که برخی فقهاء در تعریف آن، ولایت را اخذ کرده‌اند؛ زیرا قضاوت بدون رنگ ولایت کارساز و مؤثر نخواهد بود.

ج - همانگونه که حقوقدانان می‌گویند اصل بر آزادی انسانهاست و هیچکس حق سلب آزادی از دیگری را ندارد مگر اینکه بر اساس قرارداد اجتماعی و ضرورت‌های زندگی، اشخاص پاره‌ای از آزادی‌های خود را محدود کرده و آن را به حکومت واگذار کنند تا بدینوسیله جامعه اداره شود. اصل مزبور در دین اسلام نیز پذیرفته شده است و فقهاء بیان کرده‌اند که حکومت و سلطنت ذاتا از آن خداوند است و هیچکس بر دیگری ولایت ندارد و اصل عدم ولایت و سلطنت هر يك از انسان‌ها بر دیگری است، با این تفاوت که استثناء اصل یادشده به لحاظ مبانی و خواستگاه دین اسلام تفاوت می‌کند و بدین لحاظ استثناء را اینگونه بیان می‌کنند: مگر اینکه در موردی از ناحیه شارع مقدس (خداوند) دلیل داشته باشیم که رضایت‌شخص معتبر نیست و بایستی در مورد وی اعمال ولایت‌شود و یا اینکه شارع پذیرفته باشد که در صورت رضایت‌شخص اعمال ولایت در مورد وی صحیح است. و دقیقا به همین دلیل است که پیش‌تر گفته شد قضاوت از مناصب به شمار می‌رود لذا نیازمند نصب و اعطاء است. قضاوت از جمله مواردی است که شخصی با عنوان «قاضی» نسبت به دیگری حق ولایت دارد و این ولایت یا بایستی با اذن شارع صورت پذیرد و یا اینکه خود شخص صرف نظر از اذن امام(ع) به قاضی، اعمال چنین ولایتی را بپذیرد.

د - قاضی بر دو قسم است، قاضی منصوب و قاضی غیر منصوب. قاضی منصوب کسی است که از ناحیه امام معصوم(ع) نصب شده است. و این نصب گاهی خاص است یعنی امام(ع) به خصوص کسی را نصب می‌کند و گاهی نصب عام است یعنی امام(ع) شخص به خصوصی را نصب نکرده ولی به طور کلی صفات ویژه‌ای را برای قاضی بیان کرده است به گونه‌ای که هر کس واجد آن صفات باشد می‌تواند قضاوت کند.

اما قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتداء 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.

ه - شخص در صورتی می‌تواند قضاوت کند که حداقل شرایط ذیل را داشته باشد: ۱. بلوغ ۲. کمال عقل ۳. طهارت مولد ۴. ذکوریت ۵. اجتهاد ۶. ایمان ۷. عدالت ۸. نصب.

ی - قاضی تحکیم کسی است که طرفین دعوا به قضاوت وی راضی باشند و بایستی دارای همه شرایط یادشده باشد مگر نصب ابتدائی از ناحیه امام(ع) خواه نصب عام یا خاص. اکنون با توجه به این مقدمات به اصل بحث و پاسخ پرسشهای مطرح شده می‌پردازیم.

دلیل مشروعیت قاضی تحکیم مشروعیت قاضی تحکیم مورد پذیرش مشهور فقها قرار گرفته و دلیل‌هایی از کتاب، سنت و اجماع بر آن اقامه کرده‌اند و درباره آن ادعای اجماع و عدم خلاف شده است. عمده‌ترین دلیل را می‌توان روایات بر شمرد از جمله روایت ابی خدیجه که مرحوم آیت الله خویی نیز به آن استناد جسته‌اند. «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجور، ولکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضیا فتحاکموا الیه». «مبادا یکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند بنگرید و مردی از خودتان را که پاره‌ای از احکام ما را می‌داند میان خودتان قاضی قرار دهید من نیز وی را قاضی قرار می‌دهم. بنابر این نزد وی تحاکم کنید.

وجه استدلال این است که عبارت «فاجعلوه» یا «فلیرضوا» که در برخی دیگر از روایات آمده است با قاضی تحکیم سازگار است. اگر منظور قاضی تحکیم نباشد «رضایت» و «جعل» طرفین دعوا چه لزومی داشت، بلکه کافی بود بفرماید: در صورت اختلاف و منازعه به کسی که پاره‌ای از احکام ما را می‌داند «مراجعه» کنید، چرا که من او را میان شما قاضی قرار داده‌ام. ولی امام(ع) از تعبیر «رضایت» و «جعل» استفاده می‌کند نه «مراجعه» و این بدین معناست که اگر شما به کسی «راضی» شدید من هم آن را قبول دارم و شما نزد چنین کسی تحاکم کنید.

مرحوم آیت الله خویی دلالت این روایات را بر نصب ابتدائی قاضی از جانب امام نمی‌پذیرد و آن را از ادله نصب قاضی مطلق (غیر تحکیم) نمی‌شمارد، ایشان در این باره می‌فرماید: «ولکن الصحیح ان الروایة غیر ناظرة الی نصب القاضی ابتدا وذلك لان قوله(ع): فانی قد جعلت قاضیا متفرع علی قوله: فاجعلوه وهو القاضی المَجْعُول من قبل المتخاصمین فالنتیجة ان المستفاد منها ان

من جعله المتخصصان بينهما حكما هو الذي جعله الامام قاضيا. «ولى صحيح اين است كه روايت نظرى به نصب قاضى ابتدائى (غير تحكيم) ندارد چرا كه سخن امام(ع) كه فرموده: «فانى قد جعلته قاضيا» متفرع است بر اين سخن او كه فرموده: «فاجعلوه» و منظور از «فاجعلوه» همان قاضى است كه اطراف دعوا آن را پذيرفته‌اند بنابر اين نتيجه اين مى‌شود كه هر كسى را اصحاب دعوا حكم قرار دهند. امام نيز همو را قاضى قرار داده است.

دليل ديگرى كه مى‌توان در مورد مشروعيت قاضى تحكيم‌اقامه كرد بناى عقلاء است چرا كه حكمت بين افراد امرى است كه از دير باز بين عقلا وجود داشته و همانگونه كه پيش از اين گفته شد، با توجه به آيات قرآن كريم و شواهد تاريخى در زمان پيامبر(ص) نيز سابقه داشته است و قرآن كريم آن را ردع نكرده و امامان برگوار(ع) نيز نهى نكرده‌اند و اين دليل بر پذيرفته شدن قاضى تحكيم نزد شارع مقدس است. سيره منتشره نيز گواه صادقى است بر مشروعيت قاضى تحكيم نزد شارع مقدس.

فرض قاضى تحكيم در زمان غيبت: همانگونه كه ذكر شد قاضى تحكيم كسى است كه همه شرائط قضاوت را دارد مگر اينكه منصوب از ناحيه امام(ع) نيست بلكه صرفا طرفين دعوا رضايست به قضاوت وى داده‌اند. ولى پاره‌اى از فقهاء با عنايت به روايات صادر شده كه همه فقهاء جامع الشرائط را در زمان غيبت نائب امام(ع) مى‌دانند، وجود قاضى تحكيم را در زمان غيبت منكر شده‌اند، چرا كه با توجه به ضرورت شرط اجتهاد در امر قضاوت همه كسانى كه صلاحيت قضاوت دارند داراى ولايت قضايى هستند، بنابر اين در زمان غيبت قاضى واجد شرايط ولى غير منصوب، وجود ندارد تا طرفين دعوا نسبت به او تراضى كنند.

در اين باره مى‌توان به روايتى كه مشهور به مقبوله عمر بنحظله است اشاره كرد: «عن عمر بن حنظله، قال: سالت ابا عبدالله(ع) عن رجلين من اصحابنا بينهما منازعه فى دين او ميراث فتحاكما الى السلطان والى القضاة ايحل ذلك؟ قال: من تحاكم اليهم في حق او باطل فانما تحاكم الى الطاغوت .. قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا، فليرضوا به حكما، فانى قد جعلته عليكم حاكما و عمر بن حنظله گفت: از امام صادق(ع) پرسيدم: آيا صحيح است كه دو نفر از شيعيان اگر در مورد «دين» يا «ميراثى» با هم اختلاف پيدا كردند به سلطان يا قضاة وقت مراجعه كنند؟ امام(ع) در پاسخ فرمودند: هر كس براى قضاوت نزد آنها برود، خواه براى حق يا باطل، به طاغوت روى آورده است. وى مى‌پرسد چاره چيست؟ امام(ع) مى‌فرمايد: به كسى مراجعه كنند كه احاديث ما را نقل مى‌كند و احكام حلال و حرام ما را مى‌شناسد، چنين شخصى را بعنوان قاضى پذيريد و من وى را بر شما حاكم قرار دادم.

بنابر استدلال بسيارى از فقهاء روايت يادشده دلالت روشنيه نفوذ قضاوت مجتهدين جامع الشرائط دارد و امام صادق(ع) به طور كلى همه آنها را منصوب به قضاوت کرده است، چرا كه فرموده‌اند: «هر كس آگاه به حلال و حرام ما باشد و بتواند احكام ما را بشناسد حاكم بر شماست و شما بايستي براى امر قضاوت به وى مراجعه كنيد. از اين رو گفته شده در زمان غيبت امام(ع) قاضى غير منصوب نداريم، حتى برخى فقهاء، همچون شيخ محمد حسن نجفى فرموده: فرض وجود قاضى تحكيم مربوط به زمانى قبل از امام صادق(ع) مانند عصر پيامبر(ص) است ولى از زمان امام صادق(ع) به بعد قاضى تحكيم متصور نيست. مرحوم شهيد ثانى نيز در كتاب مسالك الافهام فرموده‌اند: از آنجا كه حكم همه مجتهدين در زمان غيبت نافذ است قاضى تحكيم وجود ندارد. مرحوم سيد على طباطبائى هم در اين باره مى‌فرمايد: از آنجا كه همه فقهاء در عصر غيبت منصوب و ماذون در امر قضاوت هستند، بحث از قاضى تحكيم كم فائده است. در اينجا مناسب است كه به بحث درباره اصل مساله ولايت قضايى همه فقهاء جامع الشرائط پرداخته شود. كه اولاً: دليل نصب آنها بر امر قضاوت چيست؟ ثانياً، آيا همه مجتهدين ولايت قضايى بالفعل دارند؟ ثالثاً، آيا ثبوت ولايت قضايى براى همه فقهاء، مطلق است و يا اينكه تابع شرايطى است و آيا آن شرايط در حال حاضر وجود دارد؟ مساله ولايت قضايى فقيه مورد توافق همه فقهاء است و شك و شبهه در آن راه ندارد. با اين تفاوت كه برخى دليل نصب فقيه را بر امر قضاوت لفظى دانسته و به رواياتى از قبيل مقبوله عمر بن حنظله تمسك مى‌جويند. برخى ديگر چون در سند يا دلالت روايات يادشده خدشه کرده‌اند، امر قضاوت را واجب كفايى دانسته و دليل نصب آن را «اصل ضرورت حفظ نظام» كه يك دليل عقلى است مى‌دانند.

در صورتى كه دليل بر ولايت فقهاء عقلى و از نوع وجوب كفايى باشد، بطور مسلم گستره دليل عقلى و وجوب كفايى نسبت به افراد، تا اندازه‌اى خواهد بود كه از معضله اختلال نظام جلوگیری كند و بيشتر از آن ضرورتى نداشته و چه بسا موجب اختلال نظام شود. بنابر اين در صورتى كه فقيهى اداره امور جامعه را اعم از قضايى و غير قضايى بدست گرفت و به اوضاع جامعه سامان بخشيد، عقلا ديگر موضوعى باقى نماند تا فقيه ديگر دست‌اندركار آن شود. چرا كه مشكل اختلال نظام بر طرف شده لذا نه وجوبى بر عهده ديگران است و نه نصب آنها ضرورت دارد، بلكه صحيح هم نخواهد بود. بنابر اين در تحليل يادشده همه فقهاء، منصوب به امر قضاوت نيستند اگر چه شايستگى آن را دارا باشند، لذا قاضى تحكيم يا غير منصوب كه صرفا طرفين دعوا درباره آن تراضى كنند، فرض وجود دارد.

اما در صورتی که دلیل ولایت قضایی فقهاء، ادله لفظی از قبیل مقبوله عمر بن حنظله باشد و روایات یادشده چنان اطلاقی داشته باشند که برای همه فقهاء منصب قضاوت را جعل کرده باشند، بطور مسلم با توجه به دلیل عقلی که عبارت است از حفظ نظم و انسجام جامعه، چنین اطلاقی در شرائط زمانی صدور روایات قابل قبول است نه در شرائط کنونی. توضیح اینکه به خوبی روشن است که امامان معصوم (ع) به جز امام علی (ع)، هیچگاه فرصت تشکیل حکومت پیدا نکردند و افرادی ظالمانه حکومت را غصب نبوده و امامان معصوم (ع) و پیروان آنان را منزوی کردند. در آن شرائط شیعیان در خفقان به سر برده و به سختی تحت نظر بودند، در عین حال آنان جامعه‌ای را تشکیل داده بودند و می‌بایست امور آنها اداره شود و مشکلات آنان مرتفع گردد، چرا که طبیعت جامعه نیاز به قانون و مقررات دارد و در پاره‌ای موارد روابط حقوقی بین افراد مشکلات و اختلافاتی را به وجود می‌آورد که نیازمند قضاوت است. و این در حالی است که شیعیان، سازمان حکومتی را برای اداره امور خویش نداشتند.

در همین شرائط ائمه (ع) پیروان خویش را از عرض حال بهحکومت وقت منع می‌کردند، چرا که روی آوردن به حکومت، موجب تقویت و تأیید آن می‌شد و آن بزرگواران با توجه به آیه شریفه قرآن راضی به این امر نبودند. الم تر الی الذین یزعمون انهم آمنوا بما انزل الیک وما انزل من قبلك یریدون ان یتحاکموا الی الطاغوت وقد امروا ان یکفروا به ویرید الشیطان ان یظلمهم ضللاً بعیداً». «آیا نمی‌بینی کسانی را که گمان می‌کنند به آنچه که به تو و قبل از تو فرو فرستاده شده ایمان آورده‌اند، آنها می‌خوانند تحاکم بسوی طاغوت ببرند و حال آنکه بدانها فرمان داده شده که به آن کفر ورزند و شیطان می‌خواهد آنها را گمراه کند گمراهی بعید.».

قضای روایت عمر بن حنظله و سائر روایات دلالت روشنی‌امر دارد. و از کلام مرحوم صاحب جواهر در رد قضای تحکیم در زمان غیبت، می‌توان چنین استفاده کرد که دلیل نصب مجتهد به صورت عام، اختصاص به زمان حاکمیت «جور» دارد و زمان حکومت «عدل» را در بر نمی‌گیرد: «.. نعم یتصور فیما قبله مما لا اذن فیہ لمطلق المجتهد کزمن النبوی (ص) بل لعله خاص فیہ ایضاً، لظهور دلیل نصب المجتهد فی جمیع زمان الجور الذی نهینا فیہ عن المرافعة الی قضاتهم من حیث غلبه الجائرین». بله قضای تحکیم در زمان قبل از امام صادق (ع) مانند زمان پیامبر (ص) که برای همه مجتهدان اجازه قضاوت نبوده تصور می‌شود، چرا که دلیل نصب مجتهد در همه زمانهایی است که حکومت «جور» وجود دارد و ما به خاطر غلبه جائرنی از مرافعه به آنها نهی شده‌ایم.».

نکته‌ای که از کلام مرحوم صاحب جواهر بدست می‌آید می‌توان در تأیید سخن فوق از آن استفاده کرد، این است که چرا در زمان پیامبر (ص) افراد صلاحیتدار و یا بتعبیر ایشان «مجتهدین» نصب عام نداشته‌اند؟ آیا جز این است که شرائط زمان امام صادق (ع) در زمان پیامبر (ص) وجود نداشته و آن بزرگوار به دلیل داشتن حکومت از چنان تدبیری بی‌نیاز بوده‌اند؟ پر واضح است که پذیرفتن نظریه دلالت قضایی بالفعل برای همه فقهاء در زمان کنونی، جامعه را دچار آشفتگی و بی‌ثباتی می‌کند، زیرا اگر قرار باشد هر مجتهدی در شهر یا روستای خویش دست‌اندر کار قضاوت شود کشور به مثابه جامعه ملوک الطوائف خواهد شد که در هر بخشی از آن قانونی ویژه حاکم است و این امر باعث اختلاف شدید و درگیری بین مردم می‌شود. بدون شك شارع مقدس که اهتمام به یکپارچگی و وحدت امت اسلامی دارد، رضایت به چنین امری نمی‌دهد و هرگز نمی‌خواهد که جامعه مسلمانان دچار از هم گسختگی شود.

به عبارت دیگر می‌توان گفت، مساله نصب عام، يك حکم شرعی الهی نیست تا تخطی از آن امکان ناپذیر باشد. بلکه يك حکم ولایی است (لذا امام صادق (ع) فرموده‌اند انی جعلته علیکم حاکماً) که با توجه به آن شرائط زمانی صحیح بوده است ولی در صورتی که شیعیان موفق به تشکیل حکومت شوند و فقیه جامع الشرائطی حاکم شود، مساله ولایت قضایی برای همه مجتهدین منتفی است و ضرورت عقل آن را نمی‌پذیرد. و به لحاظ همین ضرورت است که مساله تعدد امام در زمان واحد در پاره‌ای روایات نفی شده است: «الشركة فی الملل تؤدی الی الاضطراب»: شریکی شدن حکومت و کشورداری منجر به اضطراب می‌شود.

در کتاب علل الشرائع چنین آمده است: «فان قال: فلم لا یجوز ان یکون فی الارض امامان فی وقت واحد او اکثر من ذلك؟ قيل لعل منها: انه لو كان امامین كان لكل من الخصمین ان یدعو الی غیر ما یدعو الیه صاحبه فی الحکومة ثم لا یکون احدهما ولی بان یتبع من صاحبه، فتبطل الحقوق والاحکام والحدود.» «اگر بپرسند: چرا وجود دو امام یا بیشتر از آن در زمان واحد در زمین جایز نیست گفته خواهد شد به چندین علت؛ از جمله اینکه اگر دو امام وجود داشته باشد، هر يك از دو نفر که با هم به نزاع برخاسته‌اند می‌تواند به نزد امام دیگری غیر از امامی که رقیقش برای رفع نزاع نزد وی رفته مراجعه کند، آنگاه هیچک از آن دو ملزم نیست که از رقیقش پیروی کند در نتیجه موجب ضایع شدن حقوق و احکام و حدود می‌گردد.».

اگر گفته شود دو روایت یادشده مربوط به ولایت عامه استنه ولایت قضایی، در پاسخ گفته می‌شود: اولاً ولایت قضایی شاخه‌ای از ولایت عامه است. ثانیاً چون هر دو در ارتباط با اداره امور جامعه است، تعدد آنها منجر به مشاجره و کشمکش می‌شود و باعث

تضییع حقوق، حدود و احکام می‌گردد لذا بایستی از تعدد آن جلوگیری نمود و در این مورد تفاوتی بین ولایت عامه و ولایت قضایی وجود ندارد.

قلمرو و کاربرد قضایی تحکیم‌مانگونه که سابقا ذکر شد پرسش این است که دامنه کاربرد قضایی تحکیم تا کجاست، آیا صرفا در دعاوی حقوقی کاربرد دارد و یا در مورد دعاوی کیفری نیز می‌توان آن را به کار گرفت؟ از سوی دیگر، آیا قلمرو آن صرفا در حق الناس یا حقوق خصوصی است و یا در حق الله یا حقوق عمومی نیز کاربرد دارد؟ برابر ماده (۶) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب که بصورت عام نگارش شده، قضات تحکیم می‌توانند هم در دعاوی حقوقی و هم دعاوی کیفری قضاوت کنند.

از دیدگاه فقه نیز اطلاق دلیل مشروعیت قضایی تحکیم اقتضاء می‌کند که وی بتواند هم در دعاوی حقوقی و هم دعاوی کیفری قضاوت کند. در این باره می‌توان به روایت ابی خدیجه از امام صادق (ع) اشاره کرد: «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجور ولکن انظروا الی رجل منکم یعلم شینا من قضایانا فاجعلوه بینکم، فانی جعلته قاضیا فتحاكموا الیه.» «مبادا هر يك از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند، بلکه در بین خود نگاه کنید و شخصی را که چیزی از احکام می‌داند میان خود قرار دهید، به درستی که من او را میان شما قضایی قرار دادم، پس مرافعه خود در نزد وی برید.» مرحوم فاضل هندی در مورد بحث می‌فرماید: «و حکمه لازم نافذ فی کل الاحکام فی حقوق الناس و حقوق الله حتی العقوبات للعمومات.» «حکم قضایی تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله حتی در مجازاتها به دلیل عام بودن دلیل مشروعیت، نافذ و لازم است.»

به عقیده برخی دیگر، قلمرو قضاوت قضایی تحکیم محدود به حقوق خصوصی یا حق الناس است و دامنه قضاوت وی حقوق عمومی با حق الله را در بر نمی‌گیرد، زیرا قضایی تحکیم در فرض رضایت طرفین دعوا مشروعیت دارد و فلسفه تعیین آن در قانون ساده بودن و سرعت در امر رسیدگی است از این رو نمی‌توان آن را به حقوق عمومی با حق الله توسعه داد چرا که در چنین مواردی شاکی یا مدعی خصوصی وجود ندارد و حکومت مستقیما وارد عمل شده و به مساله رسیدگی می‌نماید لذا تراضی طرفین دعوا بی معناست و قضایی تحکیم مفهومی ندارد. و بدین لحاظ مرحوم شهید ثانی می‌فرماید: «نعم یختص بحق الادی حیث انه متوقف علی نصب المتخاصمین فلا یحکم فی حقوق الله اذ لیس لها خصم معین.»

«بله قضایی تحکیم ویژه حق الناس است زیرا مشروعیت آن بر تراضی طرفین دعوا توقف دارد. بنابر این در حقوق الله نمی‌تواند قضاوت کند زیرا در این موارد شاکی خصوصی وجود ندارد. صاحب جواهر و فاضل هندی گفته‌اند که شیخ طوسی در کتاب «نهایه» و «اقتصاد» همین عقیده را دارد. به عبارت دیگر در حقوق عمومی یا حق الله اساسا تراضی نقشی ندارد و غالبا مرتکب جرم در صدد فرار از قانون و مجازات است، لذا نمی‌توان رسیدگی را به رضایت مرتکب و اگذار کرد. جای بسی تعجب است که چگونه مرحوم فاضل هندی در عبارت یادشده عقیده دارند که قضایی تحکیم حق قضاوت در حق الله را نیز دارد. تمسک ایشان به عمومات ادله مشروعیت قضایی تحکیم، کارساز نیست، زیرا همانگونه که گفته شد اساس قضایی تحکیم بر تراضی است. بنابر این نسبت به حقوق عمومی یا حق الله اساسا اطلاق یا عمومی وجود ندارد.»

لزوم حکم بعد از قضاوت: از آنجا مشروعیت قضایی تحکیم بر اساس تراضی طرفین دعوا است لذا یکی از مسائل مورد بحث این است که آیا علاوه بر تراضی قبل از حکم، نیازمند به تراضی بعد از حکم هم هستیم یا خیر؟ قانونگذار در این مورد وظیفه را مشخص نکرده است، ولی در میان فقها دو نظریه وجود دارد. اکثر آنها عقیده دارند که بعد از تراضی و صدور حکم، نیازی به قبول و رضایت به حکم نیست و رای قضایی بر طرفین نافذ و لازم است. در این مورد مرحوم محقق حلی می‌فرماید: «لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیة فترافعا الیه فحکم لزمهما حکمه ولا یشترط رضاهما.» اگر طرفین دعوا شخصی را بعنوان قضایی پذیرفتند و نزد وی طرح دعوا کردند و قضایی حکم صادر کرد، حکم وی بر طرفین دعوا لازم است و رضایت آنها شرط نیست.

مرحوم آیت الله خوانساری در شرح عبارت کتاب قواعد علامه حلی چنین می‌گوید: «اگر دو نفر در مورد قضاوت کردن شخصی که شرائط اجتهاد را دارد تراضی کردند، سپس وی حکم صادر کرد، حکم وی بر آنها نافذ و لازم است، زیرا روایتی که دلیل تشریح قضایی تحکیم است از رد و انکار حکم قضایی تحکیم منع کرده است. منظور ایشان از روایت، همان حدیث مقبوله عمر بن حنظله که سابقا ذکر کردیم. البته در این باره، استثنایی وجود دارد و آن در مورد حکم کردن به دیه بر عاقله است، چرا که بایستی رضایت وی را بعد از حکم مد نظر قرار داد. در میان فقهای شیعه مرحوم علامه در کتاب تحریر الاحکام با نفوذ حکم قضایی تحکیم بعد از قضاوت مخالفت کرده و آن را نپذیرفته است.»

به نظر می‌رسد نظر مشهور فقها صحیح باشد و علاوه بر دلیلی که مرحوم خوانساری ذکر کرده‌اند، می‌توان گفت، اساس تشریح قضاوت برای رفع اختلاف و فصل خصومت است، اگر قرار باشد رضایت طرفین بعد از حکم لازم باشد، غالبا اختف مرتفع نمی‌شود زیرا در بیشتر موارد محکوم علیه حکم را نخواهد پذیرفت. لذا علی القاعده بایستی حکم نافذ و لازم باشد مگر در مواردی که قضایی مرتکب خطا شده است. از سوی دیگر ممکن است از دیدگاه حقوقی گفته شود توافق طرفین در مراجعه به

قاضی تحکیم، مانند داورى يك نوع قرارداد خصوصى است که به حکم ماده (۱۰) قانون مدنى ايران الزام آور است و هر يك از طرفين بایستى به آثار و لوازم آن گردن نهند.

اجرای احکام چنانچه صدور حکم از ناحیه قاضی تحکیم در دعاوى مدنى صورت بگیرد و محکوم علیه آن را بپذیرد اشکالی وجود ندارد. ولی چنانچه محکوم علیه آن را بپذیرد و اجرای حکم نیازمند الزام باشد (مانند توقیف یا فروش اموال) و یا در دعاوى کیفرى قاضى حکم به زدن شلاق یا حبس و یا قصاص بدهد، آیا قاضى تحکیم حق اجرای حکم و الزام را دارد یا خیر؟ آنچه که در قانون تشکیل دادگاههای عمومي و انقلاب ذکر شده صرفاً قضاوت است و در مورد اجرای حکم سخنى به میان نیامده است و ضرورى است که قانونگذار حکم آن را روشن کند. در فقه میان فقها دو نظر وجود دارد. مرحوم فاضل هندی در شرح عبارت علامه در کتاب قواعد به هر دو نظر اشاره کرده است.

«وهل له الحبس واستيفاء الحدود العقوبة اشكال من عمومادلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وادلة التحكيم الناهية عن الرد على من له اهلية وافضاء تعطيلها الى الفساد وقول الصادق(ع) لحفص بن غياث اقامة الحدود الى من اليه الحكم وهو خيرة السيد والشيخ فى التبيان وجماعة ومن الاحتياط فى الدماء وعصمتها واشترائك الحدود بين حق الله وحق الناس والتحكيم انما هو فى حقوق الناس وهو قول الشيخ فى النهاية والاقتصاد وسائر وجماعة.» «در این مورد که آیا قاضى تحکیم حق حبس و اجرای مجازات را دارد اشکال است چرا که از يك نظر بخاطر عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر و بخاطر ادله مشروعیت قاضى تحکیم که از نپذیرفتن حکم کسی که صلاحیت برای قضاوت دارد نهی نموده و بخاطر اینکه عدم اجرای احکام موجب تعطیل شدن احکام و باعث فساد می‌گردد و همینطور بخاطر روایت حفص بن غیاث از امام صادق(ع) که فرموده اقامه حدود بدست کسی است که حکم را صادر کرده است، باید پذیرفت که اجرای حکم به دست قاضى تحکیم است. این نظر را سید مرتضى و شیخ طوسى در تفسیر تبیان و گروهی دیگر برگزیده‌اند. ولی از نظر دیگر به خاطر احتیاط و حفظ خون انسان‌ها و به خاطر مشترک بودن حدود، بین حق الله و حق الناس، در حالیکه تحکیم فقط در مورد حقوق الناس ممکن است، باید پذیرفت که قاضى تحکیم حق اجرای حکم را ندارد شیخ طوسى در کتاب نهایة و کتاب اقتصاد خود و همچنین سلار و گروهی دیگر، این نظر را برگزیدند.»

با توجه به وجوهی که مرحوم فاضل هندی برای لزوم اجرای حکم بدست قاضى تحکیم ذکر کرده است، به خوبی روشن است که سخن ایشان ناظر به زمانی است که حکومت عدل وجود ندارد، و الا در فرض وجود حکومت عدل اگر امر بمعروف ونهی از منکر نیازمند به عملیات اجرایی باشد بایستى بدست حکومت انجام پذیرد. هم چنین چون فرض این است که قاضى تحکیم در حکومت پذیرفته شده است، در صورت صدور حکم طبق ضوابط، دستگاه قضایی مانند رای داورى ملزم به اجرای آن است و مساله تعطیل احکام و یا مخالفت و رد قضای تحکیم بوجود نمی‌آید. بنابر این وجوه یادشده نمی‌تواند دلیل بر اجرای حکم بدست قاضى تحکیم باشد. به نظر می‌رسد از آنجا که فلسفه تعیین قاضى تحکیم در قانون، تسریع در امر رسیدگی است و از سوی دیگر اجرای احکام و استیفای حدود به تشکیلات اجرایی نیاز دارد، اجرای احکام خارج از وظیفه قاضى تحکیم است و همچون داورى، اجرای حکم بایستى به دست حکومت انجام پذیرد. و از نظر ضوابط فقهی و قانونی نیز منعی در این باره وجود ندارد.

آیا قاضى تحکیم نیاز به شرط اجتهاد دارد؟ از جمله مباحث مهم در قضاء «شرط اجتهاد» در قاضى بطور کلی و در قاضى تحکیم به خصوص است، بیشتر فقهاء شرط یادشده را برای قاضى خواه منصوب یا غیر منصوب (تحکیم)، لازم می‌دانند. در میان فقها، صاحب جواهر شرط اجتهاد را در مطلق قاضى اعم از منصوب و غیر منصوب نپذیرفته است. این عقیده به میرزای قمی نیز نسبت داده شده است. مرحوم آیت الله خوئی نیز شرط مزبور را در خصوص قاضى تحکیم مردود دانسته است. به نظر میرسد مناسب است بحث را با طرح این پرسش دنبال کنیم که از نظر ثبوتی علت شرط بودن اجتهاد چیست؟ آیا طبیعت قضاوت با شرط بودن اجتهاد ملازمه دارد، بدین معنی که قضاوت بدون اجتهاد امکان نپذیر نیست؟ و یا اینکه علت بودن چنین شرطی، امری خارج از طبیعت قضاوت است و آن عبارت است از «ولایت» یا «اهرم قدرت» و یا به عبارت دیگر لزوم داشتن «اذن»؟

با بررسی صورت نخست نمی‌توان پذیرفت که طبیعت قضاوت با اجتهاد ملازمه دارد، چرا که «قضاء» یعنی حکم و فصل خصومت و این امر برای هر شخصی که آگاه به ضوابط و مقررات است امکان پذیر می‌باشد. روشن‌ترین دلیل، وقوع آن در عالم خارج است چرا که بیشتر قضاوت‌ها بدست اشخاص غیر مجتهد صورت می‌پذیرد. به دیگر سخن، بنابه تعبیر مرحوم صاحب جواهر، مدار و ملاک در امر قضاوت حکم به حق است و هر کسی که بتواند حق را اثبات کند استحقاق قضاوت دارد خواه مجتهد باشد یا نباشد.

بررسی صورت دوم: به نظر میرسد از نظر ثبوتی نیاز به عنصر «ولایت» یا «اذن» باعث شد که اجتهاد را در قضاوت شرط بدانند، چرا که بدون در دست داشتن اهرم ولایت یا قدرت و یا اذن از ناحیه شرع، قضاوت کارساز و مؤثر نیست زیرا فصل خصومت که نتیجه قضاوت محسوب می‌شود زمانی تحقق می‌یابد که طرفین دعوا ملزم به پذیرش حکم باشند و این امر با وجود

ولایت و اذن از ناحیه شارع عملی خواهد بود، چرا که اصل، عدم ثبوت ولایت هر شخصی بر دیگری است. از سوی دیگر از نظر اثباتی مجتهد قدر متیقن از کسانی است که به دلیل لفظی یا عقلی به وی اعطاء ولایت یا اذن شده است.

بنابر این نیاز به ولایت یا اهرم قدرت علت لزوم شرط اجتهاد در قضاوت است و الا از نظر ثبوتی علت دیگری نمی‌تواند داشته باشد. لذا مرحوم صاحب جواهر بعد از اینکه لزوم شرط اجتهاد را در قاضی بطور کلی نفی کرده می‌فرماید: «... نعم قد یقال بتوقف صحة ذلك على الاذن منهم لقول الصادق (ع) ... و غیر ذلك مما یقتضی توقف صحة الحكم وترتب اثره على الاذن والنصب». «... بله ممکن است گفته شود صحت قضاوت متوقف بر اذن از ناحیه امامان معصوم (ع) است و آن به خاطر سخن امام صادق (ع) .. و دیگر ادله‌ای است که صحت حکم و ترتب اثر بر آن را متوقف بر اذن و نصب از ناحیه امامان معصوم (ع) می‌داند.

از دیگر سو همان گونه که پیش از این گفته شد، در روزگار حاکمیت طاغوت، شیعیان بنابه تعالیم امامان معصوم (ع) از اینکه مرافعه خود را برای دآوری نیز طاغوت ببرند منع شده بودند، از این رو چاره‌ای جز آن نبود که برای حل اختلافات و منازعات شیعیان، به افرادی از خود آنها بطور جداگانه اجازه قضاوت داده شود، و مسلماً اجازه به معنای شایستگی کافی نبوده بلکه اجازه‌ای که همراه با رنگ ولایت باشد لازم بود تا قضاوت، کارساز و مؤثر واقع شود. به طور مسلم افراد یادشده بایستی مشخص بوده و ویژگی‌هایی را داشته باشند تا هر کسی دست‌اندرکار قضاوت و اعمال ولایت نشود. در واقع این مر یک نوع سازمان بخشیدن و ایجاد نظم در جامعه شیعیان به شمار می‌رود و افراد مزبور کسانی جز مجتهدین یا افرادی که قادر به فهم احکام دین هستند نخواهند بود.

ولی در زمانی که حکومت عدل بر قرار شود و فقیه عادل‌مأم امور را بدست بگیرد، وی با تشکیلات حکومتی به اداره امور می‌پردازد و همه ملزم به پیروی هستند و دیگر لزومی ندارد که هر شخص دارای صلاحیت قضایی، به طور جداگانه ولایت قضایی داشته باشد تا نیازمند به وجود شرط اجتهاد باشیم، چرا که با وجود حکومت، قدرت و ولایت رکزیت‌یافته و همه قدرتها بایستی در طول ولایت فقیه عادل قرار گیرند. حتی اگر قاضی، مجتهد جامع الشرائط نیز باشد با توجه به مباحث گذشته، وی ولایت بالفعل ندارد و ولایت قضایی او در طول ولایت‌حاکم عادل است.

نکته شایان توجه اینکه سخن فوق بدین معنا نیست که غیرمجتهد می‌تواند مستقلاً ولایت قضایی داشته باشد، بلکه با دقت نظر معلوم می‌شود که ادعای یادشده، همان نظریه مشهور است که می‌گوید قضاوت از آن مجتهد جامع الشرائط است (چه اینکه ولایت عامه از آن اوست) زیرا در این صورت ولایت غیر مجتهد در طول ولایت فقیه حاکم است (لذا گفتیم ولایت مستقل ندارد) و ولایت وی پرتویی از ولایت فقیه حاکم است که اعمال می‌کند، بلکه همانگونه که گفتیم حتی اگر قاضی، مجتهد هم باشد ولایت وی مستقل نیست چرا که وی ولایت بالفعل ندارد بلکه ولایت وی پرتوی از ولایت فقیه عادل است که حکومت را بدست گرفته است و بدین لحاظ است که از دیدگاه حقوقی نیز قاضی اگر چه مجتهد باشد طبق اصل پذیرفته شده، قانونی بدون جرم و مجازات و بر اساس اصول ۳۶ و ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی، مکلف است حکم هر دعوایی را با استناد به مواد قانونی صادر کند و حق اعمال نظر شخصی ندارد.

اصل ۱۶۶ مقرر می‌دارد: احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آنها حکم صادر شده است. ناگفته نماند که ادامه اصل ۱۶۷ قانون اساسی به گونه‌ای است که دلالت بر اعمال اجتهاد در امر قضاوت می‌کند، اصل مزبور مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدرنه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». از دیدگاه حقوقی، اعمال اجتهاد در امور کیفری پذیرفته نیست، زیرا احتیاط و مصلحت در امور کیفری اقتضا می‌کند که احکام روشن و مدون باشند. در امور حقوقی نیز بهتر است برای ایجاد وحدت رویه و جلوگیری از مقام رهبری استفتاء شود و در صورت امکان با سرعت و دقت خلاءهای قانونی پر شود، چرا که به صلاح ملت و نظام اسلامی است که چرخ جامعه بر محور قانون اداره شود.

نتیجه اینکه سخن یادشده در مورد عدم ضرورت شرط اجتهاد در زمان حکومت عدل هیچ منافاتی با نظر مشهور که می‌گویند منصب قضاوت از آن مجتهد جامع الشرائط است ندارد، در عین حال ضرورتی ندارد که قاضی مجتهد باشد لذا برخی فقها فرموده‌اند: واما فی عهد الغیبة وتشکیل الحكومة الحققة الدولة الشرعية - فما المانع من اذن ولي الامر لهؤلاء (غیر المجتهدین) فی التصدی لمنصب القضاء. «اما در زمان غیبت و تشکیل حکومت‌حق - دولت‌شرعی - چه مانعی دارد که وی امر منصب قضاوت را به غیر مجتهدین بسپارد. آنچه که گفته شد در مورد قاضی بطور کلی بود ولی در قاضی تحکیم بحث آسان است، چرا که اساس مشروعیت آن بر تراضی طرفین دعوا است و مساله اعمال ولایت یا اهرم قدرت با تراضی و پذیرفتن حکم وی از ناحیه اصحاب دعوا حل می‌شود و نیازی به شرط اجتهاد نیست، چرا که شرط اجتهاد برای مشروعیت اعمال ولایت است. در قاضی

تحکیم همین مقدار که شخص آگاه به ضوابط باشد و یا به تعبیر صاحب جواهر توانایی احقاق حق داشته باشد کفایت می‌کند. ما دلیلی بر لزوم شرط اجتهاد در قاضی تحکیم نداریم.

قضاوت یا وحدت قاضی تحکیم با داوری‌دوری از جمله تاسیس‌های حقوقی است که برای فصل خصومت و رفع اختلاف در معاملات طی مواد (۶۸) تا (۶۳۲) قانون آئین دادرسی مدنی پیش بینی شده است. قانون، تاسیس مزبور را تعریف نکرده است ولی برخی از نویسندگان حقوقی با توجه به مواد قانونی آن را چنین تعریف کرده‌اند: «داوری یا حکمیت عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم اشخاصی که اطراف دعوا معمولاً آنها را به تراضی انتخاب می‌کنند و یا مراجع قضایی با قرعه بر می‌گزینند.» با توجه به مواد قانونی، داوری یک نوع حکومت قضایی خصوصی است که افراد می‌پذیرند تا به نحو بهتری اختلاف آنها فیصله یابد. این حکومت خصوصی ضمن معامله و یا به صورت قرارداد جداگانه، صرفاً در دعاوی حقوقی صورت می‌پذیرد. لذا قانونگذار در ماده (۶۳۳) آئین دادرسی مدنی مقرر داشته: «معاملین می‌توانند در ضمن معامله به موجب قرارداد علیحده ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع اختلاف بدواری بعمل آید...».

با عنایت به مطالب یادشده این پرسش مطرح است که آیا قاضی تحکیم همان تاسیس داوری است یا تاسیسی نوپیدا است؟ بدون شک پاره‌ای نقاط مشترک بین تاسیس داوری و قاضی تحکیم به ویژه در مورد هدف تاسیس آنها یافت می‌شود ولی پرسش در مورد انطباق کلی هر یک بر دیگری است یعنی اینکه آیا قاضی تحکیم همان داوری است؟ برخی بر این عقیده‌اند: قاضی تحکیم همان داوری است و هدف از انشاء ماده (۶) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب را اعلام صحت و مشروع بودن تاسیس داوری میدانند، چه که پس از استقرار نظام اسلامی و تغییر ساختار دادگستری، یکی از مسائل مطروح این بود که آیا فصل ترفع از طریق داوری با مقررات شرع انور انطباق دارد یا خیر و حکمی که داوران صادر می‌کنند قابل اجرا است یا خیر؟ و اینکه با تصویب ماده (۶) قانون فوق‌الذکر باید به صحت و شرعی بودن مواد راجع به داوری در قانون آئین دادرسی مدنی قائل شد. اداره حقوقی دادگستری نیز طی نظر به مشورتی که از وی خواسته شده بیان داشته است: ولی توجه و امعان نظر در قانون آئین دادرسی مدنی و مقایسه آن با مباحث فقهی درباره قاضی تحکیم بیانگر تفاوت میان آن دو می‌باشد، زیرا:

اولاً، با توجه به ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی که پیش از این بیان کردیم، داوری یک نوع قرار داد است که صرفاً در دعاوی حقوقی و یا به عبارت بهتر در معاملات کارساز و مؤثر است، در حالی که طبق توضیحاتی که سابقاً درباره قاضی تحکیم بیان کردیم، تاسیس مزبور با توجه به مباحث فقهی و با عنایت به اطلاق ماده (۶) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، هم در دعاوی حقوقی و هم در دعاوی کیفری کارساز است. به دیگر سخن قلمرو رسیدگی از طریق داوری صرفاً در دعاوی حقوقی است مگر اینکه وفق ماده ۶۷۵ قانون آئین دادرسی مدنی، دعاوی مربوط به ورشکستگی و دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب، قابل ارجاع به داوری نیست. ماده یادشده مقرر می‌دارد: «دعاوی مذکور زیر قابل ارجاع بدواری نیست: ۱. دعاوی ورشکستگی. ۲. دعاوی راجعه به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب.

ثانیاً؛ با توجه به ماده ۲۶ لایحه قانون تاسیس اطاق‌های بازرگانی، داور می‌تواند از جمله اشخاص حقوقی باشد و اشخاص حقوقی صلاحیت به عهده گرفتن داوری را دارند. لایحه یادشده مقرر می‌دارد: «اطاق‌های بازرگانی می‌توانند در امور بازرگانی داور واقع شوند.» در حالی که قاضی تحکیم لزوماً بایستی شخص حقیقی باشد و هیچگاه شخص حقوقی نمی‌تواند عهده دار امر قضاوت شود. ثالثاً؛ با توجه به مواد ۶۴۵ تا ۶۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی که محرومین از داوری را ذکر کرده است، بدست می‌آید که اصل بر صلاحیت همه اشخاص در به عهده گرفتن داوری است مگر مواردی را که قانونگذار در مواد یادشده ذکر کرده است. و با مطالعه مواد مزبور بدست می‌آید که اساساً شرایط شخص داور با قاضی تحکیم تفاوت دارد و هیچ ضرورتی ندارد که داور دارنده شرطهای قاضی تحکیم باشد مگر شرط بلوغ و عقل که از جمله شرطهای عقلایی است. بنابر این از نظر جنسیت، زن می‌تواند عهده‌دار امر داوری شود و همینطور نیازی به شرط طهارت مولد و ایمان نیست. و حال آنکه در قاضی تحکیم رعایت شرطهای یادشده الزامی است. همین طور، بنابر نظریه کسانی که اجتهاد را از شرطهای ضروری قضاوت می‌دانند، وجود آن در داور لزومی ندارد.

بنابر این می‌توان نتیجه گرفت که داور با قاضی تحکیم از سه جهت تفاوت دارد. ۱. قلمرو و صلاحیت رسیدگی. ۲. شخصیت. ۳. شرایط. از سوی دیگر، نحوه نگارش ماده (۶) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب به گونه‌ای است که خواننده را به این سمت سوق می‌دهد که قانونگذار به دنبال ایجاد تاسیس حقوقی جدیدی بوده است، چرا که روح ماده مزبور، اجازه مراجعه به قاضی تحکیم است، و چنانچه منظور همان داوری بود بایستی به گونه‌ای دیگر نگارش می‌یافت.

بخش سوم: صوری که می‌توان قاضی تحکیم را عملی کرد برای عملی کردن تاسیس قاضی تحکیم و استفاده از آن در کشور، سه شکل زیر قابل تصور است: ۱. قاضی تحکیم ادغام شده در نظام قضایی. ۲. قاضی تحکیم خصوصی، ولی با نظارت نظام قضایی. ۳. قاضی تحکیم کاملاً مستقل از نظام قضایی.

۱. قاضی تحکیم ادغام شده در نظام قضایی در چنین شکلی نظام قضایی افرادی را که از نظر اداری در زمره کارکنان نظام قضایی به شمار می‌روند به عنوان کسانی که صلاحیت رسیدگی به دعاوی را دارند معرفی می‌کند و اصحاب دعوا پس از تقدیم دادخواست به مقام صلاحیتدار، در صورت تراضی می‌توانند به شخص مزبور مراجعه کنند و بدون طی کردن مراحل رسیدگی رسمی به حل اختلاف میان خویش بپردازند، تفاوت این نوع قضات با قضات منصوب کاملاً روشن است چرا که این افراد اگر چه از ناحیه حکومت معرفی یا تعیین شده‌اند ولی معرفی به معنای نصب نیست، لذا طرفین دعوا بدون تراضی حق مداخله و رسیدگی را ندارند، بر خلاف قضات منصوب که به محض طرح شکایت از ناحیه يك طرف، قاضی حق رسیدگی پیدا می‌کند و می‌تواند طرف دیگر را ملزم به حضور در دادگاه کند.

۲. قاضی تحکیم خصوصی ولی با نظارت نظام قضایی - در این شکل دستگاه قضایی در معرفی و تعیین قضات دخالتی ندارد بلکه همانند وکالت، افرادی با توجه به ضوابط پذیرش شده و به صورت فردی یا جمعی در مؤسسات و مراکز خصوصی عهده‌دار امر قضاوت می‌شوند و دستگاه قضایی به نحوه گزینش و نحوه کار و فعالیت آنها نظارت می‌کند، همانگونه که در امر وکالت این چنین است. شکل کار می‌تواند به این صورت باشد که پس از طرح شکایت نزد مقام صلاحیتدار، دادخواست به تراضی اصحاب دعوا، به یکی از مراکز یا مؤسسات خصوصی ارجاع شود و نتیجه دادرسی جهت ثبت و ضبط و مترتب شدن آثار حقوقی به مقامات صالحه اعلام گردد.

۳. قاضی تحکیم کاملاً مستقل از نظام قضایی - در این شکل دستگاه قضایی هیچگونه نظارت و مهاری بر قضات مورد تراضی ندارد و اشخاص در صورت داشتن شرایط لازم در امر قضاوت، با تراضی اصحاب دعوا صلاحیت رسیدگی پیدا می‌کنند. این شکل می‌تواند به دو صورت انجام پذیرد: الف - نخست طرح شکایت نزد مقام صلاحیتدار صورت می‌پذیرد آن گاه بنابر تقاضای اصحاب دعوا، رسیدگی به فردی که مورد توافق آنهاست و اگذار می‌شود و نتیجه رسیدگی جهت ثبت و ضبط و مترتب شدن آثار حقوقی به مقامات صالحه اعلام می‌گردد. ب - اساساً طرح شکایت نزد مقام صلاحیتدار قضایی انجام نمی‌پذیرد بلکه اطراف دعوا با تراضی یکدیگر، به قاضی تحکیم مراجعه می‌کنند و پس از انجام دادرسی به لحاظ آثار حقوقی که ناشی از قضاوت است نتیجه کار به مقام صلاحیتدار جهت ثبت و ضبط اعلام می‌گردد.

انتخاب و ترجیح هر يك از صور فوق نیاز به مطالعه دقیق و کار شناسانه و بررسی اوضاع و شرائط فرهنگ قضایی جامعه دارد که بحث جداگانه‌ای را طلب می‌کند. البته این امکان نیز وجود دارد که بتوان هر سه صورت را همزمان در سیاست قضایی کشور جای داد و امکان استفاده از هر يك را ایجاد کرد. (نویسنده: محمد سعید قماش)