

A Jurisprudential Study of The Status of Arbitration in Non-judicial Dispute Resolution

 **Yasman Saeedi**  / Assistant Professor, the Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Iran, Tehran, Islamic Azad University, Central Tehran Branch dr.yasamansaeedi@yahoo.com
Abdolreza Jamalzadeh / Associate Professor, the Department of Philosophy, Faculty of Theology, Iran, Tehran, Islamic Azad University, North Tehran Branch jamalzadehpro@gmail.com
Ahmad Bagheri / Professor, the Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Iran, Tehran, University of Tehran bagheri@ut.ac.ir
Received: 2021/03/21 - **Accepted:** 2022/09/29

Abstract

Arbitration, as the most important method of resolving conflicts between individuals, attempts to better identify and expedite the resolution of disputes, considering the advantages such as speed of proceedings, maintaining confidentiality, and reducing costs, to reduce the workload and delay of proceedings that have become prevalent in the judicial system, and to resolve disputes non-judicially. Arbitration by someone who is determined by the selection of the partners and who, upon fulfilling the conditions, consents to the implementation of his right and ruling, is called a conciliation judge. This ruling is effective and enforceable, but what restrictions the conciliation judge's scope of activity requires, which are not the criteria for an arbitrator, is a matter of debate. In a descriptive-analytical method, this study aims to examine the evidence for the jurisprudential legitimacy of arbitration in order to identify the similarities and differences between these two institutions. Of course, given the many advantages of arbitration, it also has some shortcomings. By enacting new laws in line with legal rules and standards and amending current laws, perhaps clear horizons can be promised for protecting people's rights and developing social understanding.

Keywords: arbitration, non-judicial methods, delay in criminal proceedings

نوع مقاله: ترویجی

بررسی فقهی حقوقی جایگاه حکمیت در حل و فصل غیرقضایی اختلافات

✉ یاسمن سعیدی  / استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تهران، ایران
dr.yasamansaeedi@yahoo.com

jamalzadehpro@gmail.com

bagheri@ut.ac.ir

عبدالرضا جمالزاده / دانشیار گروه فلسفه دانشکده الهیات دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران

احمد باقری / استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۷

دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۰۱

چکیده

حکمیت یا داوری به عنوان مهم ترین روش حل تعارضات اشخاص سعی بر آن دارد در جهت شناسایی بهتر و تسریع برون رفت از اختلاف، با توجه به مزایایی چون سرعت در رسیدگی، حفظ محرمانگی، کاهش هزینه ها، از تراکم کار و اطاله دادرسی که حاکم بر نظام قضایی شده بکاهد و اختلافات را به صورت غیرقضایی فصل نماید. دادرسی توسط کسی که با انتخاب اصحاب تعیین و با تحقق شرایط رضایت بر اجرای حق و حکم او دارند، قاضی تحکیم گفته می شود، این حکم نافذ و لازم الاجراست، اما در اینکه حوزه فعالیت قاضی تحکیم چه قیودی را می طلبد که در داور ملاک نیست، محل بحث است که می توان گفت: پژوهش حاضر در صدد است به صورت توصیفی - تحلیلی به مذاقه ادله مشروعیت فقهی - حقوقی حکمیت با داوری بپردازد تا تشابهات و تمایزات این دو نهاد با یکدیگر مشخص شود. البته با توجه به مزایای بسیار حکمیت، کاستی هایی نیز دارد که با تصویب قوانین جدید منطبق با قواعد و استانداردهای حقوقی و اصلاح قوانین فعلی، شاید بتوان افق های روشنی در جهت صیانت از حقوق مردم و توسعه تفاهم اجتماعی را نوید داد.

کلیدواژه ها: حکمیت، داوری، روش های غیرقضایی، اطاله دادرسی.

مقدمه

نوپژوهی با رویکرد به داوری انجام داده است. کتاب *آیین داوری در نظام حقوقی کنونی* (مجدد، ۱۳۹۷)؛ نویسنده به‌طور خلاصه به شرح قوانین مربوط به داوری، آیین‌نامه‌ها، رویه قضایی و بخشنامه‌های مرتبط با داوری در کاربرد آن در نظام حقوقی و کیفری پرداخته است.

۱. مفاهیم حکمیت

۱-۱. مفهوم لغوی حکمیت

«حکمیت» واژه‌ای تازی است که ریشه در لغت «حَکَمَ» دارد. حَکَمَ نیز کلمه‌ای کهن و برگرفته از زبان‌های سامی است که در اصل به معنای خرد و دانایی می‌باشد (مشکور، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۱۸۸). این معنای مبنایی به تدریج معانی دیگری را بر این لغت حمل نموده که مهم‌ترین آنها عبارت است از: منع و بازداشتن؛ اتقان و استحکام؛ داوری و میانجی‌گری.

حَکَمَ در *لغت‌نامه دهخدا* به معنای داور، حکم‌کننده، حاکم، قاضی، میانجی بیان شده (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۷۵۵) و در مورد حکمیت، آن را مصدر جعلی دانسته و به میانجی‌گری در ترافع و داوری معنا می‌کند (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۷۴۹). در همین لغت‌نامه کلمه داور را به میانجی، دادرس، حاکم شرع یا عرف و در این مورد می‌گوید: «داور در اصل داور بوده، به معنای صاحب داد و به علت تخفیف، دال دوم را حذف کردند» (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۸۲۴).

۱-۲. مفهوم اصطلاحی حکمیت

معنای اصطلاحی حکمیت به معنای لغوی آن نزدیک است. التحکیم در اصطلاح، هرگاه دو طرف مخاصمه کسی را به عنوان داور بین خود معرفی کنند تا در میان آنها قضاوت نمایند. زمخشری در تفسیر حَکَمَ می‌گوید: یعنی کسی که به عنوان داور انتخاب می‌شود باید مورد اعتماد و دارای نفوذ کلام و منطق نافذ، پسندیده و شایسته برای داوری عادلانه و اصلاح بوده باشد (زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۵۰۸). به‌طور کلی توافق افراد و اطراف محل نزاع بر پذیرش رأی، و حکم فرد خاص با هدف پایان دادن اختلاف و خصومت، شاخصه داوری در اصطلاح فقهی است. با وجود تنوع، عبارات در تعریف حکمیت، این تعریف از ارکان مشترک برخوردار است، ارکانی مانند:

اختلاف یکی از پدیده‌های زندگی جمعی انسان‌ها در طول تاریخ بشر می‌باشد که از وقوع آن در جامعه نمی‌توان جلوگیری کرد، در همین زمینه برای حل و فصل و یا پیشگیری احتمالی از وقوع اختلاف، راه‌حل‌هایی پیش‌بینی شده که مهم‌ترین مسئله تسریع روند برون‌رفت به بهترین شیوه است. ضرورت این امر ایجاب می‌کند تا با شناخت روش‌های غیرقضایی و استفاده از آنها از معضلات حاکم بر نظام قضایی و اطلاع‌های دادرسی به‌وجودآمده بکاهیم؛ زیرا در صورت تداوم منجر به شکل‌گیری مشکلات و بحران‌های اساسی می‌گردد که جبران آن در بلندمدت آثار مخربی بر جامعه خواهد گذاشت.

با تأکید دین مبین اسلام در جهت اصلاح ذات‌البین و فرهنگ صلح و دوستی میان یکدیگر، مستدل از آیات و روایات و سیره ائمه اطهار و ادله دیگری همچون وفای به عهد، بناء عقلا و اجماع، حکمیت یکی از اسباب زوال دادرسی و مهم‌ترین روش غیرقضایی شناخته می‌شود. هدف اصلی تحقیق بررسی ظرفیت حکمیت در کاهش پرونده‌های قضایی و ایجاد عدالت قضایی با پای‌درمیان فردی منتخب از اصحاب منازعه در ختم اختلاف است. پرسش اصلی پژوهش حاضر این است که حکمیت چیست؟ برای پاسخ به این پرسش، سؤالات فرعی دیگری به وجود می‌آید که چه تفاوتی با داوری دارد؟ تحدید هریک در فقه و حقوق به چه صورت است؟

عنصر و ساختار اصلی این پژوهش تحلیل حقوقی حکمیت و تبیین مفاهیم و مذاقه دقیق داوری و قاضی تحکیم، حوزه فعالیت، تفاوت و شباهت‌هایی که با یکدیگر دارند و همچنین ادله فقهی و قانونی مشروعیت هر دو نهاد مورد بررسی قرار گرفته است.

اگرچه در این خصوص مطالبی در بخشی از کتاب‌ها و مقالات بیان شده، اما پژوهش جامع و مدونی در زمینه حکمیت غیرقضایی، یا به عبارت دیگر، بررسی تطبیقی داور با قاضی تحکیم که محور اصلی این مقاله می‌باشد صورت نگرفته است و از این میان می‌توان به مواردی از تحقیقات که در گذشته به رشته تحریر درآمده‌اند اشاره نمود: کتاب *بررسی فقهی داوری* (عیسوی، ۱۳۹۸)؛ نویسنده در این کتاب به شرح قابلیت‌های پنهان نظام حقوقی فقه امامیه و کاستی‌های احتمالی موجود در قوانین و مقررات دادرسی مدنی جمهوری اسلامی ایران در مورد داوری پرداخته است، به‌طور کلی در این کتاب، نویسنده نگاه کلی و گذرا به تحولات داشته و یک

اختلاف در آغاز، اتفاق بر توافق و اتحاد غرض فصل خصومت که در عموم تعریف‌ها مشاهده می‌شود.

۱-۲-۱. اصطلاح فقهی داوری

داوری در منابع فقهی «تحکیم» نامیده می‌شود، درواقع وقتی دو یا چند نفر در امور مالی و یا غیرمالی دعوا و اختلاف پیدا می‌کنند با یکدیگر توافق می‌کنند برای فیصله دادن به مشکل به‌وجودآمده، فردی را به‌عنوان حکم و داور انتخاب، و اختلاف خود را نزد او مطرح کنند و به آنچه که او حکم می‌کند راضی شوند، شخص منتخب غیر از قاضی منصوب از ناحیه امام است. این فصل، یعنی حکم کردن شخص ثالث برای دو نفر متخاصم را «تحکیم» و آن شخص ثالث را «قاضی تحکیم» می‌نامند؛ یعنی قاضی‌ای که با تحکیم و انتخاب دو نفر متخاصم برگزیده شده است (محمدی گیلانی، ۱۳۶۰، ص ۱۲۰).

داور را در فقه قاضی تحکیم می‌گویند؛ یعنی کسی که از طرف مردم به تراضی طرفین دعوا و بدون امام به مرافعه رسیدگی می‌کند، به‌عبارتی اختیاری که به داور داده می‌شود در اصطلاح ولایت تحکیم نام دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۴۵). درواقع حکمیت قضاوتی غیررسمی است که به‌وسیله محکم و با هدف قطع و فصل تخاصم در دعوا یا دعاوی معینی توسط طرفین منازعه ملزم به اجرا حکم شود (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۸، ص ۴۱۸). یا در تعریف دیگر، شیخ طوسی می‌گوید: «إذا ترفع نفسان الی الرجل من الرعیه فرضیا به حکما بینهما و سألها ان یحکم لهما بینهما جاز» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۸، ص ۱۶۵)؛ جایز است دو نفر مرافعه‌ای را نزد فردی (قضات تحکیم) برده و به داوری وی رضایت دهند و از او بخواهند که میان آنها حکم کند. محقق نیز در کتاب شرائع می‌نویسد: «اگر دو طرف دعوا به شخص واحدی جهت حل خصومت تراضی نمایند، حکم او الزام‌آور است» (حلی، ۱۴۰۹، ص ۲۶۷). شهید ثانی همین تعبیر را داشته و بر منصوب نبودن از جانب امام علی^{علیه السلام} تأکید می‌نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۱۱). و بسیاری از فقهای معاصر بر این عقیده هستند که «قضات تحکیم، چنان‌که از عبارات فقها مستفاد می‌شود کسانی هستند که با وجود قضات منصوب بر حسب تقاضای طرفین دعوا می‌توانند حکمیت نموده و فصل خصومت نمایند» (سنگلجی، ۱۳۴۴، ص ۳۶-۳۷).

۱-۲-۲. اصطلاح حقوقی داوری

اشاره کردیم که واژه حکمیت در فقه، و داوری در حقوق به کار می‌رود، ولی در قوانین موضوعه نیز مانند منابع فقهی تعریفی جامع از داوری به عمل نیامده است و نویسندگان حقوقی در کتاب‌هایشان هریک تعاریف مختلفی را با توجه به قانون‌گذاری ارائه داده‌اند. برخی داوری را به فصل خصومت و رفع اختلافات توسط شخص دیگری غیر از قاضی منصوب و بدون رعایت تشریفات رسمی رسیدگی به دعاوی تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۶۶۸). و برخی دیگر می‌نویسند: «داوری عبارت است از: شیوه‌ای که با استفاده از آن دو یا چند شخص حل مسئله‌ای را که در آن ذی‌نفع هستند به یک یا چند شخص دیگر (داور یا داوران) می‌سپارند که اختیارشان (حل قضیه) ناشی از یک قرارداد خصوصی است و بر اساس این قرارداد تصمیم‌گیری می‌کنند، بدون آنکه برای انجام این وظیفه از جانب دولت به آنها تفویض اختیار شده باشد» (داوید، ۱۳۵۷، ص ۲۰).

۲. داوری و قاضی تحکیم

اصطلاح قاضی تحکیم در قوانین چندان شناخته‌شده نیست. این اصطلاح در ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ ذکر شده است. در این قانون آمده است: «طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.» قانون‌گذار در این قانون و در هیچ قانون دیگری راجع به احکام و مقررات آن توضیح نداده است، البته در مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی، ذیل ماده فوق تبصره‌ای نیز ذکر شده بود که مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت. در این تبصره آمده بود: «شرایط قضات تحکیم و میزان و حدود صلاحیت و چگونگی کار آنان بر اساس آیین‌نامه‌ای خواهد بود که توسط وزارت دادگستری تهیه و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد.» این تبصره به نظر شورای نگهبان مغایر با اصول ۱۶۳ و ۱۵۹ قانون اساسی رسید، لذا آن را تأیید نکرد (محمدزاده، ۱۳۷۹، ص ۱۴۳). مجلس شورای اسلامی نیز برای رفع ایراد شورای نگهبان، این تبصره را حذف نمود، درحال حاضر این ماده از قانون به دلیل ابهامی که دارد جزء قوانین متروکه درآمده است.

اما اصطلاح قاضی تحکیم در فقه یک اصطلاح شناخته‌شده است و ساختار و شرایط مخصوصی دارد. قضاوت بر دو قسم است:

۱. قاضی منصوب: از جانب امام^ع به نصب عام یا خاص به این سمت گمارده شده است.

۲. قاضی تحکیم: توسط دو طرف دعوا تعیین می‌شود و حکم قاضی تحکیم بر دو طرف متخاصم با تحقق شرایط نافذ است.

قاضی تحکیم باید منتخب طرفین باشد؛ یعنی هیچ‌یک از اصحاب دعوا نمی‌توانند شخصی از طرف خود معرفی کنند و همچنین رضایت بر اجرای حق و حکم توسط وی داشته باشند. مشروعیت قاضی تحکیم نیز در دوران غیبت در محدوده حق مردم قابل اثبات است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۳).

در اینکه آیا همه شروط قاضی منصوب جز نصب در قاضی تحکیم لازم است یا نه؟ محل بحث است و احسن‌الاقوال عدم اشتراط است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۳۵).

۲-۱. حوزه فعالیت قاضی تحکیم

در اینکه آیا حکمیت در تمام امور و احکام جایز است یا آنکه جواز حکمیت صرفاً در منازعات مالی و امثال آن می‌باشد، ولی در حدود و قصاص و تعزیرات جایز نیست؟ اختلاف نظر وجود دارد.

عده‌ای از فقهای شیعه به استناد عموم ادله قضا و اینکه وجهی برای منع قاضی تحکیم در برخی احکام وجود ندارد، هرگاه وی واجد شرایط قضا باشد که باید چنین باشد، پس حکمش در همه احکام نافذ است، رأی به نفوذ حکم او در همه امور داده‌اند؛ زیرا حکم قاضی تحکیم در همه احکام، اعم از حق الناس و حق الله حتی در مجازات‌ها به دلیل عام بودن مشروعیت نافذ و لازم است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۲)، اما بعضی از فقها حکمیت را مخصوص حق الناس دانسته و حق الله را از قلمرو حکمیت خارج دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۴۰). فقیهی دیگر حکم قاضی تحکیم را منحصر در مسائل مالی و احوال شخصیه نافذ می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۳۳). در مقابل عده‌ای دیگر حکم قاضی تحکیم را در تمامی احکام صحیح دانسته، جز نکاح، قذف، لعان و قصاص، به دلیل برتری این احکام از سایر احکام و اهمیتی که مسائل کیفری دارند بدان لحاظ که پای نفس و جان افراد در آن مطرح است دادرسی در این گونه موارد را جایز ندانسته و حکم به مغایزاتی که مربوط به این امور می‌شود را منحصر به قاضی منصوب می‌دانند. این نظریه از آن جهت که رسیدگی به جرایم و

اعمال مجازات‌ها مربوط به اعمال حاکمیت دولت می‌شود و قابل واگذاری نیست تقویت می‌شود. مشابه همین دو نظر در میان فقهای حنفی نیز وجود دارد و دیگر مکاتب اهل سنت تحکیم در عقوبات را جایز نمی‌دانند (نووی، ۱۴۰۱ق، ج ۱۱، ص ۴۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۶۰۲). همچنین به آیاتی چون «و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» استناد شده است.

۲-۲. افتراقات قاضی تحکیم و داوری

بین قاضی تحکیم که مورد عنایت فقها قرار گرفته و داوری که موضوع مقررات و قوانین موضوعه می‌باشد جهات افتراقی از حیث قلمرو و صلاحیت رسیدگی، شخصیت و شرایط وجود دارد که موجب تبیین این دو می‌گردد که به شرح ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم:

اولاً، قاضی تحکیم با منصوب شدن از ناحیه طرفین دعوا ولایت بر حکم پیدا می‌کند، از این رو تحکیم یک ولایت شرعی است، درحالی که داوری یک عقد و قراردادی است که صرفاً در دعاوی حقوقی و معاملات کارساز مؤثر است. ماده ۴۵۴ قانون آ.د.م. به همین امر اشعار دارد و بیان می‌نماید: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند» که با توجه به مراحل همان‌طور که بیان شد از نظر فقهی قاضی تحکیم دارای ولایت شرعی است، ولی داور دارای اختیار و صلاحیت قراردادی می‌باشد.

ثانیاً، تحکیم مطابق با نظر مشهور فقها در کلیه دعاوی اعم از حقوقی و کیفری و بقیه دعاوی جاری است و اختصاص به دعاوی حقوقی ندارد (حلی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۳۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۳۳) و تنها برخی از اهل سنت معتقد بودند که تحکیم به دعاوی حقوقی اختصاص دارد (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۲۱)، اما داوری بدون هیچ تردیدی به دعاوی حقوقی اختصاص می‌یابد و حتی در این نوع دعاوی نیز مواردی استثنا شده‌اند و دعاوی کیفری و مسائلی مانند اصل نکاح، طلاق و... از صلاحیت داوران خارج است. ماده ۴۹۶ آ.د.م. مقرر می‌دارد: «دعای زیر قابل ارجاع به داوری نیست: ۱. دعای ورشکستگی؛ ۲.

دعای راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب.»

ثالثاً، مواد ۴۷۹ تا ۴۷۱ قانون آ.د.م. محرومان از داوری را ذکر

صورت به نظر می‌رسد که با وجود تشکیلات قضایی و قضاوت رسمی در زمان حکومت ولایت مطلقه فقیه تحکیم جایز است و عملاً شیعیان در حال حاضر در دعاوی مالی و برخی مسائل دیگر نظیر نکاح و غیره به همین شیوه حل و فصل می‌نمایند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۴۰). اما به‌طور کلی رجوع به قاضی تحکیم در محدوده حق برای مردم در عصر غیبت قابل اثبات است (همان، ص ۳۱). در مجموع داوری ارتباطی با موضوع غیبت نداشته و در همه زمان‌ها قابلیت تحقق دارد خصوصاً در زمان غیبت.

۲-۳. مشابهاات قاضی تحکیم و داوری

اولاً در هر دو، موصوف طرفین دعوا بر حکومت خصوصی اشخاص تراضی می‌نمایند، همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۸۳). «داوری عبارت از شیوه‌ای است که با استفاده از آن دو یا چند شخص حل مسئله‌ای را که در آن ذی‌نفع هستند به یک یا چند شخص دیگر (داور یا داوران) می‌سپارند که اختیاراتشان ناشی از یک قرارداد خصوصی است و بر اساس این قرارداد تصمیم‌گیری می‌کنند، بدون آنکه برای انجام این وظیفه از جانب دولت به آنها تفویض اختیار شده باشد.» ماده ۴۵۴ قانون. آدم نیز بر عنصر تراضی تأکید داشته و مقرر می‌دارد: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.» فقها نیز در عبارات خود و در تعریف قاضی تحکیم به تراضی طرفین در حل و فصل دعوا توسط اشخاص خصوصی اشاره داشته و آن را عامل اصلی صلاحیت قاضی تحکیم دانسته‌اند (حلی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۶۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۰۷). در روایات وارده در خصوص قاضی تحکیم نیز عبارت «تراضی طرفین» بارها به کار رفته است که نشان می‌دهد تراضی طرفین بر شخص یا اشخاص رکن اصلی تحکیم است. بنابراین هم در داوری و هم در قاضی تحکیم مبنای اساسی شکل‌گیری این نهاد توافق اصحاب دعوا بر ارجاع اختلاف به اشخاص خصوصی می‌باشد.

ثانیاً عدم رعایت تشریفات موجود در محاکم و سرعت در رسیدگی یکی از اهداف مراجعه به داور و قاضی تحکیم می‌باشد. موضوع عدم رعایت تشریفات دادرسی، هرچند صراحتاً در کتب فقها نامیده نشده است، اما مسلماً یکی از اهداف مراجعه به این نوع از

کرده است. بنابراین حسب قانون اصل بر صلاحیت همه اشخاص در به عهده گرفتن داوری است، مگر در مواردی که قانون‌گذار در موارد یادشده ذکر کرده است. درحالی که برخی از فقها معتقدند که قاضی تحکیم باید دارای شرایط قاضی منصوب جز نصب از جانب امام باشد. مرحوم محقق در شرائع عنوان می‌دارد: «شرط است در قاضی تحکیم آنچه در قاضی منصوب از طرف امام شرط شده است» (حلی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۶۸). و شهید ثانی نیز در این خصوص بیان می‌کند: «قاضی تحکیم باید شرایط فتوا دادن را داشته باشد و همچنین بلوغ، عقل، طهارت مولد، حافظه، عدالت و همانا بقیه شرایط» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۸). درنتیجه باید معتقد بود که شرایط داور با قاضی تحکیم متفاوت است و ضرورتی ندارد که داور دارنده شرایط قاضی تحکیم باشد. بنابراین داور می‌تواند زن باشد و همین‌طور نیازی به شرط طهارت مولد و ایمان نیست، درحالی که در قاضی تحکیم رعایت شرط‌های یادشده الزامی است.

رابعاً، داور می‌تواند شخص حقوقی باشد و اشخاص حقوقی صلاحیت به عهده گرفتن داوری را دارند. ماده ۲۶ لایحه قانونی تأسیس اتاق‌های بازرگانی مقرر می‌دارد: «اتاق‌های بازرگانی می‌توانند در امور بازرگانی داور واقع شوند.» درحالی که قاضی تحکیم لزوماً بایستی شخص حقیقی باشد و هیچ‌گاه شخص حقوقی نمی‌تواند عهده‌دار امر قضاوت شود.

خامساً، پاره‌ای از فقیهان فرض وجود قضای تحکیمی را در اثر غیبت منکر شده‌اند؛ زیرا با توجه به شرط اجتهاد در قضاوت و نیابت همه فقیهان جامع‌الشرایط از امام^ع در دوران غیبت، همه آنها قاضی منصوب هستند، درنتیجه در این دوران قاضی واجدالشرایط، ولی غیرمنصوب وجود ندارد تا اصحاب دعوا او را به‌عنوان قاضی تحکیم برگزینند. شهید ثانی بیان می‌دارد: «اشخاصی که در زمان غیبت واجد شرایط قضا از اجتهاد و غیره می‌باشند، قاضی منصوب هستند؛ زیرا ائمه^ع با اجازه عمومی اذن قضاوت به آنها داده‌اند و بنابراین، دیگر نیازی به تحکیم نیست بر آنهایی هم که واجد شرایط قضا نیستند، جایز نیست در مسند قضا بنشینند» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۸۳). سیدکاظم طباطبایی نیز همین مبنا را می‌پذیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۳ق، ج ۶ ص ۴۲۲). پس به نظر این فقیهان فرض قاضی تحکیم در زمان غیبت متفی می‌باشد. البته برخی از فقها معتقدند که در زمان حکام جور باید به قاضی تحکیم مراجعه کرد، اما در هر

قضات سرعت در رسیدگی و عدم وجود سایر تشریفات می‌باشد. در مورد داوران که قانون آ.د.م صراحتاً به این موضوع اشاره نموده و ماده ۴۷۷ قانون مزبور بیان می‌دارد: «داوران در رسیدگی و رأی تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند، ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند.» اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۳۹۳۴/۵۷۰۷/۱۳۸۰ در این مورد بیان می‌دارد: داوران گرچه در مرحله رسیدگی و صدور رأی الزامی به رعایت مقررات آیین دادرسی ندارند، اما از این مقرر نمی‌توان نتیجه گرفت که در سایر مراحل منع جمله ابلاغ رأی داور هم مقررات عام مربوط لازم‌الرعايه نیست، به عبارت دیگر، عدم رعایت مقررات آئین دادرسی تا آنجا مورد نظر مقنن بوده که به نحوه رسیدگی و صدور رأی داور ارتباط دارد. بنابراین نهاد داوری و قاضی تحکیم در عدم رعایت تشریفات و سرعت رسیدگی تشابه دارند.

ثالثاً رأی داور و قاضی تحکیم لازم‌الرعايه بوده و طرفین نمی‌توانند از اجرای رأی آنها سرباز زنند. در مورد رأی قاضی تحکیم هرچند نظرات مختلفی وجود دارد، اما غالب فقها بر لزوم اجرای رأی داور تأکید دارند. فاضل هندی معتقد است: رأی داور برای طرفین لازم‌الرعايه است، ولی برای کسانی که در این امر دخالت نداشته‌اند، لزومی ندارد و نسبت به آنها نافذ نیست (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ص ۳۲۳). شیخ انصاری نیز در مورد لزوم رأی قاضی تحکیم هیچ‌گونه تردیدی ندارد، ولی در مورد دیگران چنین بیان می‌دارد: عدم لزوم حکم قاضی تحکیم بر غیر طرفین در صورتی قابل قبول است که مستند مشروعیت قاضی تحکیم را روایت نبوی مشهور (من حکم بین اثین فتراضیا به فلم يعدل فعلیه لعنة الله) بدانیم، اما اگر مستند قاضی تحکیم عمومات ادله‌ای باشد که می‌گویند باید به حق و عدالت حکم کرد در این صورت حکم قاضی تحکیم بر غیر طرفین هم لازم‌الاجرا خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۴۷). فقهای اهل سنت نیز بر لزوم حکم قاضی تحکیم اتفاق نظر دارند (ابن قدامه، ۱۴۲۷ق، ج ۱۱، ص ۴۸۲؛ موصلی حنفی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۹۳-۹۴). رأی داور نیز حسب مواد ۴۹۱، ۴۹۰، ۴۸۹، ۴۵۶، ۴۵۵ قانون آ.د.م. قطعی و لازم‌الاجرا بوده و صرفاً در موارد منصوص متضرر می‌تواند با تقدیم درخواست به دادگاه درخواست صدور حکم به بطلان رأی داور را بنماید.

رابعاً اختیاری بودن قبول داوری و تحکیم از ناحیه داور و قاضی

تحکیم نیز یکی از موارد تشابه این دو نهاد می‌باشد. مسلماً قاضی تحکیم و داور هیچ‌گونه اجباری در پذیرش داوری ندارند؛ زیرا آنها از مقامات دولتی و حکومتی نبوده تا بر اساس وظیفه قانونی ناچار در پذیرش تحکیم باشند. ماده ۴۶۵ قانون آ.د.م. در این خصوص مقرر می‌دارد: «در هر مورد داور یا داوران، به وسیله یک طرف یا طرفین انتخاب می‌شود، انتخاب‌کننده مکلف است قبولی داوران را اخذ نماید.» خامساً برخلاف نظر کسانی که معتقدند وجود قاضی تحکیم در زمان غیبت منتفی می‌باشد، از این رو از این نظر با داوری متفاوت است. بسیاری از فقها معتقدند: اصولاً مشروعیت قاضی تحکیم اختصاص به غیبت امام علیه السلام دارد. از عبارت علامه حلی چنین استفاده می‌شود که مشروعیت قاضی تحکیم مخصوص زمان غیبت است (حلی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۱). همان‌گونه صاحب جواهر و شیخ طوسی بر همین نظر تأکید دارند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۹۳۰). آیت‌الله گلپایگانی بر این عقیده‌اند که در زمان حضور و مبسوط‌الید بودن معصوم با وجود قاضی منصوب از ناحیه معصوم حکم قضات دیگر، نافذ نیست. اما در عصر غیبت حکم کسانی نافذ است که مردم از او درخواست قضاوت کنند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۱ق، ص ۵۴). پس بر اساس این نظر در عصر غیبت مردم می‌توانند فردی را به عنوان قاضی تحکیم انتخاب کنند. آیت‌الله خوئی در قاضی تحکیم، اجتهاد را شرط نمی‌دانند، در نتیجه در دوران غیبت، غیرمجتهد، هرگاه توسط اصحاب دعوا برای قضاوت برگزیده شود، قاضی تحکیم خواهد بود (خوئی، ۱۴۰۵ق، ص ۹). بنابراین به نظر بسیاری از فقیهان، قاضی تحکیم در دوران غیبت قابل تصور است، همان‌گونه که در داوری مصطلح نیز همین امر محقق است.

۴-۲. ادله مشروعیت قاضی تحکیم و داوری

بدون تردید یکی از مباحثی که از اهمیت بسیاری برخوردار است موضوع مشروعیت داوری است؛ زیرا علی‌رغم اینکه بسیاری از فقها مشروعیت داوری را مورد تأیید قرار داده‌اند و در این راه به منابع فقهی استناد نموده‌اند، اما بعضی نیز معتقدند: قضاوت شغلی عظیم و منصبی جلیل و دارای مقام شاخص است و هر کسی نمی‌تواند متصدی این مقام شود. بدین جهت خداوند متعال این منصب عظیم را به پیام‌آوران خود و اوصیای ایشان تخصیص داده و در قرآن کریم فرموده: «ای داوود ما تو را جانشین خویش در روی زمین قرار دادیم،

پس باید بین مردم به عدالت حکم نمایی» (سنگلجی، ۱۳۷۸، ص ۱۹). بنابراین افراد عادی که واجد شرایط قضا نیستند، نمی‌توانند عهده‌دار این منصب گردند و آیه وارد نیز در مقام بیان برای کیفیت حکم است؛ یعنی دادرس باید در صدور حکم عدالت را رعایت نماید و از حدودی که شارع معین فرموده تخطی ننماید. از این رو آنها به هیچ وجه در مقام ثبوت ولایت قاضی تحکیم نمی‌باشند و ادله استنادی ظنی و غیرمعتبر می‌باشند (سنگلجی، ۱۳۴۴، ص ۳۷). پس بررسی مشروعیت این موضوع از اهمیت بسیاری برخوردار است که در ادله فقهی و قانونی به آن می‌پردازیم.

۱-۴-۲. ادله فقهی مشروعیت حکمیت

آنچه فقها به عنوان ادله اثباتی قاضی تحکیم مورد استناد قرار داده‌اند، به ترتیب کتاب، سنت، اجماع و سیره، ادله وفای به عهد و بنا عقلاً می‌باشد که هریک به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد. مسلماً کتاب اصلی‌ترین دلیل محسوب می‌گردد، ولی به لحاظ محدودیت آیات و عدم صراحت کامل آنها می‌توان دیگر ادله را به عنوان مهم‌ترین دلایل نام برد.

الف. کتاب (قرآن)

در این باب فقه‌های عظام به آیه شقاق و دو دسته از آیات شریفه استناد می‌کنند و معتقدند عموم یا اطلاق این آیات دلالت بر جواز و مشروعیت قاضی تحکیم می‌کند، این دو دسته عبارت‌اند از:

آیات امر به معروف و نهی از منکر؛

آیات لزوم اقامه عدل و قسط و احقاق حق، مانند: «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (اماندا، ۱۳۹۴، ص ۱۴).

مهم‌ترین آیه در اثبات اصل حکمیت و داوری و مشروعیت آن آیه نشوز می‌باشد که خداوند می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (نساء: ۳۵)؛ و اگر از ناسازگاری میان آنها بیم داشتید داوری از کسان مرد و داوری از کسان زن انتخاب کنید، اگر این دو قصد اصلاح داشته باشند، خداوند آنها را به توافق خواهد رساند؛ زیرا خدا دانای آگاه است (محقق داماد، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۵۲۲). هرچند این عقیده وجود دارد که وظیفه داوران در این موضوع صدور حکم الزام‌آور است، ولی به نظر می‌رسد که وظیفه داور در دعوا زوجین

موضوع آیه موصوف صرفاً در حد میانجی‌گری است و آنچه را ما از قاضی تحکیم و داور انتظار داریم به‌جا نخواهد آورد و حکمی الزامی نمی‌تواند صادر نماید. به عبارت دیگر، آیه مزبور نمی‌تواند ظهور در اثبات داور به معنای مصطلح آن داشته باشد و همان‌طور که بیان شد درواقع تعیین داوران از ناحیه زوجین صرفاً جهت انجام اصلاح ذات‌البین بین آنها بوده و وظیفه‌ای بیشتر از این ندارند. پس به نظر می‌رسد آیه مزبور مؤید ادعا نمی‌باشد، این آیه درواقع قوی‌ترین آیه از جهت ظهور در اثبات داوری از نظر قائلان به آن می‌باشد. آیات دیگری نیز به‌طور ضمنی به داوری اشاره دارند از جمله آیه ۶۵ سوره «نساء» که خداوند تبارک می‌فرماید: «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا»؛ چنین نیست به پروردگارت سوگند که آنها ایمان نمی‌آورند، مگر آنکه در اختلافات خویش تو را به داوری خوانند و از داوری تو دلگیر نشوند و کاملاً تسلیم باشند.

در اثبات حکمیت فقها به عموم و اطلاق آیاتی استناد می‌نمایند که دلالت بر وجوب امر به معروف و نهی از منکر می‌نمایند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸، ق ۱، ص ۱۱۴) و استدلال می‌کنند چون رفع اختلاف و خصومت بین افراد امری پسندیده می‌باشد، از این رو کسانی که کمر همت به این کار می‌بندند مشمول مخاطبان امر به معروف می‌باشند که این موضوع خود مثبت حکمیت می‌باشد. دسته دیگری از آیات مورد توجه قرار گرفته است آیاتی می‌باشد که دلالت بر وجوب رعایت عدل و قسط می‌کنند، مانند آیه ۴۴ سوره «مائده» که خداوند می‌فرماید: «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»، عموم و اطلاق این آیه نیز می‌تواند مؤید اصل حکمیت و تلاش در جهت قسط و عدل باشد. اما با دقت در آیه موصوف به نظر می‌آید ظهورش در داوری بسیار ضعیف باشد؛ زیرا غالباً ظهور در قاضی منصوب، میانجی و خبره دارد. درهرحال آیه‌ای که از نظر فقه‌های شیعه بیشتر در امر داوری ظهور داشته و قابل استناد است همان آیه نشوز می‌باشد که اشکال وارده‌اش را بیان کردیم.

ب. سنت (روایات و احادیث)

در اینجا به یکی از مهم‌ترین ادله اثبات داوری می‌پردازیم و روایات وارده را از دیدگاه فقه‌های شیعه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱. روایت ابی‌خدیجه: در این روایت آمده است که امام صادق علیه السلام

(جرعاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۰۷، حدیث ۴۵). معیار امام در اینجا مانند دو روایت دیگر است و ظهور روایت در قاضی تحکیم است، ولی ارجاع به عدل و افقه در کلام این احتمال را ضعیف می‌نماید، مگر در اینجا نیز معتقد باشیم که در صورت اختلاف دو داور چاره‌ای نیست تا سرداوری تعیین گردد.

با بررسی روایات مورد توجه فقهای امامیه مشاهده می‌گردد می‌توان به‌عنوان مؤید به آنها استناد نمود.

ج. اجماع

یکی از دلایلی که مورد توجه فقها قرار گرفته، اجماع می‌باشد و در اثبات مشروعیت قاضی تحکیم ادعای اجماع شده است. هرچند اجماع چندان مورد توجه فقهای امامیه نمی‌باشد، ولی درهرحال اجماع از نظر شیعه از آن جهت حجت است که رأی معصوم علیه السلام در میان اجماع‌کنندگان وجود داشته باشد؛ یعنی سخن معصوم علیه السلام از میان سخنان اجماع‌کنندگان کشف شود که البته در میان علما در نحوه کشف قول معصوم علیه السلام چندین طریق و مبنا وجود دارد (جیدی، ۱۳۸۲، ج ۹، ص ۲۰۹). صاحب جواهر به نقل از بعضی از علمای امامیه بیان می‌دارد که ظاهر کلام آنها دلالت بر تحقق اجماع در قاضی تحکیم دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۱۹۰). شهید ثانی نیز با ذکر عبارت ظاهر کلام اصحاب بر تحکیم دلالت دارد، که به تحقق اجماع در این خصوص اشاره دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۵). در بررسی آنچه ذکر شد، باید گفت صرف‌نظر از اینکه اجماع از نظر فقهای امامیه زمانی حجت است که رأی معصوم در میان اجماع‌کنندگان باشد. اصولاً اجماع بر اساس روایات و احادیثی می‌باشد که تعدادی از آنها بیان شد و درواقع اجماع حاصل مدرک بوده و نمی‌تواند آن را حجت دانست. به سخن دیگر، اجماع مدرکی است و مدرک مجمعی همین روایات است که فقهای امامیه آن را حجت نمی‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۳۵۵) و اصولاً تحقق اجماع نیز با وجود مخالفت تعدادی از فقهای بزرگ با تحکیم محل تردید است. حلی ازجمله فقهای می‌باشد که نسبت به مشروعیت تحکیم ابراز تردید نموده و رأی قاضی تحکیم را نافذ نمی‌داند و بیان می‌دارد: «اگر طرفین دعوا تراضی کنند برای حل اختلاف به فردی از مردم و مراجعه کنند و طلب حکم نمایند و او حکم دهد حکم او بر طرفین نافذ نیست» (حلی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۸۰).

در پاسخ به فردی که در مورد اختلاف میان دو نفر از اصحاب سؤال کرده بود، فرمود: «پس شخصی را انتخاب کنید و به تحقیق که من او را قاضی برای رفع اختلاف شما قرار داده‌ام» (جرعاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۳۱، ح ۴۵). به نظر می‌رسد ظهور این روایت بیشتر در قاضی منصوب است و ظهور آن در قاضی تحکیم ضعیف است، به‌خصوص اینکه امام علیه السلام واژه قاضی منصوب را به کار برده‌اند. آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز هرچند در اثبات قاضی تحکیم به این روایت استناد نموده، ولی در انتها ظهور آن در قاضی تحکیم را ضعیف دانسته است (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۱۹).

۲. روایت حلبی: حلبی می‌گوید: به امام صادق علیه السلام گفتم: گاهی میان دو نفر از شیعیان درباره چیزی اختلافی پیش می‌آید، پس آن دو از میان ما مردی را برای قضاوت انتخاب می‌کنند، آیا این عمل مراجعه به طاغوت است؟ امام فرمود: اینچنین نیست؛ زیرا طاغوت کسی است که مردم را با شمشیر و تازیانه بر حکم خویش مجبور سازد. این روایت نیز مانند روایت گذشته بر انتخاب قاضی توسط مترافعان دلالت دارد که در کتاب مبانی تکملة المنهاج (خوئی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۹) و القضا فی فقه الاسلامی (حسینی حائری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۱۵۸)، به‌عنوان یکی از دلایل جواز قاضی تحکیم ذکر شده است (امان‌داد، ۱۳۹۴، ص ۱۷).

۳. روایت داوود بن الحصین: در این روایت آمده است، از امام صادق علیه السلام پرسیدم: در مورد دو مردی که توافق برد و شخص عادل نمایند که در خصوص اختلافشان به‌عنوان حکم اقدام نمایند و دو عادل در بین خود اختلاف دارند، در اینجا به قول کدامیک از آنها حکم باید صادر شود؟ امام فرمود: نگاه می‌کنیم به عدل و باتقواترین آنها و حکم او نافذ است، به حکم دیگری توجه نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۳۰). این روایت بسیار به روایت عمر بن حنظله شباهت دارد و ممکن است همان روایت باشد، ولی نامی از او برده نشده است. بنابراین همان فروض مطروحه در مورد آن روایت اینجا نیز جاری است.

۴. روایت موسی بن اکیل: از امام صادق علیه السلام نقل می‌شود که از مردی سؤال شد که بین او و برادرش در مورد حقی منازعه است و اتفاق می‌کنند بر دو مرد که بین آنها داوری نمایند، اما آن دو با هم اختلاف می‌کنند و هریک حکم خود را می‌دهد، امام فرمود: به عدل و افقه آنها در دین خدا نگاه می‌شود و حکم او امضا می‌شود

د. سیره

به نظر می‌رسد، سیره نیز دلالت بر تحقق تحکیم در زمان پیامبر ﷺ و صحابه دارد. شهید ثانی می‌نویسد: «در زمان اصحاب پیامبر تحکیم تحقق پیدا کرده و کسی مخالفت نمی‌کرده» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۵۱). علامه سبزواری نیز بر این امر تأکید نموده و بیان می‌دارد: «تحقیقاً در زمان صحابه پیامبر، تحکیم واقع شده و احدی از آنها تحکیم را منع نمی‌نماید» (سبزواری، ۱۳۹۶، ص ۲۶۲). صاحب ریاض از سیره به‌عنوان یکی از ادله مثبت تحکیم نام می‌برد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۸۱). همان‌طور که گفته شده است: «بنا عقلاء و سیره آنها بر دآوری به تحکیم است» (حسینی حائری، ۱۴۰۷ق، ص ۱۶۲).

هـ. ادله وفای به شرط

یکی دیگر از ادله مشروعیت قاضی تحکیم ادله وفای به شرط و عقد است. بدین صورت که اصحاب دعوا با هم شرط نموده و عقد بستند که حکم قاضی تحکیم را بپذیرند یا به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه بنا بر مشروعیت آن. پس در چنین حالتی بر آنها واجب است که به حکم قاضی تحکیم عمل کنند یا اینکه قضاوتش را نافذ بدانند؛ چراکه وفای به شرط واجب و حکم نافذ است (حسینی حائری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۱۶۱).

و. بنای عقلا

هر گاه امری مورد پذیرش جمیع عقلا در تمام اقوام و ملل باشد، چون شارع نیز یکی از عقلاست. به تعبیر بهتر، در رأس آنان قرار دارد، آن را تنفیذ و تجویز می‌کند. پس بنا عقلا در این خصوص با توجه به سیر تاریخی حکمیت روشن می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۳۰).

ز. ادله قانونی مشروعیت دآوری

قانون اساسی هر کشوری مهم‌ترین منبع قانونی محسوب می‌گردد که باید مورد توجه هر حقوقدانی قرار گیرد. قانون اساسی ما به‌درستی بحثی در ربط با مشروعیت دآوری به عمل نیاورده است، بلکه یکی از موارد منع دآوری را بیان داشته است که بررسی آن به‌خوبی پذیرش اصل دآوری به دست می‌آید. قانونگذار بنا بر مصالحی ارجاع برخی از دعاوی را به دآوری مقید و مشروط ساخته

است. بنابراین در موقع تنظیم قرارداد دآوری این قیود و شروط باید مورد توجه قرار گیرند. از توجه به موارد مذکور این نتیجه به دست می‌آید که این قیود جنبه حمایتی دارند، قانونگذار در مواردی مانند دعاوی عمومی قصد حمایت از اتباع ایرانی در مقابل بیگانگان را داشته است. اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر نموده است: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به دآوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.» مضمون همین اصل بدون علت موجه در ماده ۴۵۷ قانون آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ نیز تکرار شده است. به‌این‌ترتیب ارجاع دو نوع دعوا به دآوری مقید و محدود شده است که به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس برسد: ۱. دعاوی راجع به اموال عمومی؛ ۲. دعاوی راجع به اموال دولتی.

دومین منبع قانونی دآوری باب هفتم قانون آ.د.م. می‌باشد. مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ به این امر پرداخته است و هرچند تا حدودی نیاز دادگاه‌ها به منبع قانونی را رفع نموده، اما ایرادات و کاستی‌های فراوانی دارد که به نظر می‌رسد با توجه اینکه این قانون متعاقب قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ به تصویب رسیده است، باید نواقص کمتری داشته باشد. در حال این موارد دآوری، محدودیت‌های آرا و نحوه اجرای رأی داور و اعتراض به آن را تشریح نموده و پس از قانون اساسی مهم‌ترین منبع به حساب می‌آید.

سومین منبع را می‌توان قانون دآوری تجاری بین‌المللی دانست که از قانون نمونه آنسترال با اصلاح مخصوصی کپی‌برداری شده است. تا قبل از تصویب قانون مزبور در سال ۱۳۷۶ در زمینه دعاوی بین‌المللی و دآوری آن به قانون آیین دادرسی مدنی استناد می‌گردید که بسیار نارسا بود، اما خوشبختانه قانونگذار در سال ۱۳۷۶ این نقیصه را با تصویب قانون دآوری بین‌المللی جبران نمود.

چهارمین منبع قانونی، مقررات و قوانینی می‌باشد که به‌طور پراکنده به موضوع دآوری اشاره نموده که به صورت موردی قابلیت اعمال خواهند داشت، مانند اتاق بازرگانی و یا دآوری پیش‌بینی‌شده در بیانیه‌ها و اسناد بین‌المللی، مانند بیانیه الجزایر. در حال به نظر می‌رسد از نظر قانونی شکی در مشروعیت دآوری و به نحوی عمل آن وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

در میان روش‌های مسالمت‌آمیز حل اختلاف که میان انسان‌ها متداول است که پیش از روش قضایی وجود داشته داور داور است که ریشه در قرارداد دارد و مبتنی بر سیره عقلاست. حکمیت یا داور داور دو هدف را دنبال می‌کند: کشف حقیقت و فصل دعوا. به‌گونه‌ای که داور داور فصل دعوا غالب‌تر است؛ زیرا جنبه خصوصی دارد و مبتنی بر قرارداد است. داور داور و قاضی تحکیم که یک نوع نظام قضایی خصوصی است مورد قبول فقهای شیعه و سنی می‌باشد. در این نظام، اصحاب دعوا می‌توانند بدون مراجعه به دستگاه قضایی با انتخاب فرد واجد شرایط، ولی غیرمنصوب، به فصل خصومت بپردازد.

هدف از قرارداد داور داور این است که شخص ثالث اختلاف موجود و یا اختلافات احتمالی را حل و فصل کند. بنابراین قرارداد داور داور درعین حال تابع یک رابطه حقوقی اصلی است، فی‌نفسه یک قرارداد ناقص است و به‌تنهایی برای حصول هدف قرارداد کافی نیست و برای نیل به هدف قرارداد لازم است طرفین قرارداد دیگری با داور منعقد نمایند. اما درخصوص ارجاع اختلافات به داور داور قاعداً هر اختلاف مدنی را نمی‌توان ارجاع کرد، اختلافاتی را که درعین حال با نظم عمومی و اخلاق حسنه ارتباط دارند، مانند اختلافات ناشی از قراردادهای نامشروع و نیز دعاوی که قابلیت گذشت ندارند، مانند دعاوی حجر و همچنین برخی از دعاوی را که قانونگذار صریحاً نام برده است، مانند دعاوی ورشکستگی، دعاوی راجع به اصل نکاح، اصل طلاق و نسب را نمی‌توان به داور داور ارجاع کرد. با توجه به اینکه قانونگذار در مواد مختلف پیش‌بینی‌هایی برای قلمرو داور داور انجام داده، ولی به اندازه کافی به شرح قلمرو و محدودیت‌های آن نپرداخته است. در ایران روش‌های غیرقضایی نقش تعیین‌کننده‌ای در حل اختلاف ندارد و اشخاص جهت حل مشکل دادگاه را انتخاب می‌کنند. دلیل این امر به‌خاطر نبود چارچوب‌های قانونی لازم، ناشناخته بودن روش‌های غیرقضایی، نبود مؤسسات فعال داور داور و آ‌ی دی آر، علل فرهنگی و همچنین کارایی و اقتدار آراء دادگاه برمی‌گردد. اما هر قدر رجوع به نظام قضایی بیشتر باشد، نشانگر فراوانی تعارضات در جامعه و یا عدم امکان حل و فصل غیرقضایی اختلافات است که هر دو از جامعه ناسالم حکایت دارد. با توجه به حجم زیاد پرونده‌های ورودی باید چاره‌ای اندیشید که هم از اطلاع داور داور و حجم پرونده‌های قضایی بکاهیم؛ زیرا ترویج روش‌های غیرقضایی حل و فصل اختلاف با توجه به ویژگی‌هایی که دارد، مانند رسیدگی سریع‌تر، کم‌هزینه و دقیق توسط شخص متخصص که می‌تواند موجب کاهش چشمگیر اطلاع داور داور و طرح دعاوی جدید قضایی شود.

منابع

- ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبد العزیز (۱۴۱۲ق). ردالمحتار علی الدر المختار. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۲۷ق). المغنی و شرح الکبیر. بیروت: دار الکتب العربی.
- اصفهانی، محمد بن تاج‌الدین (فاضل هندی) (۱۴۱۶ق). کشف‌الثام. تهران: فراهانی.
- اماندا، مجید (۱۳۹۴). جایگاه فقهی سیستم قضایی خصوصی بر اساس نهاد تحکیم از منظر امامیه. مبانی فقهی حقوقی اسلامی، ش ۱۶، ص ۳۳-۳۳.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). قضا و شهادت. قم: مکتبه الفقیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸). حقوق ثبت. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴). دانش‌نامه حقوقی. تهران: امیرکبیر.
- حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۰۷ق). القضا فی الفقه الاسلامی. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حلی، جعفر بن حسن (۱۳۹۷ق). ابضاح الفوائد. عراق: المطبعة العلمیه.
- حلی، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۰۹ق). قواعد الاحکام. چاپ سنگی.
- حیدری، علی‌نقی (۱۳۸۲). اصول الاستنباط. کاشان: فیض.
- خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۵ق). تکملة المنهاج. نجف: مطبعة الآداب.
- داوید، رنه (۱۳۵۷). داور داور در تجارت بین‌المللی. ترجمه سیدحسین صفایی. تهران: میزان.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳). لغت‌نامه دهخدا. تهران: دانشگاه تهران.
- زمخشری، محمود بن عمر (۱۴۰۷ق). الکشاف عن حقایق التنزیل. بیروت: دارالکتب العربی.
- سبزواری، محمدباقر (۱۳۹۶ق). کفایة الاحکام. قم: جامعه مدرسین.
- سنگلجی، محمد (۱۳۴۴). قضا در اسلام. تهران: دانشگاه تهران.
- سنگلجی، محمد (۱۳۷۸). آیین داور داور مدنی. قزوین: طه.
- طباطبایی یزدی، سیدکاظم (۱۴۱۳ق). حاشیه مکاسب. قم: المکتبه الفقیهیه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). المبسوط. تهران: المکتبه المرتضویه.
- عیسوی، مریم (۱۳۹۸). بررسی فقهی داور داور. تهران: قانون یار.
- مجدد، ابوالفضل (۱۳۹۷). آیین داور داور در نظام حقوقی کنونی. تهران: ابتکار دانش.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۵). حقوق خانواده. قم: علوم اسلامی.
- محمدزاده، حیدر (۱۳۷۹). داور داور در حقوق ایران. تهران: فقه‌نوس.
- محمدی گیلانی، محمد (۱۳۶۰). قضا و قضاوت در اسلام. تهران: المهدی.
- مشکور، محمدجواد (۱۳۵۷). ایران در عهد باستان در تاریخ اقوام و پادشاهان پیش از اسلام. تهران: اشرفی.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۰۸ق). فقه القضاء. قم: مکتبه امیرالمؤمنین.
- موسوی گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۰۱ق). کتاب القضاء. تقریر سیدعلی حسینی میلانی. قم: خیام.
- موصلی حنفی، عبدالله بن محمود (۱۴۲۰ق). الاختیار لتعلیل المختار. بیروت: دار الفکر.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. چ ششم. تهران: دارالکتب اسلامیه.
- نوی، محیی‌الدین بن شرف (۱۴۰۱ق). المجموع فی شرح المذهب. قم: دارالفکر.