

[مشروعیت قاضی تحکیم 1](#_Toc28016609)

[قاضی تشخیص و قاضی حکم 2](#_Toc28016610)

**موضوع**: اقسام القاضی /القضا /کتاب القضا

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث ما در قاضی تحکیم بود گفتیم به یک معنا می توان قاضی تحکیم را با ضوابطی پذیرفت و قضا را نافذ فرض کرد. همچنین گفتیم که با استفاده از عمومات وفای به عهد و شرط می توان در مواردی که از حقوق و اختیارات شخص باشد -بر اساس ولایت اشخاص بر حقوق و اموالشان- قضای تحکیم را اثبات کرد البته به معنایی که بیان شد.

# مشروعیت قاضی تحکیم

این معنا از قضای تحکیم در کلام بعضی از فقها نیز به آن اشاره شده است. در کلام مرحوم موسوی خلخالی آمده است: «أن قاضي التحكيم هو من يعيّن من جانب المتخاصمين للحكمية و القضاء بينهما، و لكونه منتخبا برضا الطرفين يعتبر فيه شروط و مواصفات أقلّ، و في‌المقابل يكون اعتباره و رسميّته أقلّ من اعتبار القاضي المنصوب، فهو لا يشترط فيه «الاجتهاد»، و لا يحتاج إلى إذن الفقيه، و لا يجوز له في المقابل إجراء الحدود. و إن قال جماعة من العلماء و لعلّه أكثرهم أنه يشترط فيه حتما جميع الشرائط المعتبرة في قاضي التحكيم و من جملتها: «الاجتهاد».و مرجع هذا الكلام- في الحقيقة- إلى إنكار قاضي التحكيم، لأنّ الفقيه هو بنفسه قاض منصوب، و لا حاجة بعد ذلك إلى نصبه للحكمية، و انتخاب طرفي الدعوى له لا يعطيه رسمية زائدة.و كلامنا هو في قضاء من تعيّن للقضاء بانتخاب المتخاصمين، و لم يكن فقيها و مجتهدا.و من البديهي أن اعتبار قضاء مثل هذا يتوقف على وجود دليل يمكن بالاستناد إليه ترتيب جميع الآثار الشرعية عليه.و لا يشاهد وجود دليل معتبر في الكتاب و السنة، و على هذا فإن نفوذ حكم‌ قاضي التحكيم محدود ب‍ «حق الناس» مثل الأمور المالية التي يكون أمرها جميعا بيد طرفي الدعوى و يمكنهما الإغماض عنها و لا اعتبار شرعي لقضائه في «حق اللّه» أو «الحقوق المشتركة»بل ذهب البعض إلى أن رضا الطرفين لا بدّ منه حتى بعد صدور الحكم، و بهذه الصورة لا يكون لقضاء و حكم «قاضي التحكيم» صبغة رسميّة و اعتبار شرعي، و العمل به يرتبط ارتباطا كاملا برضا المتخاصمين»[[1]](#footnote-1)

علاوه بر این در قانون برخی از کشورهای اسلامی بحث قاضی تحکیم را در اموری که در آن صلح جایز است پذیرفته اند. در مسائل احکام (نه حقوق) بحث تصالح نیست بلکه صلح مربوط به حقوق است و همانطور که بیان شد معنای پذیرش قضای تحکیمی که با عمومات شرط پذیرفتیم این نیست که با شرط کردن طرفین قضای قاضی نافذ شود بلکه مراد این است که این امر که با قطع نظر از شرط مشروع است، به وسیله شرط، واجب می شود. مثلا مطالبه حق مشروع است و اگر ضمن عقدی شرط کنند که از حق خودش منصرف شود. در این صورت عمل به شرط واجب تکلیفی است. مثال دیگر اینکه شخص در فرضی که می تواند ادعای خود را به محکمه ببرد ولی شرط کنند که اگر پیش فلان شخص برای قضاوت رفتند و او هر حکمی کرد اجرا کنند و این شخص هم به محکمه نرود؛ در اینصورت واجب است که به شرط عمل کنند و حرام است که مدعی به محکمه برود، حال اگر معصیت کرد و به محکمه رفت دعوای او مسموع است. عمومات وفای به شرط نمی تواند بگوید چون اینها شرط کرده اند که پیش فلان قاضی بروند حکم آن قاضی نافذ می شود چون نفوذ و عدم نفوذ به دست مکلفین نیست، ولی اموری که با قطع نظر از شرط جایز است می تواند با شرط واجب شود.

# قاضی تشخیص و قاضی حکم

به حسب ثبوت دو قسم قضاوت می توانیم داشته باشیم. یکی همانکه در اذهان است و تا حال بیان می کردیم و در کلمات فقها آمده بود و در روایت آمده است: «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِيهِ رَفَعَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْقُضَاةُ أَرْبَعَةٌ ثَلَاثَةٌ فِي النَّارِ وَ وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ رَجُلٌ قَضَى بِجَوْرٍ وَ هُوَ يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ وَ رَجُلٌ قَضَى بِجَوْرٍ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ وَ رَجُلٌ قَضَى بِالْحَقِّ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ وَ رَجُلٌ قَضَى بِالْحَقِّ وَ هُوَ يَعْلَمُ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ وَ قَالَ ع الْحُكْمُ حُكْمَانِ حُكْمُ اللَّهِ وَ حُكْمُ الْجَاهِلِيَّةِ فَمَنْ أَخْطَأَ حُكْمَ اللَّهِ حَكَمَ بِحُكْمِ الْجَاهِلِيَّةِ»[[2]](#footnote-2) یعنی قاضی ای که حکم را بر اساس موازین شریعت انجام می دهد. وقتی می گویند حکم قاضی نافذ است یعنی حکم کند بر تطبیق کبری شریعت بر صغریات خارجی. فرق این حکم با فتوا این است که فتوا بیان حکم است بدون تطبیق، ولی در بحث قضاوت، قاضی علاوه بر بیان حکم، تطبیق هم می کند. بازگشت حکم قاضی به «اسناد صغروی حکم به شریعت» است. ولی حقیقت فتوی «اسناد کبروی حکم به شریعت» است. در حقیقت قضای بدون علم، افترا خواهد بود.

این قسم از قضا همان است که در کلمات فقها عنوان شده است و عبارتست از بیان حکم شارع صغرویا. این را قاضی حکم می گویند.

قسم دیگری از قضا داریم و آن قاضی تشخیص است. توضیح این مطلب چنین است که مثلا در کشورهای غیر اسلامی، قاضی ای در محکمه حکم کند که دختر و پسر به مقدار مساوی ارث می برند. در اینجا مراد این نیست که از نظر اسلام این حکم ثابت است زیرا اصلا فرض این است که او مسلمان نیست و قانون اسلام را قبول ندارد؛ بلکه مراد این است که حکم او بر حسب موازین و مقرراتی که در آن کشور وجود دارد صورت گرفته است و قضاوت آنها مبتنی بر تشخیص صغریات قوانین خودشان است. به همین جهت قاضی غیر مسلمان مندرج در قاضی مصطلح در کلام فقها نیست چون قضای مصطلح ما این است که صغرای شریعت را بیان می کند در حالی که قاضی غیر مسلمان آن را قبول ندارد؛ او صغریات قانون خودشان را بیان می کند. این گونه قضاوت ها از موارد افتراء نیست چون استناد به شارع نمی دهد.

در کشور ما نیز این معنا قابل تحقق است. ممکن است خود قاضی نظر فقهی اش این باشد که زوجه از عقار ارث نمی برد ولی وقتی وراث به خاطر نزاعی پیش او می آیند او طبق موازینی که در قانون وجود دارد می گوید این زوجه از عقار ارث می برد. قاضی در این فرض مشکل آنها را با تطبیق بر کبریات قانون حل کرده است و تضمینی به صحت شرعی آن ندارد ولی چون از مقررات حکومتی است این حکم را کرده است.

اگر قاضی چنین حکمی کند و تصریح کند که حکم من ارتباطی به شارع ندارد و حکم من صرفا بر طبق قانون حکومت است، از جهت افترا و قول بدون علم محذور شرعی وجود ندارد و آن روایتی نیز که قاضی را چهار قسم کرد، قاضی حکم را بیان می کرد.

اگر قاضی در مقام بیان حکم شارع باشد و نظر او اجتهادا یا تقلیدا این باشد که زوجه از عقار ارث نمی برد نمی تواند حکم کند که در این مورد که نزاع صورت گرفته است، زوجه از عقار ارث می برد. اما اگر می خواهد بر اساس مقررات حکومت تکلیف دعوا را روشن کند، در این صورت نفوذ حکم او در حق متخاصمین منوط به این است که آن حکم از نظر متخاصمین، اجتهادا یا تقلیدا پذیرفته شده باشد.

ملاک نفوذ حکم در این صورت نظر فقهی قاضی نیست بلکه ملاک در این مورد این است که آیا کسانی که قرار است این قاون در حق آنها اجرا شود این قاون برای آنها اعتبار شرعی دارد یا نه؟ اگر طبق نظر آنها، اجتهادا یا تقلیدا زوجه از عقار ارث نمی برد ولی قاضی به خاطر مقررات حکم کند که زوجه ارث می برد این حکم نافذ نیست.

اگر قرار است حکم قاضی تشخیص در حق متخاصمین معتبر باشد یا باید به ملاک قول خبره باشد، یا به ملاک حجیت قول ثقه. اگر شبهه موضوعیه است مثل اینکه دعوا دارند که آیا این خانه را فروخته اند یا نه؟ و قاضی حکم به فروش کند، در این صورت اگر قاضی که عالم به مقررات است چنین حکمی کرده است حکم او به ملاک انطباق کبرای قانونی بر صغرای مشکوک، یا از باب حجیت قول ثقه است، اگر بینه خبر حسی داده است، و یا به ملاک حجیت قول خبره است و این در صورتی است که قول بینه از روی حدس است. اگر مورد از موارد شبهه حکمیه است مثل ارث بردن زن از عقار، در اینصورت ملاک نفوذ قول قاضی این است که این حکمی که قاضی در حق متخاصمن کرده است، شرعا معتبر باشد. مثلا اگر حاکم طبق موازین حکومتی حکم به ارث زوجه از عقار کرد ولی متخاصمین اجتهادا یا تقلیدا این حکم را قبول ندارند در این صورت این حکم نافذ نیست.

دلیل ما بر اعتبار تشخیص علی القاعده بودن این نوع قاضی است یعنی از باب حجیت قول خبره یا خبر ثقه. علاوه بر قاعده ای بودن آن، از بعضی از نصوص هم می توان در حد استیناس کمک گرفت. در بحث فتوا این مسأله وجود دارد که اگر از کسی سوال شرعی پرسیده شود، مسئول باید نظر اجتهادی یا تقلیدی خودش را بگوید یا اینکه نظر مجتهد سائل را؟، در بعضی از رویات آمده است که از جانب اهل سنت از حضرت سوالی پرسیده می شد و حضرت طبق فتوای خود آنها نظر می دادند. قاضی تشخیص مانند پاسخگو است از این جهت که به عنوان تطبیق، حکم می کند. پاسخگو هم حکم می کند به این معنا که می گوید ای سائل آن کبرایی که در حق تو تطبیق می شود این است.

اگر بنا است پاسخگو کبراهایی را به حسب تطبیق، بیان کند که خودش آنها را قبول ندارد، کار قاضی تشخیص نیز همین است. البته چون این کبراها به نظر قاضی حجت نیست از این روایات برای قاضی مصطلح استفاده نکردیم. از این روایات استفاده می شود که می توان کبراهایی را که به نظر خود پاسخگو باطل است، منطبق کرد. در روایت آمده است «[مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْكَشِّيُّ فِي كِتَابِ الرِّجَال‏] عَنْ حَمْدَوَيْهِ وَ إِبْرَاهِيمَ ابْنَيْ نُصَيْرٍ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حُسَيْنِ بْنِ مُعَاذٍ عَنْ أَبِيهِ مُعَاذِ بْنِ مُسْلِمٍ النَّحْوِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّكَ تَقْعُدُ فِي الْجَامِعِ‏ فَتُفْتِي النَّاسَ قُلْتُ نَعَمْ وَ أَرَدْتُ أَنْ أَسْأَلَكَ عَنْ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ أَخْرُجَ إِنِّي أَقْعُدُ فِي الْمَسْجِدِ فَيَجِي‏ءُ الرَّجُلُ فَيَسْأَلُنِي عَنِ الشَّيْ‏ءِ فَإِذَا عَرَفْتُهُ بِالْخِلَافِ لَكُمْ أَخْبَرْتُهُ بِمَا يَفْعَلُونَ وَ يَجِي‏ءُ الرَّجُلُ أَعْرِفُهُ بِمَوَدَّتِكُمْ فَأُخْبِرُهُ بِمَا جَاءَ عَنْكُمْ وَ يَجِي‏ءُ الرَّجُلُ لَا أَعْرِفُهُ وَ لَا أَدْرِي مَنْ هُوَ فَأَقُولُ جَاءَ عَنْ فُلَانٍ كَذَا وَ جَاءَ عَنْ فُلَانٍ كَذَا فَأُدْخِلُ قَوْلَكُمْ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ قَالَ فَقَالَ لِيَ اصْنَعْ كَذَا فَإِنِّي كَذَا أَصْنَعُ‏»[[3]](#footnote-3)

بحث در دلالت این روایت بعدا بیان خواهد شد.

فرق بین قضای مصطلح و قضای تشخیص این است که در قضای مصطلح اگر قاضی حکم کرد هر چند وظیفه محکوم علیه با قطع نظر از آن حکم، امر دیگری باشد با حکم قاضی وظیفه مکلف عوض می شود. اما در باب قضای تشخیصی وظیفه مکلف با حکم قاضی تبدّل نمی یابد بلکه آن چیزی که وظیفه مکلف است با قضای تشخیصی صغری پیدا می کند.

1. الحاکمیه فی الاسلام، خلخالی،سید محمد مهدی موسوی، ص440. [↑](#footnote-ref-1)
2. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج7، ص407.](http://lib.eshia.ir/11005/7/407/%20أخطأ) [↑](#footnote-ref-2)
3. [وسائل الشیعة، الشیخ الحر العاملي، ج16، ص233، أبواب وُجُوبِ التَّقِيَّةِ فِي الْفَتْوَى مَعَ الضَّرُورَةِ‌، باب30، ح2، ط آل البيت.](http://lib.eshia.ir/11025/16/233/ابني) [↑](#footnote-ref-3)