

## واکاوی فقهی مسئله «استقلال داور»

حسین هوشمند فیروزآبادی\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۴/۱۴

### چکیده

همان‌گونه که قضات دادگاه‌ها استقلال دارند و طرفین اختلاف نمی‌توانند به بهانه عدم رضایت از رأی قاضی از اجرای حکم وی امتناع کنند، داور یا همان قاضی تحکیم نیز استقلال داشته و رضایت آتی طرفین شرط نفوذ حکم داور نمی‌باشد. این امر نتیجه‌ای است که از قضاوت دانستن ماهیت داوری اتخاذ می‌شود و بدین دلیل است که در ماهیت داوری، داور را وکیل طرفین نمی‌دانیم. دیگر این‌که مطابق نظر صحیح‌تر فقهی، داور از زمانی که طرفین به وی اعطای صلاحیت می‌نمایند استقلال می‌یابد و نه تنها بعد از صدور رأی بلکه در اثنای رسیدگی و بررسی نیز طرفین نمی‌توانند از رجوع به داور و قاضی تحکیم انصراف دهند و از داور سلب صلاحیت نمایند. هم‌چنین داوری مانند قضاوت از قاعده اعتبار امر قضاوت شده تبعیت می‌کند و خود داور نیز نمی‌تواند بعد از صدور رأی آن را نقض نموده یا اصلاح نماید.

### واژگان کلیدی:

حکمیت - استقلال - داوری - قاضی تحکیم - داور.

## ۱. مقدمه

امروزه دآوری یکی از شیوه‌های حل اختلاف و فصل خصومت تخصصی و سریع محسوب می‌شود، که به طرفین اختلاف امکان می‌دهد بدون مراجعه به دادگاه بتوانند فرد یا افرادی را که مورد اعتمادشان است برای حل و فصل اختلاف انتخاب کنند. در فقه امامیه و حقوق ایران، موضوع استقلال قاضی منصوب، امری بدیهی و واضح است به گونه‌ای که وی می‌تواند له یا علیه هر یک از متخاصمین حکم صادر کرده و پس از صدور حکم هم محکوم‌له و هم محکوم‌علیه باید آن را پذیرفته و ملتزم بدان باشند و نمی‌توانند به بهانه نارضایتی از حکم یا ناعادلانه دانستن آن از اجرائش سر باز زنند. به عبارت دیگر قاضی منصوب از لحظه آغاز تا پایان قضاوت، برخوردار از استقلال قضایی بوده و استقلال وی در طول زمان قضاوت منوط به شرطی خاص یا زمانی خاص نمی‌باشد. لکن مسئله مورد بحث این است که آیا داور یا همان قاضی تحکیم که منتخب طرفین است نیز همانند قاضی منصوب چنین شأنی داشته و رضایت یا عدم رضایت متخاصمین تاثیری در نفوذ حکم وی نداشته و در هر صورت متخاصمین باید بدان ملتزم باشند؟ پاسخ به سؤال فوق از آن جهت که به لزوم و عدم لزوم رأی صادره و مقاصد الشریعه تحکیم برمی‌گردد از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. هم‌چنین با فرض پذیرش استقلال داور، این موضوع قابل بحث و بررسی خواهد بود که آیا داور از زمان صدور حکم، استقلال یافته و بعد از آن دیگر رضایت متخاصمین شرط نیست، یا این‌که وی از زمان اعطای صلاحیت از جانب متخاصمین استقلال یافته است؟ چنانچه قائل شویم زمان ایجاد استقلال داور از زمان صدور حکم خواهد بود، در این صورت طرفین یا یکی از آنها می‌توانند قبل از صدور حکم توسط وی، از رجوع به داور انصراف داده و از داور سلب صلاحیت نمایند. و موضوع آخر که محل تأمل و بحث خواهد بود این است که داور انتخابی با توجه به فرضیه توسعه استقلالی وی در قضاوت، آیا امکان رجوع از رأی خویش را دارد یا خیر؟ گفتنی است که فقها در موارد مذکور دارای اختلاف نظر هستند. لکن مقاله حاضر دیدگاه‌های مختلف را از نظر فقهی-حقوقی مورد نقد و بررسی قرار داده و در آخر نتایج حاصل از ارزیابی را به صورت موردی بیان کرده است.

جهت پاسخ‌گویی به سؤالات فوق در این نوشتار پس از مفهوم‌شناسی داوری در حقوق و قضاوت تحکیمی در فقه ابتدا به بررسی اقوال و ادله فقهی پیرامون استقلال داوری پرداخته و بعد از اثبات لزوم استقلال داور، زمان ایجاد استقلال برای داور را بررسی می‌نمائیم. در پایان نیز امکان رجوع داور را از رأی و نظرش مورد واکاوی قرار می‌دهیم.

## ۲. مفهوم‌شناسی

از نظر لغوی واژه داور به معنی (دادور) و بر وزن دادگر، نامور، هنرور و سخنور به معنی صاحب داد، قاضی، عادل و حاکم است. در طول زمان به جهت کثرت استعمال و تسهیل در تلفظ و تخفیف در نگارش، به مرور، دال ثانی حذف و تبدیل به (داور) شده است (دهخدا، ۱۳۴۰، ج ۲۱، ص ۳۸).

در اصطلاح حقوقی داوری یا حکمیت عبارت از آن است که طرفین دعوی به اراده خود و یا دادگاه در موارد خاص، موضوع مورد اختلاف را به داور یا حکم ارجاع و داوری یا حکمیت او را با شرایط خاص قانونی مناط حل اختلاف و قاطع دعوی قرار دهند. (واحدی، بی‌تا، ۷۷)

بند الف ماده یک قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ در تعریف داوری آورده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی»

در برخی از تعاریف، داوری صرفاً قراردادی قلمداد شده و به جنبه امکان انتصاب داور توسط مقام قضایی توجه نشده است. (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۷۶) یا تعریفی که دکتر شمس بیان نموده اند: «داوری عبارت است از فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آن‌ها را در این جهت انتخاب نموده باشند.» (شمس، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۵۲۱) این تعریف و تعاریف مشابه با توجه به عدم پیش‌بینی امکان انتصاب داور توسط مقام قضایی (علاوه بر امکان انتخاب توسط طرفین)، قابل ایراد می‌باشد چراکه در قانون هر دو نوع داوری پیش‌بینی شده است.

واژه داوری در حقوق با قضاوت تحکیمی در فقه همپوشانی دارند. توضیح اینکه «حکم» در لغت به معنای قضاوت و دادرسی آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲،

ص ۱۴۰). و در اصطلاح فقهی قاضی تحکیم کسی است که ابتدائاً و بالذات برای قضاوت نصب نشده است؛ 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، ۱۴۱۵ق، ص ۲۱). برخی از فقهای معاصر بر این باور هستند که قاضی تحکیم می‌تواند بیش از یک نفر باشد (اشخاص) و لزومی در واحد بودن وی نیست و او کسی است که طرفین نزاع با توافق هم، وی را برای داوری میان خود انتخاب کرده‌اند، بدون این‌که این شخص از سوی امام به طور خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۰۹). از مجموع تعاریف فقهی بر می‌آید قاضی تحکیم کسی است که اولاً منتخب طرفین اختلاف است، ثانیاً صلاحیتش منوط به عدم حضور امام معصوم (ع) و یا قاضی منصوب از طرف ایشان نیست، ثالثاً شغل ذاتی و اولی‌اش قضاوت نیست بلکه با انتخاب طرفین به صورت موقت و در طول دوران محاکمه صلاحیت می‌یابد و رابعاً می‌تواند یک نفر یا بیش از یک نفر باشد. با توجه به تعاریفی که توسط حقوق‌دانان و قانون‌داوری بین‌المللی از داوری ارادته گردید، و با توجه به تعاریف فقها از قاضی تحکیم می‌توان گفت مفهوم داوری در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه اسلامی می‌باشد. این مطلب مورد اذعان برخی از حقوق‌دان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱؛ کشاورز، بی‌تا، صص ۲۰ و ۲۱) و فقها (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۳۳) نیز قرار گرفته است. در ماده (۶) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ نیز آمده بود: «طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت، به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.»

### ۳. بررسی ادله مرتبط با استقلال داور

پرسش این است که آیا داور یا همان قاضی تحکیم همانند قاضی دادگاه از استقلال رأی برخوردار بوده و رضایت متخاصمین در لزوم حکم وی شرط نمی‌باشد، و طرفین باید در هر صورت به حکم ایشان پای‌بند باشند؛ یا این‌که رضایت متخاصمین بعد از صدور حکم لازم است و می‌توانند در صورت عدم رضایت از اجرای حکم استنکاف ورزیده و آن را نپذیرند؟ فقها در مسئله فوق اختلاف نظر دارند که با بررسی منابع

فقهی می‌توان دو دیدگاه را مشاهده کرد:

نظر مشهور فقها این است که بعد از قضاوت و فصل خصومت توسط داوری که طرفین خودشان با تراضی وی را انتخاب کرده‌اند دیگر نیازی به قبول و رضایت مجدد آن‌ها به حکم نیست، و رأیی که داور صادر می‌کند برای آن‌ها لازم و معتبر است یعنی داور استقلال دارد. بنابراین برای متخصصین بعد از صدور رأی، خیار و حق فسخی نیست.<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۰؛ عاملی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۶۸؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۳؛ اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۱۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص ۳). در میان علمای اهل سنت نیز ابوحنیفه و ابن قدامه همین نظر را دارند و یکی از دو قول شافعی نیز همین است (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳۷). همچنین است از نظر برخی حقوق‌دانان که هرچند تفاوت داوری با رسیدگی قضایی در این است که در داوری طرفین در انتخاب داوران و تا حدودی در انتخاب آیین دادرسی و قوانین ناظر بر ماهیت آزاد هستند لکن این روش نیز همانند رسیدگی‌های قضایی، روشی الزام‌آور و به عبارت دیگر، دارای عنصر تعهدآور حقوقی به شمار می‌رود (بلدسو بوسچک، ۱۳۸۱، ص ۴۱۱).

در مقابل دیدگاه قبل، برخی استقلال قاضی تحکیم را نپذیرفته‌اند. اگرچه این نظر بیشتر به برخی فقهای عامه نسبت داده شده (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۷) و یکی از دو قول منسوب به شافعی است (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۱). لکن در میان فقهای شیعه، برخی با نفوذ حکم قاضی تحکیم بعد از قضاوت و قبل از رضایت متخصصین به حکم قاضی، مخالفت کرده و آن را نپذیرفته‌اند. (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۱۳؛ تبریزی، بی‌تا، ص ۲۵)

### ۳-۱. ادله موافقین استقلال داور

قائلین به استقلال و نفوذ حکم قاضی تحکیم (داور) به چندین روایت، شهرت و دلیل عقلی استناد جسته‌اند که به ترتیب بیان می‌شوند و مورد بررسی قرار می‌گیرند:

#### ۳-۱-۱. روایات

الف) در روایتی که از ابن خدیجه سالم بن مکرم جمال نقل شده است، امام صادق (ع)

فرموده‌اند: بنگرید به شخصی از بین خودتان که راجع به مسائل ما و احادیث ما چیزی می‌داند آن‌گاه او را حکم قرار دهید که من نیز او را قاضی قرار داده‌ام. پس او را به حکمیت بخوانید<sup>۲</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۲). با توجه به این‌که عبارت «فانی قد جعلته قاضیاً» فرع بر عبارت «فاجعلوه بینکم» (شما وی را بین خودتان قاضی قرار دهید) است، به این معنا که طبق قول امام صادق (ع) اگر شما وی را با رضایت خودتان انتخاب کردید او قاضی است و من وی را قاضی می‌شناسم؛ بر این اساس حکم قاضی نافذ و لازم‌الاجراست پس رضایت طرفین در اجرای حکم شرط نیست (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۳؛ ر.ک: عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۳؛ اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۱۷).

ب) روایت بعدی در این زمینه، مقبوله عمر بن حنظله است. مطابق این روایت امام صادق (ع) در پاسخ به پرسش از جواز مراجعه به قضات وقت می‌فرماید: هر کس برای قضاوت نزد آن‌ها برود، خواه برای حق یا باطل، به طاغوت روی آورده است. سپس راهنمایی می‌کنند که به کسی مراجعه کنید که احادیث ما را نقل می‌کند و احکام حلال و حرام ما را می‌شناسد، چنین شخصی را به عنوان قاضی بپذیرید؛ زیرا من وی را بر شما حاکم قرار دادم<sup>۳</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۶۷). برخی از فقها با استناد به این مقبوله، رد کردن و نپذیرفتن نظر قاضی تحکیم را بعد از این‌که دو نفر در مورد قضاوت کردن وی تراضی کردند و حکم صادر شد، حرام دانسته و پذیرفتن نظر چنین داوری را لازم می‌دانند، خواه رضایت طرفین بعد از حکم باشد یا نباشد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۰؛ اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۳).

ج) روایت دیگری که مورد استناد برخی از فقها قرار می‌گیرد، روایتی است که از پیامبر (ص) نقل شده است؛ که می‌فرمایند: هرگاه دو نفر بر قضاوت کسی میان خود تراضی نمایند و او میان آن‌ها به عدالت حکم نکند پس لعنت خداوند بر او باد<sup>۴</sup> (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲). برخی از فقها مطابق با این روایت خیار مبنی بر نپذیرفتن رأی داور برای طرفین دعوا قائل نشده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲).

همچنین برخی از فقها از روایت مذکور نتیجه می‌گیرند که اگر برای حکم داور مذکور اعتبار و لزوم نباشد؛ تهدید این روایت بی‌معنی خواهد بود و تحذیری که در روایت وجود دارد بر مثل فعل چنین داوری است نه بر عادلانه نبودن حکمش (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۱۲۳). لکن برخی از فقها با اعلام ضعف سند روایت مذکور،

معتقدند تهدید موجود در روایت مربوط به عادلانه صادر نکردن حکم است و غایت مدلول روایت جواز تحکیم را می‌رساند نه لزوم آن را چون مفاد آن اعم از این است که بعد از رضایت طرفین یا بدون رضایت طرفین حکم برای آن‌ها نافذ باشد (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۳).

د) روایت دیگری که مورد استناد برخی فقها قرار می‌گیرد، روایتی از حلبی است که می‌گوید: به امام صادق (ع) گفتم گاهی بین دو نفر از اصحاب ما منازعه و اختلافی رخ می‌دهد و آن‌ها به مردی از ما راضی می‌شوند پس امام (ع) فرمودند: وی این صلاحیت را ندارد چون او کسی است که مردم را با شلاق و شمشیر مجبور می‌کند<sup>۵</sup> (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۵). با توجه به فرقی که بین لسان این روایت و لسان روایت ابی خدیجه - که در آن عبارت «فانی قد جعلته قاضیا» وجود دارد؛ باید گفت که در روایت ابی خدیجه نفوذ حکم به دلیل جعل داور توسط امام دانسته شده‌است؛ اما در روایت حلبی به رضایت طرفین و ظاهر آن این است که نفوذ حکم داور در صورتی است که متخاصمان به حکمش راضی باشند و وی از کسانی که مردم را با شمشیر و شلاق مجبور می‌کنند نباشد، به عبارت دیگر مفهوم مخالف روایت می‌رساند که اگر وی از کسانی که مردم را مجبور می‌کند نباشد با همان رضایت سابق و ابتدایی طرفین رأیش نافذ و لازم است (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۵۵).

### ۲-۱-۲. شهرت

دلیل دیگری که برخی از فقها بدان استناد می‌کنند شهرت است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص ۳؛ اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۱۷). لکن این دلیل نیز از جانب برخی فاقد اعتبار دانسته شده است. (ر.ک: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۴). شاید وجه بی‌اعتباری شهرت در این جا کم اهمیت بودن آن با توجه به وجود ادله روایی و عقلی باشد. زیرا در جایی که دلیل روایی یا عقلی وجود داشته باشد توجه نکردن به آن‌ها و به دنبال شهرت رفتن چندان بررسی دقیقی نخواهد بود.

### ۳-۱-۳. دلیل عقلی

مهم‌ترین دلیلی که قائلین به عدم ترازی متخاصمین برای اثبات عدم لزوم رضایت اقامه

می کنند، دلیل عقلی است. (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۲۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۴) با این توضیح که چنانچه رضایت طرفین شرط باشد؛ در این صورت رأیی که داور صادر می کند در اکثر موارد لغو است چون در غالب موارد رضایت طرفین محقق نمی شود. و در موارد نادر هم اگر رضایت طرفین حاصل شود در این صورت آنچه باعث فصل خصومت و رفع اختلاف شده حکم داور نبوده بلکه رضایت طرفین بوده است. ضمن این که از اطلاق تحکیم که در شرع پذیرفته شده است و اتفافی که طرفین نزاع در رجوع به داور نموده اند بر می آید که باید طرفین راضی به رأی بوده و این رأی برای آن ها الزام آور و نافذ باشد. همان طور که در نظر عرف نیز این گونه است و اگر حکم داور نفوذ و التزام و انقیاد نداشته باشد چنین ترافی بی معنی خواهد بود. بلکه اگر قصد طرفین قبل از رجوع به داور این باشد که رأی داور در صورتی لازم و نافذ باشد که هر دو بدان راضی باشند این امر جائز است اما بدان تحکیم و داوری مصطلح نمی گویند؛ بلکه رجوع به خبره و کارشناس محسوب می شود. براین اساس بین رجوع به قاضی تحکیم (داور) برای رفع تنازع متخاصمین و این سخن که حکم و رأی داور نافذ نیست مگر با رضایت متخاصمین، تضاد و تنافی وجود دارد.

### ۳-۲. ارزیابی ادله موافقین استقلال داور

همان طور که گفته تا موقعی که دلایل عقلی و روایی موجود است تمسک به شهرت چندان وجهی نخواهد داشت. و دلیل عقل به حکم عقل بر قوت خود باقی است و هیچ کس به مخالفت با آن نپرداخته است. هم چنین است روایات که از جهت استدلال کامل بوده و هیچ گونه قول قوی مبنی بر رد استدلال های روایی در میان فقها یافت نمی شود. لکن اشکالی که بر بعضی از روایات فوق -روایت الف و ب- از ناحیه برخی فقها وارد آمده است، از جهت سند روایات می باشد. ابو خدیجه در روایت اول مورد اختلاف فقها قرار گرفته و برخی وی را تضعیف می کنند (طوسی، بی تا، ص ۸۰). هم چنین است در مورد عمر بن حنظله در روایت دوم که برخی هم ایشان را تضعیف نموده اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۴۱). لازم به ذکر است علی رغم این که در مورد سند روایت های دیگر، חדشه قابل ملاحظه ای وجود ندارد، اعتبار اسناد آن ها را از قول فقها بعد از ذکر متن عربی هر حدیث ذکر نمودیم. لکن برای این که بتوانیم نتیجه ای



دقیق از بحث حاضر داشته باشیم ضرورت دارد تا به ارزیابی سندی در دو روایات مورد اختلاف بپردازیم.

### ۳-۲- بررسی سندی روایات

#### الف) ابو خدیجه

از میان روایان احادیث محل مناقشه، وثاقت ابو خدیجه مورد اختلاف فقها قرار گرفته است. برخی از فقها هم چون شیخ طوسی (ره) ایشان را تضعیف می کنند (طوسی، بی تا، ص ۸۰) لکن بسیاری از فقها (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص ۱۷؛ تبریزی، بی تا، ص ۲۵؛ تسخیری، ۱۳۷۶، ص ۲۰۳) و رجالیون (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۸۸؛ استرآبادی فی رجال الکبیر به نقل از نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۷، ص ۱۸) با اذعان به این که ایشان ثقه است، مقصود از ابو خدیجه را به قرینه روایت و شأ از احمد بن عائذ از ابو خدیجه، سالم بن مکرم می دانند، نه سالم بن سلمه. لکن شیخ طوسی می گوید: سالم بن مکرم که کنیه اش ابو خدیجه است و کنیه پدرش، ابوسلمه است، ضعیف می باشد. گویا شیخ، او را با سالم بن ابی سلمه که نجاشی در مورد او گفته است: حدیثش نقی و پاکیزه نیست، اگر چه ما از او جز خیر نمی شناسیم، اشتباه گرفته است (ر.ک: مازندرانی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۲؛ حائری، بی تا، ص ۵۶).

#### ب) عمر بن حنظله

همه افرادی که در ردیف روایان سند مورد بحث قرار دارند - به غیر از عمر بن حنظله که آن را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد - ثقه هستند. هر چند برخی از فقها هم چون آیت الله خویی (ره) ایشان را تضعیف نموده اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۱۰). لکن علامات مبنی بر وثاقت ایشان موجود است، از جمله این که روایتی است از یزید بن خلیفه که از امام صادق (ع) در مورد وقت نماز چنین سؤال می کند: عمر بن حنظله یک وقتی را برای نماز از قول شما نقل کرده است "ان عمر بن حنظله أتاننا عنک بوقت" و حضرت فرمودند: او اگر نقل کرده باشد، بر ما دروغ نمی گوید. "إذا لایکذب علینا" هر چند برخی بر این باور هستند که یزید بن خلیفه وثاقتش ثابت نیست؛ اما به نظر ما یزید بن خلیفه ثقه است به جهت این که صفوان بن یحیی حدود هشت مورد از ایشان

روایت نقل کرده است و همین برای وثاقت او کافی است، و هم‌چنین مؤید وثاقت او این است که برخی از اصحاب اجماع هم مثل یونس بن عبدالرحمن در موارد متعدد— و عبدالله بن مغیره از او روایت دارند. پس این روایت معتبر است و بر وثاقت عمر بن حنظله دلالت می‌کند؛ چرا که از این کلام، پیداست که حضرت به او اعتماد دارد؛ بنابراین عمر بن حنظله ثقة است و روایت مورد بحث هم معتبر است و اشکال سندی بر آن وارد نیست (درس خارج فقه آیت الله شبیری، ۱۳۸۹/۱۰/۰۱) هم‌چنین برخی معتقدند که همه فقیهان روایت مورد بحث را پذیرفته‌اند و هیچ بحثی در صحت و سقم آن نکرده‌اند؛ لذا بعید نیست که انسان به صحت صدور این حدیث اطمینان پیدا کند و بر همین اساس آن را «مقبوله» نامیده‌اند؛ یعنی روایتی که مورد قبول همگان واقع شده است (جمعی از مولفان، بی تا، ج ۳۰، ص ۶۹).

### ۳-۳. ادله مخالفان استقلال داوری

قائلین به عدم لزوم ابتدایی حکم داور و کسانی که نفوذ حکم داور را منوط به رضایت طرفین می‌دانند، در اثبات مدعای خود به دو دلیل تمسک می‌کنند.

نخستین دلیل مطروحه این است که الزام، زمانی است که رضایت به آن حکم وجود داشته باشد؛ و رضایت به حکم نیز زمانی حاصل می‌شود که شناخت به حکم وجود داشته باشد (ابن قدامه، بی تا، ج ۱۱، ص ۴۸۴).

دومین و مهم‌ترین دلیل این گروه تمسک به اجماع می‌باشد. شیخ طوسی (ره) در کتاب المبسوط خود در این باره می‌فرماید: اگر کسی بگوید به مجرد حکم قاضی تحکیم الزامی بوجود نمی‌آید و برای هر یک از طرفین تا زمانی که بعد از صدور حکم بدان رضایت نداده‌اند حق فسخ و خیار وجود دارد و هنگامی که اعلام رضایت کردند برایشان الزام‌آور می‌شود، این نظریه نزد من قوی‌تر است؛ چون بر آن اجماع وجود دارد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۱۶۵). لکن برخی عنوان می‌کنند که این اجماع مطروحه از جناب شیخ با اجماعی که در کتاب خلاف خود طرح می‌نماید در تعارض است. اجماع ادعا شده شیخ طوسی در مبسوط، خلاف اجماعی است که وی در کتاب خلاف ذکر کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲).

### ۳-۴. ارزیابی ادله مخالفین استقلال داور

به نظر می‌آید که استدلال اول این گروه مصادره به مطلوب است؛ زیرا دلیل عین مدعاست و مطلوب به دست نمی‌آید و ثابت نخواهد شد (تسخیری، ۱۳۷۶، ص ۲۰۴). و در توجیه و رفع تنافر بین دو سخن شیخ طوسی (ره) مبنی بر اجماع گفته شده است که آنچه شیخ در خلاف گفته خوب است و وجود اجماع بر لزوم حکم قاضی تحکیم بعد از رضایت طرفین منافاتی با لزوم حکم وی قبل از رضایت طرفین ندارد (حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۸، ص ۶۶۰). هم‌چنین برخی از فقها با نپذیرفتن نظریه لزوم رضایت طرفین به حکم داور بر این باور هستند این‌که شیخ طوسی در مبسوط رضایت طرفین را لازم دانسته است، از جهت اخذ به متیقن بوده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۴۶). هم‌چنین ممکن است اجماع منقول در کتاب خلاف بر اصل حکمیت باشد، یعنی تحکیم بدون اختلاف جائز است، و جواز آن مورد اجماع است نه این‌که حکم بین طرفین لازم باشد چون اخباری که مفاد آن‌ها را شیخ نقل کرده دلالت بر جواز اصل حکمیت دارند و دلیلی که وی بر لزوم حکم داور اقامه کرده دلیل عقلی است؛ بدین بیان که می‌گوید اگر حکم قاضی تحکیم لازم نباشد و طرفین بدان ملتزم نباشند، ترافع داور و حکم وی بی‌معنی خواهد بود (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۳). از بررسی‌های فوق روشن می‌شود که استدلال ادله دیدگاه اول و اعتبار حاصله از اسناد روایات مورد بحث نسبت به ادله دیدگاه دوم از قوت بسیار بالایی برخوردار است. از همین روست که علامه حلی علی‌رغم نظری که در کتاب تحریر الاحکام خویش - مبنی بر شرطیت رضایت متخاصمین در نفوذ حکم صادره - می‌دهد؛ در کتاب ارشاد الاذهان و قواعد الاحکام از نظر خود برگشته و عدم شرطیت رضایت متخاصمین را در لزوم و نفوذ رأی صادره نتیجه می‌گیرد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۱۹ و ۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۳۸).

### ۴. بررسی زمان ایجاد استقلال برای داور

بعد از این‌که نفوذ حکم داور را مشروط به رضایت بعدی متخاصمین ندانسته و از این منظر معتقد به استقلال داور شدیم، اکنون این سؤال مطرح خواهد شد؛ آیا استقلال داور از زمان صدور حکم خواهد بود و بعد از آن رضایت متخاصمین شرط نیست؟ یا این‌که استقلال داور از زمان اعطای صلاحیت از جانب متخاصمین و پذیرش وی به وجود

خواهد آمد؟ در این باره نیز میان فقها اختلاف نظر وجود دارد:

برخی از فقها براین باور هستند که اگر یکی از طرفین درخواست تحکیم، قبل از صدور حکم رجوع کند، و بعد از آن داور صدور حکم نماید، حکم وی نافذ نخواهد بود (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۱۹). هم چنین برخی دیگر از فقها با اعتقاد به همین مطلب، عنوان می کنند که در صورت رجوع هر کدام از متخاصمین از داور، قبل از صدور حکم، حتی اگر داور در اثناء رسیدگی باشد حکمش هم چنان نافذ نخواهد بود (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۸؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص ۳).

محور استدلال قائلین به این دیدگاه مربوط به قبل از صدور نهایی حکم از سوی داور است؛ زیرا داور مربوطه، منتخب طرفین بوده و برخلاف قاضی منصوب، دو طرف دعوا به وی اعطای صلاحیت کرده اند فلذا تا قبل از اصدار، هریک که از انتخاب خود رجوع نمود، قاضی تحکیم یا همان داور صلاحیت خویش را از دست خواهد داد و اگر هم حکمی صادر کند در حق کسی که از انتخاب او پشیمان گشته نافذ و لازم نخواهد بود. برخی از اهل سنت نیز با پذیرش رجوع قبل از شروع رسیدگی، این رجوع را به رجوع از توکیل مقایسه کرده و آن دو را شبیه به هم دانسته و گفته اند همان گونه که وکیل با رجوع موکل صلاحیتش را از دست می دهد در این جا نیز چون داور وکیل طرفین است با رجوع هر یک از طرفین فاقد صلاحیت می گردد (ابن قدامه، بی تا، ج ۱۱، ص ۴۸۴).

در مقابل برخی از فقها با اشاره به تالی فاسدی که پذیرش دیدگاه اول دارد یعنی این امر که هر یک از طرفین در خلال داوری اگر متوجه شد رأی داور به ضرر اوست می تواند از داور سلب امتیاز نموده و انصراف دهد؛ معتقدند بعد از اعطای صلاحیت به داور، وی صلاحیت یافته و طرفین نمی توانند چه قبل از شروع داور به رسیدگی و چه بعد از شروع او به رسیدگی، رأیش را نپذیرند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۱۶۵). هم چنین برخی ضمن ذکر مخالفت با نظریه امکان رجوع از حکمیت براین باور هستند، که حق این است که اگر حکم در مقام اصدار باشد، دلیل عقلی اقتضا دارد که برای هیچ یک از طرفین حتی قبل از صدور حکم و در مراحل مقدماتی حق امتناع نباشد و تنها حالتی که امکان امتناع و انصراف وجود دارد در صورت توافق طرفینی آن هاست اما

هیچ کدام به تنهایی حق امتناع و انصراف ندارند؛ زیرا اقتضای ارجاع متخاصمین به داور التزام به حکم می‌باشد. هم‌چنین ادله لزوم وفا، پای‌بندی به حکم داور را برای متخاصمین شامل خواهد بود، که باید به آن پای‌بند باشند (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۵).

#### ۴-۱. ارتباط زمان ایجاد استقلال داور با ماهیت داوری

چنان‌که از بیان دیدگاه‌های فوق مشخص می‌گردد در حقیقت محور اختلافات دو دیدگاه مذکور به مسئله ماهیت داوری برمی‌گردد یعنی این‌که آیا مقام داور یا همان قاضی تحکیم، وکیل بودن برای طرفین است و یا این‌که وی قضاوت می‌کند و همان صلاحیت‌هایی را دارد که قاضی منصوب دارا می‌باشد. بنابراین برای دریافت نظر صحیح درخصوص زمان شروع استقلال داور ضروری است ماهیت داوری مشخص گردد.

#### ۴-۲. بررسی ماهیت داوری

در رابطه با ماهیت داوری بیش‌تر فقهای امامیه قائل‌اند داوری همان قضاوت تحکیمی است و داور نیز یک قاضی انتخابی طرفین است اما برخی دیگر گفته‌اند داور، وکیل طرفین اختلاف است و داوری نوعی وکالت است. این نظریه اگرچه در بین معدودی از فقهای امامیه دیده می‌شود اما رواج آن بیش‌تر توسط برخی از فقهای اهل سنت مطرح گردیده است.

#### ۴-۲-۱. نظریه قضاوت تحکیمی یا انتخابی

با توجه به این‌که بحث داوری و حکمیت هنگام وقوع اختلاف میان زوجین و شقاق بین آن‌ها در آیه شریفه قرآن مطرح گردیده و فقها در بحث شقاق کتاب نکاح آن را مطرح کرده‌اند و با این توضیح که داوری و حکمیت دعای خانوادگی خصوصیت چندان ویژه‌ای ندارد و فقها آن را به سایر موارد داوری و حکمیت تعمیم داده‌اند و تفکیکی بین ماهیت داوری در حل اختلاف زوجین و دیگر داوری‌ها ننموده‌اند لذا بحث را از همین نوع داوری آغاز می‌کنیم.

در آیه ۳۵ سوره نساء آمده است: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...» اگر از وقوع شقاق بین زوجین نگران بودید حکمی را از بین خانواده مرد و حکمی را از بین خانواده زن برگزینید...

شیخ طوسی معتقد است حکم در این آیه قاضی تحکیم است و منظور تعیین حکم بین زوجین به صورت توکیل نمی‌باشد. (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۱۶) علامه حلی در مختلف ظاهر قول فقهای امامیه را تحکیم می‌داند. (حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۷، ص ۳۹۵) مرحوم طبرسی امین الاسلام نیز مراد از حکم در آیه را تحکیم می‌داند. (طبرسی، ۱۴۱۰ق: ص ۱۷۸) شهید ثانی نیز در مورد این آیه می‌گوید اکثر فقها بر این عقیده‌اند که داوری در این آیه همان تحکیم است زیرا خداوند از داوران به حکم تعبیر کرده است و انتخاب و بعث آن‌ها را متوجه حکام نموده است نه متوجه زوجین و وکیل مأذون حکم نیست. (عاملی، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۳۶۷) همین نظریه در برخی از کتب آیات الاحکام مانند کنز العرفان نیز به چشم می‌خورد. (فاضل مقداد، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۲۱۴)

#### ۴-۲-۲. ادله نظریه قضاوت تحکیمی

جناب شیخ طوسی در کتاب خلاف به چند دلیل استناد کرده و می‌گوید اولاً ظهور کلام خداوند متعال در آیه بر تحکیم است چون فرموده «فابعثوا حکماً» و نگفته فابعثوا وکیلاً. ثانیاً خطابات قرآن کریم که حکمی را بیان می‌کنند، هرگاه به صورت مطلق بیان شوند، منصرف به امامان و قضات هستند، مانند آیات «والسارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما» و «الزانیه و الزانی فاجلدوا». در آیه مورد بحث نیز خطاب مطلق است و مخاطب آن زوجین نیستند بنابراین حکمین، وکلای زوجین نیستند. ثالثاً خطاب در آیه مورد بحث متوجه زوجین نیست چون اگر بود می‌فرمود: فابعثوا وکیلاً در حالی که فرموده است: «فابعثوا حکماً». رابعاً در ادامه آیه آمده است: «ان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما»، فاعل فعل «یریدا» در آیه شریفه حکمین هستند، در حالی که اگر حکمین وکلای زوجین بودند، بایستی اراده به زوجین اضافه می‌شد. خامساً بنا بر نظر فقهای امامیه حکم حکمین به جز در افتراق نافذ است و تنها 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 تمام تصمیمات و نظرات خود باید براساس اذن موکلان خود یعنی زوجین عمل می نمودند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۱۶) و تنها در مواردی که اذن موکل یا منافع وی در تعارض با موازین شرع باشد وکیل می تواند از عمل بر اساس دستور موکل امتناع نماید. مطلبی را که شیخ در پایان استدلال خود بیان نموده نظر مشهور فقهای امامیه است (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۴۲؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۶۳۸؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص ۲۵۹) که چنانچه حکمین نظرشان تفریق و جدایی زوجین باشد به دلیل اجماع و مقتضای اخباری چون «الطلاق بید من اخذ بالساق» رأی ایشان زمانی لازم الاجراست که زوجین استیذان به طلاق داده باشند و فقط حکم حکمین به جمع زوجین و جدا نشدنشان نیازی به استیذان ندارد (طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۴، ص ۴۱۶؛ عاملی، ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۳۶۸) اما برخی از فقهای دیگر معتقدند چنانچه حاکم امر اصلاح و طلاق را به حکمین واگذار کند، ایشان حتی در طلاق و تفریق هم حکمشان قابل اجراست اما اگر اختیار مطلق به ایشان داده شده باشد، طلاق و تفریق به استناد رأی آنها جایز نیست مگر به اذن زوجین. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۱۵)

#### ۴-۲-۳. نظریه وکیل بودن داور

از میان فقهای امامیه مرحوم ابن براج در کتاب الکامل فی الفقه خود نظریه توکیل را پذیرفته است که متأسفانه این کتاب در حال حاضر در دسترس نیست اما وی در آثار بعدی خود از این نظریه عدول کرده و همان نظر مشهور یعنی تحکیم را پذیرفته است و می گوید اگرچه در کتاب «الکامل فی الفقه» گفتم که به صورت توکیل است اما صحیح این است که گفته شود به صورت تحکیم می باشد، زیرا اگر توکیل باشد تابع مقررات وکالت و شرایط آن خواهد بود، در صورتی که چنین نیست. (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ص ۲۶۶)

به غیر از ایشان در میان فقهای امامیه اگرچه سایرین نیز به نظریه وکیل بودن داور اشاره کرده اند اما ظاهراً آن را صرفاً جهت رد نظر برخی از اهل سنت آورده اند و طی بررسی به عمل آمده شخص دیگری یافت نشد که این نظریه را پذیرفته باشد و این که برخی حقوق دانان این نظریه را به مشهور نسبت داده اند (دکتر کاتوزیان) ادعای بی دلیل

است و همان‌طور که در توجیه کلام ایشان آورده شده شاید منظور از مشهور در کلام ایشان مشهور حقوق‌دانان باشد نه مشهور فقها. (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۸۶)

در میان علمای اسلامی بیش‌تر این نظریه در میان برخی از فقهای عامه دیده می‌شود. مرحوم فاضل هندی قول به توکیل را به مذهب مالکی و برخی از شافعیه نسبت داده است. (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ج ۷، ص ۵۲۲) اما شیخ طوسی این نظریه را متعلق به ابوحنیفه دانسته است. (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۱۶)

#### ۴-۲-۴. ادله نظریه وکیل بودن داور

دلایل این گروه بدین شرح است:

الف) در ازدواج میان زوج و زوجه بضع حق زوج و مال حق زوجه است و زوجین هر دو بالغ و رشید هستند و هیچ کس بر آن دو ولایت ندارد؛ بنابراین تنها کسانی می‌توانند در مورد روابط میانشان مداخله کرده و تصمیم بگیرند که از سوی آن‌ها اجازه داشته باشند و الا اصل عدم ولایت بر شخص بالغ و رشید نقض می‌شود.

ب) چون در قاضی (چه منصوب و چه منتخب) اجتهاد شرط است و در داوری اجتهاد شرط نیست پس داوران قاضی نیستند و وکیل محسوب می‌شوند (ر.ک: روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۹۶).

در پاسخ به دلیل اول، فقها از قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» کمک گرفته‌اند و گفته‌اند اگرچه زوجین هر دو بالغ و رشید هستند و کسی بر آنان ولایت ندارد، اما 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 که تمکین کنند. در این‌جا نیز حاکم بعد از انتخاب حکم و داور، زوجین را مجبور به پذیرش حکم داور می‌کند. این موضوع مخصوص اختلاف زوجین نیست و در هر جا شخص رشید و بالغی از اداء حقوق امتناع کند حاکم بر او ولایت دارد و این ولایت را اعمال می‌نماید، مانند جایی که زمان ادای بدهی شخص رشید سپری شده باشد و حاکم به دلیل تأخیر بر او ولایت یابد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۴۰۶).

دلیل دوم نیز با دو پاسخ مواجه شده است اولاً حاکم در حقیقت کسی است که داوران را برمی‌گزیند و داوران به منزله وکیلان او هستند و ثانیاً شرطیت اجتهاد قاضی



مورد اتفاق همه فقها نیست و برخی اجتهاد را شرط نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص ۱۵-۲۰). و برخی فقهای دیگر نیز معتقدند در امور جزئی و معین اجتهاد و فقاقت شرط نیست و این امور را می‌توان به فرد غیر مجتهد یعنی به یکی از آحاد مردم سپرد (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۲، ص ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۹۶).

هم‌چنین باید گفت داوری با وکالت از چند جهت دیگر تفاوت دارد. اولین تفاوت در نحوه انتخاب است. داوران می‌توانند منتخب طرفین نباشند یعنی ممکن است توسط دادگاه و قاضی انتخاب شوند. تفاوت دیگر در اختیارات آنهاست. اگر داوران وکیل زوجین باشند باید تنها به مصالح موکل خود یعنی زوج یا زوجه توجه کنند و نمی‌توانند به فکر طرف مقابل باشند در حالی که در بسیاری از داوری‌ها داوران علاوه بر توجه به حقوق شخصی که آنها را انتخاب کرده است به رعایت عدل و انصاف و قوانین اجتماعی توجه می‌کنند (هدایت نیا، ۱۳۸۷، ص ۸۹) بنابراین این نظریه مردود می‌باشد. از این روست که ابن براج از نظر خود برگشته و می‌فرماید: صحیح این است که گفته شود به صورت تحکیم می‌باشد زیرا اگر توکیل باشد تابع مقررات وکالت و شرایط آن خواهد بود، در صورتی که چنین نیست. (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ص ۲۶۶)

بدیهی است پذیرش نظریه وکیل بودن داور اقتضائاتی را در پی دارد از جمله رعایت غبطه موکلین است که در همه موارد داور لازم است مصلحت و غبطه موکل را در نظر بگیرد و نمی‌تواند به غیر از مصالح موکل خود به مصالح طرف مقابل توجه کند (ماده ۶۶۷ قانون مدنی).

هم‌چنین تنها در حدود اختیارات و صلاحیت‌هایی که از جانب موکل به وی اعطا شده است حق اقدام و تصمیم‌گیری دارد. (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳؛ مواد ۶۶۰ و ۶۶۳ قانون مدنی) دیگر این که چون وکالت عقد جایز است هر کدام از طرفین می‌توانند هر زمان خواستند عقد را بهم بزنند و موکل می‌تواند هر جا احساس خطر از ناحیه تصمیمی که داور می‌خواهد بگیرد، نمود وی را عزل کند و داور نیز می‌تواند هر زمان از فصل خصومت خسته شد یا به هر دلیلی منصرف شد خود را عزل نماید (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۵) هم‌چنین چنانچه موکل تنها اختیار و صلاحیت صدور رأی به نفع خودش را به وکیل بدهد و وکیل (داور) بعد از طی مراحل داوری و رسیدگی بخواهد رأیی صادر کند که مورد نظر موکل و خوشایند او نیست در این صورت رأی وکیل

فضولی محسوب شده و منوط به تنفیذ موکل است. (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۳)

بنابراین با رد نظریه وکیل دانستن داور باید گفت داور هم چون قاضی منصوب از استقلال داوری برخوردار است و استناد برخی فقها به مفاد روایات مربوط به قاضی تحکیم از جمله استناد به عبارت "فاجعلوه بینکم فانی جعلته قاضياً" در روایت ابی خدیجه صحیح است که مطابق آن به محض شروع حکمیت شخص تعیین شده «قاضی» محسوب می شود، و عزل وی از حکمیت و داوری محتاج دلیل است؛ فلذا هیچ یک از طرفین نمی توانند قبل از صدور حکم از داوری رجوع نمایند (تسخیری، ۱۳۷۶، ص ۲۰۷). این استدلال قابل قبول و به نظر غیر قابل خدشه است؛ چراکه همان دلائلی که باعث نفوذ و لزوم حکم داور در حق متخاصمین بعد از صدور رأی می گردد همان دلائل در حین رسیدگی نیز وجود دارد و چون داوری یک شیوه حل اختلاف مرحله ای است که در خلال آن داور با طرفین گفتگو نموده و دلائل هر یک را بررسی می نماید پس طبیعتاً رأی داور برای طرفین قابل پیش بینی است و اگر اجازه رجوع داشته باشند در هر زمان می توانند رسیدگی را متوقف کرده و داوری را لغو و عبث سازند.

##### ۵. امکان رجوع داور از رأی و نظرش

مسئله دیگر مربوط به حدود استقلال داور این است که آیا داور نیز مانند متخاصمین بعد از صدور رأی نمی تواند در آن تصرفی نماید و یا این که حق رجوع و اصلاح حکم صادره از سوی خویش را دارا می باشد؟ به عبارت دیگر آنچه که در قسمت قبل پیرامون عدم امکان دخالت طرفین در رأی و نظر داور چه در مرحله قبل و چه بعد از صدور رأی مطرح ساختیم در مورد خود داور قبل از صدور رأی بی مورد است اما در مرحله بعد از صدور رأی این مسئله قابل بررسی است که آیا وی صلاحیت بررسی مجدد یا اصلاح رأی را دارد یا خیر؟ به نظر می رسد با توجه به ادله زیر می توان برای رأی داور (قاضی تحکیم) نیز مانند قاضی منصوب قاعده اعتبار امر قضاوت شده و مختومه قائل شد.

اول این که مطابق روایت عمر بن حنظله بعد از این که امام صادق (ع) می فرمایند: «بنگرید که چه کسی حدیث ما را روایت می کند و حلال و حرام ما را می داند پس او

را حکم و داور قرار دهید» ادامه می دهند: «که اگر چنین شخصی به حکم ما حکمیت و داوری کرد و حکمش را نپذیرفتند همانا حکم خدا را خفیف شمرده اند و ما را رد کرده‌اند و کسی که ما را رد کند، گو این که خداوند را رد کرده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۶۷). بنابراین مطابق روایت خود داور و حکم نیز نمی‌تواند بعد از این که حکمی مطابق اصول و احکام صادر کرد از آن رجوع نماید و استقلال وی تنها تا قبل از صدور رأی است و پس از آن استقلالی ندارد. از این روست که صاحب جواهر بر این باور است که وقتی حکمی براساس اجتهاد صحیح صادر شد دیگر قابل نقض نیست چون ابتدائاً بر پایه تعالیم اهل بیت (ع) صادر شده و در حکم اهل بیت (ع) قرار گرفته و اگر کسی بخواهد آن را نقض کند گو این که کلام اهل بیت (ع) را نقض می‌کند فلذا نقض حکم جایز نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۹۷). با توجه به مخالفت صاحب جواهر با لزوم اجتهاد قاضی (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۱۵) واضح است مقصود ایشان از اجتهاد در این کلام اجتهاد اصطلاحی نیست بلکه تخصص و مطابقت حکم با تعالیم اهل بیت (ع) مدنظر می‌باشد.

دلیل دیگر این که اقامه دعوا از طرف خواهان علیه خواننده، رسیدگی دادگاه و صدور حکم، اگرچه در جهت اجرای عدالت است، اما باید نزاع و اختلاف فی مابین اصحاب دعوا را نیز پایان دهد تا محکوم له (خواننده یا خواهان)، با قطعیت حکم، امکان یابد با اطمینان و خیالی آسوده، از محکوم به یا مورد دعوا بهره برداری و از حکم صادره به عنوان دلیل نیز، عندالاقضاء استفاده نماید. در نتیجه این از ویژگی‌های آراء قضایی است که از قاعده اعتبار امر مختومه برخوردارند. یعنی نه تنها بر اصحاب دعوا نافذ و لازم الاجراست؛ بلکه وقتی قاضی رأی صادر کرد، به جز در موارد خاص نمی‌تواند از رأی خود برگردد و قضات دیگر هم نمی‌توانند رأی او را نقض کرده یا همان موضوع را با همان خصوصیات مجدداً مورد رسیدگی قرار دهند (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۷؛ شمس، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۶۷). هم‌چنین در بخش ارزیابی ماهیت داوری نتیجه گرفتیم که مفهوم داوری در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه اسلامی می‌باشد و لازمه پذیرش نظریه قضاوت انتخابی برای ماهیت داوری این است، که براساس آن باید آراء داوران از اعتبار آرای قضایی برخوردار باشد (شمس، همان). و از ویژگی‌های آراء قضایی این است که از قاعده اعتبار امر مختومه

برخوردارند. بنابراین مطابق این ویژگی رأی داور هم لازم است از این اعتبار برخوردار باشد. بنابراین چون داور خودش نیز حق رجوع از حکمش را ندارد (و از این جهت شبیه متخاصمین باشد) در این صورت استقلال وی در صدور رأی و امکان داوری مستقلانه برای او تنها تا قبل از انشا و صدور رأی است و پس از آن در تغییر یا اصلاح حکم استقلالی ندارد.

### نتیجه‌گیری

۱. مطابق روایاتی مانند روایت ابی خدیجه، مقبوله عمر بن حنظله و روایت حلبی که از نظر سند معتبرند، پذیرفتن نظر داور یا همان قاضی تحکیم لازم است، و رد کردن و نپذیرفتن نظرش حرمت دارد.
۲. براساس ادله عقلی و با توجه به اطلاق تحکیم که در شرع پذیرفته شده است و اتفاقی که طرفین نزاع در رجوع به داور نموده‌اند، می‌توان گفت: متخاصمین باید راضی به رأی وی باشند و این رأی برای آن‌ها الزام‌آور و نافذ باشد همان‌طور که در نظر عرف نیز این‌گونه است و اگر حکم داور نفوذ و التزام و انقیاد نداشته باشد، چنین توافقی بی‌معنی خواهد بود.
۳. این استدلال - که الزام به حکم، زمانی است که رضایت به آن حکم وجود داشته باشد، و رضایت به حکم نیز زمانی حاصل می‌شود که شناخت به حکم وجود داشته باشد. - مصادره به مطلوب است؛ زیرا دلیل عین مدعاست.
۴. اجماع ادعا شده شیخ طوسی در کتاب مبسوط مبنی بر این که - هر وقت طرفین اعلام رضایت کردند، برایشان الزام‌آور می‌شود، خلاف اجماعی است که وی در کتاب خلاف ذکر کرده است. هم‌چنین است که شیخ انصاری می‌فرماید: این‌که شیخ طوسی در مبسوط رضایت طرفین را لازم دانسته است، از جهت اخذ به متیقن است.
۵. همان دلائلی که باعث نفوذ و لزوم حکم داور در حق طرفین بعد از صدور رأی می‌گردد همان دلائل در حین رسیدگی نیز وجود دارد و به داور از ابتدا استقلال می‌بخشد؛ زیرا داوری یک شیوه حل اختلاف مرحله‌ای است، که در خلال آن داور با طرفین گفتگو نموده و دلائل هر یک را بررسی می‌نماید. براین اساس طبیعتاً

رأی داور برای طرفین قابل پیش بینی است، و اگر اجازه رجوع داشته باشند در هر زمان می‌توانند رسیدگی را متوقف کرده و داوری را لغو سازند.

۶. در خصوص امکان رجوع داور از رأی و حکمی که صادر کرده نیز باید گفت مطابق روایات، خود داور نیز نمی‌تواند بعد از این که حکمی مطابق اصول و احکام صادر کرد از آن رجوع نماید و وی تنها تا قبل از صدور رأی استقلال دارد؛ زیرا که اگر حکمی براساس اصول و مبانی صحیح برگرفته از تعالیم اهل بیت (ع) صادر شد دیگر قابل نقض نیست؛ زیرا نقض آن یا رجوع نمودن از چنین حکمی در حقیقت به منزله نقض کلام اهل بیت (ع) است.

#### یادداشت‌ها

۱. لازم به ذکر است در خصوص محل بحث تنها یک استثنا وجود دارد و آن هم دلیل تعبدی داشته و مربوط به جایی است که داور یا قاضی تحکیم، حکمی مبنی بر پرداخت دیه توسط عاقله صادر کند که در این صورت رضایت عاقله بعد از حکم لازم است. البته شاید بتوان گفت در این جا نیز که رضایت عاقله شرط است ارتباطی با طرفین اختلاف ندارد زیرا اگر چه حکم پرداخت دیه باید توسط عاقله اجرا شود اما عاقله یکی از طرفین نزاع نبوده است. هم‌چنین حالت عکس مورد استثنا نیز وجود دارد. یعنی برخی موارد وجود دارد که مقتضای دلیل تعبدی این است که حکم قطعاً متوقف بر رضای طرفین نیست، مثلاً چنان‌چه در رضاع اختلاف نمایند و یکی از طرفین مدعی شود رضاع موجب حرمت محقق شده و دیگری منکر تحقق چنین رضاعی شود در این جا حاکم حسب قواعد و ادله حکم می‌کند و قطعاً تأثیری برای رضای بعدی آن‌ها نخواهد بود (گلپایگانی، ۱۳۴۱ق، ج ۱، ص ۵۵).
۲. عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ قَالَ قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَ إِذَا كُنْتُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَ لَكِنْ انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَأَجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ.
۳. عن عمر بن حنظله، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة ... قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإني قد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما بحكم الله استخفّ وعلينا ردّ والرادّ علينا الرادّ على الله وهو على حدّ الشرك بالله»
۴. روی عن النبی علیه السلام انه قال: من حکم بین اثنین تراضیا به، فلم يعدل بینهما، فعليه لعنة الله. هرچند روایت حاضر از طریق اهل سنت نقل گردیده است لکن بسیاری از فقهای

شیعه بدان استناد کرده‌اند (طوسی، ۱۳۹۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲؛ حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۸، ص ۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۶؛ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۴). بنابراین اگر عمل فقهای شیعه به این حدیث به حد شهرت رسیده باشد بنابر نظر مشهور ضعف سند حدیث بدین وسیله جبران می‌گردد.

۵. عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ رَبِّمَا كَانَ - بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُنَازَعَةُ فِي الشَّيْءِ - فَيَتَرَاضِيَانِ بِرَجُلٍ مِمَّا قَالَا لَيْسَ هُوَ ذَلِكَ - إِنَّمَا هُوَ الَّذِي يُجِيرُ النَّاسَ عَلَى حُكْمِهِ بِالسَّيْفِ وَ السُّوْطِ. این روایت از نظر سند صحیح و معتبر است (خویی، ۱۴۰۴ق، ج ۱

## منابع

### قرآن کریم

- ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، *المهذب*، قم: انتشارات جامعه مدرسین، چاپ اول، ج ۲
- ابن قدامه، عبدالله (بی تا)، *المغنی*، بیروت: دارالکتب العربی، چاپ اول، ج ۱۱
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، *لسان العرب*، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ج ۱۲
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع الفائده و البرهان*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ج ۱۲
- اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی (۱۴۲۳ق)، *فقه القضاء*، قم: بی جا، چاپ دوم، ج ۱
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، *کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ج ۷ و ۱۰
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *القضاء و الشهادات*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول
- بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۲۴.
- بلدسو یوسچک (۱۳۸۱)، *فرهنگ حقوق بین الملل*، ترجمه دکتر بهمن آقایی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- تبریزی، جواد بن علی (بی تا)، *أسس القضاء و الشهادة*، قم: دفتر مولف.
- تسخیری، محمد علی و مشیرفر، شیوا (۱۳۷۶)، «حکمت در فقه اسلامی»، *مجله تحقیقات اسلامی*، دوره اول، شماره ۱ و ۲.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و دوم
- حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق)، *القضاء فی الفقه الإسلامی*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول
- همو (بی تا)، «لقطه و مجهول المالك (۱)»، *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، (بی تا)
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، *مفتاح الکرامه*، بیروت: دار التراث، چاپ اول، ج ۱۰

- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (بی تا)، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۷
- همو (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ج ۳
- همو (۱۴۱۰ق)، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۲
- همو (۱۴۲۰ق)، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ج ۵
- جمعی از مولفان (بی تا)، *مجله فقه اهل البيت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه السلامی، چاپ اول، ج ۳۰
- حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۰۸ق)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ۴
- خمینی، سید روح الله موسوی، (بی تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه دارالعلم، ج ۲
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، *جامع المدارک جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ۶
- خویی، ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، *مبانی تکملة المنهاج*، نجف: مطبعة الآداب، چاپ اول، ج ۱
- همو (۱۴۰۴ق)، *مستند العروة* (کتاب النکاح)، نجف: مطبعة الآداب، چاپ اول، ج ۱
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۰)، *لغت نامه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، جلد ۲۱
- روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۲ق)، *فقه الصادق علیه السلام*؛ قم: مؤسسه دارالکتاب، چاپ اول، ج ۲۲
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق)، *نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء*، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ج ۱
- شبییری، سید موسی، درس خارج فقه حوزة علمیه قم، سایت مدرسه فقاہت، <http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Shobeiry/Feqh/89>
- شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، تهران: انتشارات دراک، چاپ دوم، ج ۱ و ۳
- طبرسی، امین الاسلام (۱۴۱۰ق)، *المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف*، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة، چاپ اول، ج ۲
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، *الخلاف*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول، ج ۴ و ج ۶
- همو، (بی تا)، *الفهرست*، نجف: المكتبة الرضویة.
- همو، (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الامامیة*؛ تهران: المكتبة المرتضویة لاهیا الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ج ۸.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة، چاپ اول، ج ۱۴

- عاملی، محمد بن حسن (حر عاملی) (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*؛ قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ج ۱۸ و ۲۷
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۱۷ق)، *الدروس الشرعية في فقه الإمامية*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ دوم، ج ۲
- فاضل مقداد، جمال الدین (۱۴۲۵ق)، *کنز العرفان في فقه القرآن*، تحقیق سید محمد قاضی، قم: مرتضوی، چاپ اول، ج ۲
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، *اعتبار امر قضاوت شده*، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز، چاپ سوم
- کشاورز، بهمن (بی تا)، *نگرشی به قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب*، تهران: نشر میزان
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، *الکافی (ط - الإسلامية)*؛ تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ج ۱ و ۷
- گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی (۱۴۱۳ق)، *کتاب القضاء*، قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول، ج ۱
- مازندرانی، علی اکبر سیفی (۱۴۱۷ق)، *دلیل تحریر الوسيلة - الخمس*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول
- متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، تهران: مجد، چاپ اول، ج ۱
- نجاشی، ابو الحسن احمد بن علی (۱۴۰۷ق)، *رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۳۱
- نراقی، احمد (۱۴۱۵ق)، *مستند الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ج ۱۷
- واحدی، قدرت الله (بی تا)، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: میزان، ج ۱
- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۷)، *داوری در حقوق خانواده*، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، چاپ اول