



داوری در فقه امامیه

(ماهیت، مبانی و آثار)

حسین هوشمندفیروزآبادی



پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

زمستان ۱۴۰۲

هوشمندفیروزآبادی، حسین، ۱۳۶۰ -

ایران. قوانین و احکام

.Iran. Laws, etc

داوری در فقه امامیه: ماهیت، مبانی و آثار / حسین هوشمندفیروزآبادی. -- قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۴۰۲.

چهارده، ۳۵۴ص. (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۷۰۴؛ حقوق و فقه اجتماعی: ۸۶)

ISBN: 978-600-298-453-1

بها: ۲۴۰۰۰۰۰ ریال

فهرست‌نویسی براساس اطلاعات فیپا.

کتابنامه، ص. [۳۴۳]-۳۵۴: همچنین به صورت زیرنویس.

۱. داوری و جزا -- ایران. ۲. Arbitration and award -- Iran. ۳. داوری و جزا (فقه). ۴. Arbitration and award

(Islamic law). ۵. داوری بین‌المللی -- ایران. ۶. Arbitration (International law)--Iran. ۷. پژوهشگاه حوزه

و دانشگاه.

۳۴۷/۵۵۰۹

KMH۱۸۲۹

۹۳۹۹۱۸۳

شماره کتابشناسی ملی



داوری در فقه امامیه (ماهیت، مبانی و آثار)

مؤلف: حسین هوشمندفیروزآبادی (عضو هیئت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه)

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

صفحه‌آرا: اعظم یزدلی

چاپ اول: زمستان ۱۴۰۲

تعداد: ۳۰۰ نسخه

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم-سبحان

قیمت: ۲۴۰۰۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۲۹۸-۴۵۳-۱

کلیه حقوق برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شهر پردیسان، بلوار دانشگاه، نش میدان علوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵-۳۲۱۱۱۱۰۰

(انتشارات ۳۲۱۱۱۳۰۰) نمابر: ۳۲۸۰۳۰۹۰، ص.پ. ۳-۱۵۱ ۱۸۵

تهران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، کوی اُسکو، پلاک ۴، تلفن: ۶۶۴۰۲۶۰۰

www.rihu.ac.ir info@rihu.ac.ir

فروشگاه اینترنتی: https://shop.rihu.ac.ir

مرکز یخش: قم، خیابان معلم، مجتمع ناشران، طبقه همکف، پلاک ۲، تلفن: ۰۲۵-۸۴۲۶۳۵ ۳-۶

سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی به منظور شناخت، برنامه‌ریزی، ضبط و هدایت پدیده‌های انسانی در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر است و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظرگرفتن واقعیت‌های عینی، فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع شرط اساسی پویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهش‌ها در هر جامعه است.

پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک‌سو و اسلام به‌عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این‌رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازنگری و بومی‌سازی مبانی و مسائل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی علیه‌السلام، بنیان‌گذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری «دفتر همکاری حوزه و دانشگاه» را در سال ۱۳۶۱ فراهم کرد و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت استادان حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و در سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه تاکنون در ایفای رسالت سنگین خود خدمات فراوانی به جامعه علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار بیش از ۷۰۰ عنوان کتاب و شش نشریه علمی اشاره کرد.

قضاوت تحکیمی نهادی فقهی جهت حل و فصل اختلاف میان طرفین تنازع می‌باشد که امروزه در قوانین حقوقی تحت عنوان «داوری» ظاهر گشته و قانون‌گذار ایران این شیوه رسیدگی و فصل خصومت را (در کنار قضاوت) در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و نیز قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۸۶ مورد شناسایی و پذیرش قرار داده است.

بر آشنایان با حقوق داوری پوشیده نیست که این شیوه رسیدگی بدلیل اینکه شیوه‌ای سریع، تخصصی و نوعی قضاوت خصوصی بر پایه اراده طرفین محسوب می‌گردد، در حقوق داخلی و در تجارت بین‌الملل شایع و روبه گسترش است.

کتاب حاضر با مقایسه دقیق نهاد فقهی «قضاوت تحکیمی» و «حکمیت» با نهاد حقوقی «داوری» به مبانی مشروعیت و ادله فقهی داوری در فقه امامیه می‌پردازد و در مواردی بصورت موردی نگاهی نیز بر فقه سایر مذاهب داشته است.

ماهیت فقهی داوری، آثار داوری بر طرفین اختلاف، بر شخص داور و بر سایر مراجع رسیدگی به اختلافات و نیز شرایط لازم برای پذیرش سمت داوری از دیگر مباحثی است که در این کتاب بدانها پرداخته شده است.

همچنین در این کتاب تلاش شده است به امکان سنجی فقهی برخی شیوه‌های رایج و مرسوم داوری در عرصه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل مانند داوری شخص حقوقی، داوری زنان، داوری شورایی و جمعی و داوری غیرمسلمان پرداخته شود.

براین اساس این نوشتار می‌تواند برای پژوهشگران علاقه‌مند به مبحث داوری و تجارت بین‌الملل و طلاب و دانشجویان علاقه‌مندی به مباحث فقه قضا و فقه داوری مفید واقع شود.

از استادان و صاحب‌نظران ارجمند تقاضا می‌شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، این پژوهشگاه را در جهت اصلاح کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار مورد نیاز جامعه دانشگاهی یاری دهند.

در پایان پژوهشگاه لازم می‌داند از تلاش‌های نویسنده محترم اثر، حجت‌الاسلام دکتر حسین هوشمند فیروزآبادی و نیز از ارزیابان محترم این اثر حضرت آیت‌الله دکتر جواد حبیبی تبار و دکتر احمد احسانی فر سپاسگزاری کند.

این اثر ناچیز را به تقارن ایام نگارش و انتشار این اثر به
ساحت مقدس شهدای راه آزادسازی قدس شریف و
شهدای مدافع حرم حضرت زینب سلام الله علیها و
شهدای مدافع امنیت نظام جمهوری اسلامی ایران
تقدیم می‌دارم.

فهرست مطالب

مقدمه..... ۱

فصل اول: کلیات

گفتار اول: مفهوم شناسی.....	۶
بند اول: مفهوم داوری و حکمیت.....	۶
۱. داوری از نظر لغوی.....	۶
۲. داوری از نظر اصطلاحی.....	۶
۳. تحکیم و حکمیت از نظر لغوی.....	۸
۴. تحکیم و حکمیت از نظر اصطلاحی.....	۸
۵. هم‌پوشانی معنای داوری و حکمیت.....	۱۰
بند دوم: تمایز داوری از عناوین مشابه و مرتبط.....	۱۲
۱. داوری و وکالت.....	۱۲
۲. داوری و سازش و میانجی‌گری.....	۱۳
۳. داوری و قضاوت.....	۱۵
۴. کارشناسی و داوری.....	۱۷
گفتار دوم: سیر تاریخی فقهی و قانونی داوری.....	۱۹
بند اول: سیر تاریخی حکمیت.....	۱۹

بند دوم: سیر داوری در فقه امامیه	۲۴
بند سوم: سیر داوری در قوانین	۲۵
گفتار سوم: اقسام و دسته‌بندی‌های داوری به اعتبارات مختلف	۲۹
بند اول: داوری داخلی و بین‌المللی	۲۹
بند دوم: داوری اجباری و اختیاری	۳۲
بند سوم: داوری موردی و سازمانی	۳۵

فصل دوم: بررسی مشروعیت داوری

گفتار اول: نظریه عدم مشروعیت داوری (قضاوت تحکیمی)	۴۱
بند اول: آیات قرآنی	۴۲
۱. آیه رد منازعات و اختلافات به خدا و رسول	۴۳
۲. آیه تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر و تسلیم در مقابل رأی ایشان	۴۶
بند دوم: روایات	۴۸
بند سوم: سایر ادله	۴۹
گفتار دوم: نظریه مشروعیت داوری (قضاوت تحکیمی)	۵۱
بند اول: آیات قرآنی	۵۲
۱. آیات دال بر وجوب اصدار حکم بر اساس کتاب خدا و لزوم اقامه قسط و عدل	۵۲
۲. آیاتی دال بر وجوب امر به معروف و نهی از منکر	۵۵
۳. آیه مربوط به نشوز زوجین	۵۷
۴. آیه تلازم ایمان با ارجاع اختلافات به پیامبر و تسلیم در مقابل رأی ایشان	۶۳
۵. آیه مربوط به شکار در حال احرام	۶۳
بند دوم: سنت معصومان <small>(علیهم السلام)</small>	۶۴
۱. سنت قولی و روایات	۶۵
۲. سنت فعلی و تقریری	۷۸

- بند سوم: اجماع ۷۹
- بند چهارم: سیره عقلا ۸۱

- گفتار سوم: نظریات و دیدگاه‌های تفصیلی ۸۳
- بند اول: نظریه مشروعیت داوری در زمان حضور معصوم علیه السلام ۸۳
- بند دوم: نظریه مشروعیت داوری در صورت عدم وجود حکومت اسلامی ۸۹
- بند سوم: نظریه مشروعیت داوری در صورت مشقت و حرج در دسترسی به قاضی ۹۰

فصل سوم: ماهیت داوری

- گفتار اول: ماهیت داوری در فقه امامیه ۹۶
- بند اول: نظریه قضاوت تحکیمی یا انتخابی ۹۶
- الف) ادله قائلان به این نظریه ۹۸
- ب) اقتضائات نظریه قضاوت انتخابی ۱۰۱
- ج) اثبات ماهیت قضایی داوری براساس ادله فقهی دائر بر لزوم بی طرفی داور ۱۰۲
- بند دوم: نظریه قراردادی یا وکیل بودن داور ۱۰۵
- الف) ادله قائلان به این نظریه ۱۰۶
- ب) اقتضائات نظریه وکیل بودن داور ۱۰۹
- بند سوم: نظریه تفصیل میان انتخاب داور توسط حاکم و یا انتخاب توسط طرفین اختلاف ۱۱۰
- بند چهارم (نظر برگزیده): ماهیت ترکیبی یا مختلط قضایی - قراردادی ۱۱۱
- گفتار دوم: امکان سنجی تطابق ماهیت فقهی با ماهیت حقوقی داوری ۱۱۵

فصل چهارم: بررسی تطابق شرایط «قاضی تحکیم» و «داور»

- گفتار اول: بررسی امکان قضاوت تحکیمی (داوری) شخص حقوقی ۱۲۶
- بند اول: امکان سنجی داوری شخص حقوقی در حقوق ۱۲۶
- بند دوم: امکان سنجی داوری شخص حقوقی در فقه ۱۲۹

گفتار دوم: امکان‌سنجی داوری زنان.....	۱۳۳
بند اول: نظریه شرطیت مرد بودن هم در قضاوت و هم در داوری	۱۳۶
الف) آیات قرآن	۱۳۸
الف/۱) آیه اول	۱۳۸
الف/۲) آیه درجه	۱۴۱
الف/۳) آیه تبرّج	۱۴۳
ب) روایات	۱۴۵
ب/۱) معتبره ابی‌خدیجه	۱۴۵
ب/۲) روایت دوم	۱۴۶
ب/۳) روایت سوم	۱۴۷
ج) اجماع	۱۴۸
د) قیاس اولویت	۱۵۰
ه) سیره متشرعه	۱۵۲
و) تمسک به اصل عدم جواز قضاوت زن و عدم ولایت وی	۱۵۳
ز) سایر ادله	۱۵۵
بند دوم: نظریه عدم شرطیت مرد بودن نه در قضاوت و نه در داوری	۱۵۷
بند سوم: نظریه اشتراط مرد بودن در قضاوت و عدم آن در داوری	۱۶۰
نظر برگزیده	۱۶۱

گفتار سوم: بررسی امکان تعدد قاضی انتخابی یا تحکیم (داوری شورایی و جمعی).....	۱۶۹
بند اول: شیوه‌های مختلف قضاوت جمعی و شورایی	۱۷۳
۱. قضاوت به صورت اجتماعی و عدم صدور رأی در صورت عدم اجتماع	۱۷۴
۲. قضاوت به صورت اجتماعی بدون اعتبار نظر واحد یک قاضی	۱۷۶
۳. قضاوت جمعی به صورت استقلالی و تقسیم کار زمانی یا مکانی یا موضوعی	۱۷۷
۴. قضاوت جمعی به صورت استقلالی بدون تقسیم کار با صلاحیت عام زمانی	۱۷۸
۵. قضاوت جمعی به صورت استقلالی و صدور رأی با ملاک رتبه‌بندی	۱۸۰

- ۱۸۰.....۶. قضاوت شورایی به صورت استقلالی و صدور رأی با ملاک نظر اکثریت
- ۱۸۱..... بند دوم: ادله قائلان به عدم جواز قضاوت شورایی با ملاک نظر اکثریت
- ۱۸۳..... بند سوم: ادله قائلان جواز قضاوت شورایی با معیار نظر اکثریت
- ۱۸۷..... بند چهارم: امکان تسری حکم «قضاوت شورایی» به «داوری شورایی»
- ۱۸۹..... بند پنجم: فقدان حکم شرعی برای بحث قضاوت یا داوری شورایی
- ۱۹۲..... گفتار چهارم: بررسی لزوم مسلمان بودن داور (قاضی تحکیم یا انتخابی)
- ۱۹۶..... بند اول: حکم اولیه ترافع نزد غیر مسلمان
- ۱۹۷..... الف) آیات قرآن
- ۲۰۱..... ب) روایات
- ۲۰۲..... ج) دلیل عقلی
- ۲۰۳..... د) تنقیح مناط
- ۲۰۵..... بند دوم: حکم ثانویه ترافع نزد غیر مسلمان
- ۲۰۸..... بند سوم: تفکیک میان داوری داخلی و داوری بین المللی
- ۲۰۹..... بند چهارم: بررسی امکان عدول از اشتراط اسلام در قاضی و داور
- ۲۰۹..... الف) عدول از اشتراط اسلام بر پایه تغییر مقتضیات زمان و موضوع
- ۲۱۱..... ب) عدول از نظریه وحدت شرایط قاضی و داور بر پایه حاکمیت اراده طرفین
- ۲۱۴..... ج) عدول از نظریه بر پایه ماهیت حق یا حکم بودن اعطاء ولایت بر دیگری
- ۲۱۶..... د) عدول از نظریه بر پایه ماهیت انشاء رأی قاضی و داور
- ۲۱۷..... هـ) عدول از نظریه بر پایه سازوکارهای مربوط به نظارت بر رأی داور
- ۲۱۹..... بند پنجم: داوری غیر مسلمان در فقه عامه
- ۲۲۲..... گفتار پنجم: بررسی لزوم اجتهاد داور (قاضی تحکیم یا انتخابی)
- ۲۲۴..... بند اول: اقوال فقهای امامیه پیرامون لزوم اجتهاد در قاضی تحکیم یا داور
- ۲۳۰..... بند دوم: اقوال فقهای عامه پیرامون لزوم اجتهاد قاضی و داور
- ۲۳۱..... بند سوم: نقد و بررسی ادله لزوم اجتهاد قاضی و داور

- الف) اجماع ۲۳۱
- ب) اصل ۲۳۲
- ج) مقبوله عمر بن حنظله ۲۳۴
- د) معتبره ابی خدیجه ۲۳۶
- ه) توقیع شریف ۲۳۸
- و) روایت اسحاق بن عمار از امام صادق (علیه السلام) ۲۴۰
- بند چهارم: نقد و بررسی ادله قائلان به عدم اشتراط اجتهاد در داور ۲۴۱
- الف) اطلاق برخی آیات ۲۴۱
- ب) اطلاق صحیحه حلبی ۲۴۱
- ج) اطلاق صحیحه ابی خدیجه ۲۴۲
- د) روایت امیرالمؤمنین (علیه السلام) ۲۴۵
- ه) شواهدی بر کفایت مطلق علم (و عدم لزوم اجتهاد) ۲۴۷
- ز) انکار وجود قاضی تحکیم در صورت اشتراط اجتهاد ۲۴۷
- ح) توجه به ماهیت انشاء رأی داور در وضعیت کنونی قوانین ۲۴۸
- گفتار ششم: بررسی قلمرو صلاحیت داور (قاضی تحکیم) ۲۵۱
- بند اول: قلمرو صلاحیت صدور حکم داور در فقه امامیه ۲۵۲
۱. نظریه صلاحیت عام داور ۲۵۲
۲. نظریه صلاحیت داور صرفاً در امور حقوقی ۲۵۴
۳. نظریه جواز داوری صرفاً در مسائل حق الناسی ۲۵۵
۴. نظریه جواز داوری صرفاً در مسائل مالی و احوال شخصیه ۲۵۶
۵. نظریه جواز تحکیم در همه امور، به جز نکاح، لعان، قذف و قصاص ۲۵۷
- بند دوم: قلمرو صلاحیت صدور حکم داور در فقه عامه ۲۵۷
- بند سوم: صلاحیت داوری در اجرای حکم ۲۵۹
- نظر برگزیده ۲۶۰

فصل پنجم: آثار داوری

- گفتار اول: اثر داوری بر طرفین اختلاف ۲۶۵
- بند اول: نظریات فقها در خصوص استقلال داوری از طرفین اختلاف ۲۶۶
- بند دوم: بررسی ادله قائلان به استقلال داوری از طرفین اختلاف ۲۷۱
۱. ادله ۲۷۱
- ۱-۱. روایات ۲۷۱
- ۱-۲. شهرت ۲۷۴
- ۱-۳. دلیل عقلی ۲۷۴
۲. ارزیابی ادله ۲۷۷
- بند سوم: ادله قائلان به لزوم رضایت طرفین به رأی صادره جهت نفوذ رأی ۲۷۹
- بند چهارم: زمان ایجاد استقلال داور ۲۸۱
- الف) در فقه امامیه ۲۸۲
۱. از زمان صدور رأی ۲۸۲
۲. از زمان شروع رسیدگی ۲۸۳
۳. از زمان پذیرش سمت و شروع رسیدگی توسط داور ۲۸۳
- ب) در فقه عامه ۲۸۵
- گفتار دوم: اثر داوری بر شخص داور ۲۹۰
- بند اول: اعمال قاعده «اعتبار امر قضاوت شده» نسبت به رأی داوری ۲۹۰
- بند دوم: اعمال قاعده «فراغ دادرس» نسبت به رأی داوری ۲۹۳
- بند سوم: امکان رجوع داور از رأی خود از منظر فقهی ۲۹۶
- بند چهارم: استثنائات و جهات اصلاح حکم قاضی یا داور صادرکننده حکم ۳۰۲
- الف) بروز شک و تردید معتنابه در صادرکننده حکم نسبت به حکم صادره ۳۰۳
- ب) بروز و احراز وجود خطا و اشتباه در حکم با ادله قطعی ۳۰۴
- ج) احتمال وجود خطا و اشتباه به دلیل تغییر نظر اجتهادی ۳۰۷

- د) بروز و احراز وجود خطا و اشتباه در موازین شرعی ۳۱۰
- ه) بروز و احراز وجود خطا و اشتباه در امور موضوعی ۳۱۱
- گفتار سوم: اثر داوری بر سایر داوران و قضات ۳۱۳
- بند اول: امکان بازبینی رأی داور از منظر حقوقی ۳۱۳
- بند دوم: امکان بازبینی رأی داور از منظر فقهی ۳۱۵
- ۴-۱. تبیین نظریه «حرمت نقض حکم قاضی» از دید فقهای امامیه ۳۱۶
- ۴-۲. نقد و بررسی ادله قاعده «حرمت نقض رأی قاضی» ۳۲۱
- الف) مقبوله عمر بن حنظله ۳۲۱
- ب) موضوعیت داشتن حکم قاضی ۳۲۵
- ج) لزوم لغویت و نقض غرض ۳۲۸
- د) لزوم منع از ایجاد هرج و مرج ۳۲۹
- ه) ضرورت عقل، سیره عقلا و متشرعه ۳۳۰
- و) نبود مقتضی برای قضاوت دوم ۳۳۲
- ز) نبود ترجیح برای قضاوت دوم ۳۳۲
۳. امکان سنجی شمول ادله «حرمت نقض حکم قاضی» نسبت به داور فاقد وصف اجتهاد ۳۳۴
- ۵-۱. امکان سنجی شمول ادله «حرمت نقض حکم مجتهد» نسبت به غیر مجتهد ۳۳۴
- ۵-۲. امکان تسری حکم «حرمت نقض رأی قاضی» به رأی داور ۳۳۷
- منابع و مأخذ ۳۴۳

مقدمه

امروزه، داوری 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 و حقوق اسلامی بحث از داوری به صورت منسجم و تحت عنوان یک باب مستقل و مجزا مطرح نشده است، اما فقهای عظام در چند باب به مناسبت به آن پرداخته‌اند. یکی از این باب‌ها مربوط به نکاح و اختلافات زوجین است که به مناسبت آیه شریفه قرآن (آیه ۳۵ سوره نساء) و ضرورت انتخاب داور و حکم از میان بستگان زن و مرد برای حل اختلاف زوجین، فقها در مورد آن بحث کرده‌اند. همچنین در باب قضا و شهادت در ذیل بحث انواع قضاوت و فصل خصومت، فقها بحثی را در مورد قاضی‌ای که طرفین خود آن را انتخاب می‌کنند، طرح نموده‌اند. همچنین در باب جهاد و ذیل بحث تحکیم با کفار، فقها متعرض بحث حکمیت شده‌اند. واژه‌هایی که تا حدودی مترادف با داوری بوده و توسط فقها مورد استفاده قرار گرفته عبارت‌اند از: «حکمیت» و «قضاوت تحکیمی» که در مورد داور به «حکم» و «قاضی تحکیم» تبدیل شده است.

در متون فقهی، قاضی به دو قسم تقسیم شده است: ۱. قاضی منصوب؛ ۲. قاضی تحکیم. قاضی منصوب برای همه مردم قضاوت می‌کند، اما قاضی تحکیم اقدامش منوط به تراضی طرفین است.^۱ در میان قدمای فقهای شیعه نه تنصیباً و نه اشعاراً بحثی در خصوص قاضی تحکیم مطرح نشده است و شیخ الطائفه (شیخ طوسی) نخستین فقهی است که به نحو اشعار به

۱. برخی معاصران قاضی را به قاضی تعمیم و قاضی تحکیم تقسیم نموده‌اند. رک: حبیبی تبار، ۱۳۹۷/۸/۲۳ (<https://taghrir.ismc.ir/teacher>)

قاضی تحکیم در دو کتاب خلاف و مبسوط^۱ اشاره می‌کند، اما او هم عنوان «قاضی تحکیم» را اتخاذ نکرده است. علت کار شیخ این بوده که ایشان این دو کتاب خود را بر اساس ترتیب کتاب‌های اهل سنت - و نه بر ترتیب کتاب‌های رایج فقهای امامیه - تدوین نموده است و اولین فقیهی که عنوان «قاضی تحکیم» را به کار می‌برد شهید اول^۲ در کتاب دروس است. همچنین این نوع قضاوت جزء احکام امضائی اسلام دانسته شده است؛ زیرا از دیرباز بین مردم در جوامع مختلف شایع بوده است.

در بحث فقهی از داوری لازم است مبانی و ادله مشروعیت این شیوه فصل خصومت بررسی شود و ماهیت آن با دقت تعیین گردد و نیز به آثار این شیوه فصل خصومت بر طرفین اختلاف، بر شخص داور و بر سایر افراد اشاره نمود.

ماهیت این شیوه حل اختلاف اگرچه کم‌وبیش در حقوق بررسی شده، اما از نظر فقهی کمتر مورد بحث حقوق‌دانان قرار گرفته است، این در حالی است که فقهای امامیه بدان توجه خاص و مبسوط مبذول داشته‌اند.

با این‌همه در ماهیت حکمیت و داوری میان فقها اختلاف وجود دارد. برخی قائل به وکالت داور از جانب طرفین حل اختلاف و برخی قائل به استقلال و قاضی بودن داور شده‌اند. به دیگر سخن، در مورد ماهیت داوری دو نظریه در بین فقهای امامیه و عامه رایج است. 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 شده است.

در بحث از استقلال داوری، واضح است که در فقه امامیه و حقوق ایران، موضوع استقلال قاضی منصوب، امری بدیهی و واضح است، به‌گونه‌ای که وی می‌تواند له یا علیه هر یک از متخاصمین حکم صادر کند و پس از صدور حکم هم محکوم له و هم محکوم علیه باید آن را بپذیرند و ملتزم بدان باشند و نمی‌توانند به بهانه نارضایتی از حکم یا ناعادلانه دانستن آن از

۱. طوسی (شیخ)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۱۶۴.

۲. شهید اول، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص ۶۶.

اجرایش سر باز زنند. به عبارت دیگر، قاضی منصوب، از لحظه آغاز تا پایان قضاوت، از استقلال قضایی برخوردار است و استقلال وی در طول زمان قضاوت منوط به شرطی خاص یا زمانی خاص نیست. اما مسئله مورد بحث این است که آیا داور یا همان قاضی تحکیم (که منتخب طرفین است) نیز همانند قاضی منصوب چنین شأنی دارد و رضایت یا عدم رضایت متخاصمین تأثیری در نفوذ حکم وی ندارد و در هر صورت متخاصمین باید بدان ملتزم باشند؟ پاسخ به پرسش پیش گفته از آن جهت که به لزوم و عدم لزوم رأی صادره و مقاصد الشریعه تحکیم برمی گردد، 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 پس از آن دیگر رضایت متخاصمین شرط نیست، یا اینکه وی از زمان اعطاء 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 می توانند پیش از صدور حکم توسط وی، از رجوع به داور انصراف دهند و از داور سلب صلاحیت نمایند.

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 اختلاف نظر دارند. در این کتاب سعی شده است دیدگاه‌های مختلف از نظر فقهی حقوقی نقد و بررسی شود و در آخر، نتایج حاصل از ارزیابی به صورت موردی بیان شود.

با توجه به این توضیحات، در این کتاب ابتدا به مفهوم شناسی و ادله مشروعیت داوری، سپس به ماهیت شناسی داوری می پردازیم. در ادامه شبهاتی را که ممکن است در تطابق میان داوری و قضاوت تحکیمی مطرح شوند، مورد تبیین و ارزیابی قرار می دهیم و در نهایت، به بحث آثار داوری بر طرفین داوری، بر شخص داور و بر سایر قضات و داوران می پردازیم.

فصل اول

کلیات

در این فصل ابتدا با مفهوم داوری و حکمیت آشنا می‌شویم. سپس تاریخچه وجود داوری در اسلام و ایران و سیر ایجاد و گسترش قوانین در ایران را مرور می‌کنیم. در ادامه به برخی از انواع داوری‌ها و تقسیم‌بندی‌های جغرافیایی و یا موضوعی و یا شیوه رسیدگی در داوری اشاره خواهیم کرد.

گفتار اول

مفهوم‌شناسی

بند اول: مفهوم داوری و حکمیت

۱. داوری از نظر لغوی

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^۱ داوری در فرهنگ معین به شکایت پیش قاضی بردن، قضاوت، تظلم، حکومت میان مردم معنا شده^۲ و در لغتنامه دهخدا عمل داور، قضا، حکومت، حکمیت و حکم میان دو خصم ذکر شده است.^۳

۲. داوری از نظر اصطلاحی

در اصطلاح حقوقی، داوری عبارت است از: رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم از سوی شخص یا اشخاص ثالثی که طرفین دعوا معمولاً آنها را به تراضی انتخاب می‌کنند یا مراجع قضایی به نمایندگی از سوی طرفین دعوا ایشان را برمی‌گزینند. خصوصیت و قید آخر تعریف، بیانگر آن است که قدرت داور برخلاف قاضی ناشی از قوای عمومی دستگاه قضایی نیست، بلکه نشئت گرفته از قرارداد خصوصی و توافق طرفین است.^۴

۱. دهخدا، لغتنامه، ج ۶، ص ۹۱۶۳.
۲. معین، فرهنگ فارسی، ج ۲، ص ۱۴۹۳.
۳. دهخدا، لغتنامه، ج ۶، ص ۹۱۶۶.
۴. کریمی و پرتو، حقوق داوری داخلی، ص ۱۹-۲۰.

فصل اول: کلیات ۷

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

در برخی از تعاریف، داوری صرفاً قراردادی قلمداد شده و به جنبه امکان انتصاب داور توسط مقام قضایی توجه نشده است.^۱ برخی تعاریف نسبت به امکان انتصاب داور از جانب دادگاه اجمال دارند و مطابق آنها، انتخاب داور توسط طرفین یا ثالث امکان‌پذیر دانسته شده است،^۲ بدون اینکه تصریح شود این ثالث می‌تواند قاضی دادگاه باشد. برخی دیگر داوری را فرایندی دانسته‌اند که به موجب آن اختلاف طرفین نسبت به حقوق و تکالیف قانونی‌شان از طریق قضاوت یک یا چند داور به جای دادگاه حل و فصل شود.^۳ و برخی دیگر در بیان ویژگی‌های داوری، مداخله شخص ثالث برای رفع تنازع را با توافق طرفین یکی از ویژگی‌ها دانسته‌اند.^۴

این تعاریف با توجه به عدم پیش‌بینی امکان انتصاب داور توسط مقام قضایی (افزون بر امکان انتخاب توسط طرفین) یا عدم تصریح به این نوع داوری، قابل ایراد می‌باشد، زیرا در قانون هر دو نوع داوری پیش‌بینی شده است و صحیح‌تر این است که مطابق تعاریف جامع ذکر شده هر دو نوع داوری اختیاری و اجباری در تعریف قرار گیرند.^۵

در زبان انگلیسی از واژه Arbitration و در زبان عربی اصطلاح «التحكیم» برای داوری استفاده می‌شود.

داوری واژه‌ای فارسی است و در کتب فقهی استفاده نمی‌شود، ولی حکمیت و قاضی تحکیم در کتاب نکاح و کتاب قضاوت در فقه مورد استعمال قرار گرفته است و تحکیم به معنای داوری و مقصود از عقد التحکیم موافقت‌نامه داوری است.

۱. متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ص ۷۶.

۲. «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، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۵۲۱).

۳. شیروی، داوری تجاری بین‌المللی، ص ۱۰.

۴. خدابخشی چهارویژگی را برای داوری ذکر می‌کند؛ اولاً، شخص ثالثی با توافق طرفین برای رفع نزاع مداخله نماید؛ ثانیاً، قصد طرفین از دخالت دادن ثالث تعیین راه‌حلی الزام‌آور از سوی وی باشد؛ ثالثاً، راه‌حل الزام‌آور ثالث به منظور حل و فصل اختلاف باشد؛ رابعاً، تصمیم و رأی داور باید برای رسیدن به اهداف دو مورد قبل باشد (خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ص ۲۵-۲۶).

۵. رک: واحدی، بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، ص ۷۷.

۳. تحکیم و حکمیت از نظر لغوی

حکمیت از «حکم» با فتح حاء اخذ شده و به معنای منع برای اصلاح و قضاوت است.^۱ کلمه «تحکیم» نیز از ریشه «حکم» با فتح حاء اخذ شده^۲ و با توجه به معنای لغوی حکم - که گفته شد - به معنای منع کردن خواهد بود. «تحکیم» مصدر و به معنای حکم قرار دادن (جعل حکماً) و تفویض حکم به وی (فوض الحکم الیه) است^۳ و در لغتنامه‌های فارسی هم به معنای حکم کردن آمده است^۴ که از لوازم قضاوت خواهد بود.

۴. تحکیم و حکمیت از نظر اصطلاحی

در اصطلاح، حکمیت همان داوری کردن و قضاوت نمودن و گاهی به معنای تعیین یا نصب حکم آمده است.^۵ بنابراین، مقصود از قضاوت تحکیمی همان معنای اول است. فقها بحث از تحکیم را در چند موضع مطرح نموده‌اند:^۶ یکی در بحث تحکیم میان مسلمانان و کفار در جنگ؛ دوم در بحث تحکیم میان زوجین؛ سوم در بحث تحکیم و قضاوت بین المتخاصمین (طرفین اختلاف) که نوع سوم آن منطبق بر بحث داوری مصطلح می‌باشد؛ بنابراین، از نظر اصطلاحی، حکمیت همان داوری کردن و قضاوت نمودن است. در توضیح و تعریف برخی فقها نیز ایرادی که در تعریف حقوق دانان وجود داشت - یعنی عدم توجه به امکان انتصاب داور و حکم توسط قاضی و دستگاه قضا - وجود دارد، چون گفته‌اند: «التحکیم هو اتفاق الخصمین علی جعل حاکم یحکم بینهما، و یقال حکم و محکم»^۷ التحکیم فی القضاء: هو أن یتفق المتنازعان علی شخص لیحکم بینهما، فإذا حکم کان حکمه نافذاً، و یعتبر عن بقاضی التحکیم الذی هو فی مقابل القاضی المنصوب.^۸

۱. قرشی، قاموس قرآن، ج ۲، ص ۱۶۰.

۲. قرشی، همان، ص ۱۶۱.

۳. احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۲، ص ۹۱؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۳، ص ۲۷۲-۲۷۳؛ طریحی، مجمع البحرین، ج ۱، ص ۴۳۹.

۴. معین، فرهنگ معین، ج ۱، ص ۱۰۴۱.

۵. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۴۱.

۶. رک: ذیل واژه تحکیم هاشمی شاهرودی، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، الجزء الرابع، ص ۴۷۴ به بعد.

۷. طوسی (شیخ)، الخلاف، ج ۶، ص ۲۴۱؛ سبزواری، کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۶۶۴.

۸. عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۲، ص ۳۳۲؛ نجفی، جواهر الکلام فی

شیخ طوسی در توضیح قضاوت (تحکیمی) می‌گوید: اگر دو نفر توافق کنند که کسی از مردم، میان این دو حکم کند و آن کس چنین کند، جایز است بدون نظر خلاف. حکم این شخص هم الزام‌آور است...^۱ برخی دیگر از فقها با تفکیک قاضی منصوب از قاضی غیر منصوب گفته‌اند: قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتدائاً و بالذات برای قضاوت نصب نشده، بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به وی حق اعمال ولایت می‌دهد.^۲

از فقهای معاصر، آیت‌الله موسوی اردبیلی معتقد است 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 می‌کنند، بدون اینکه این شخص از سوی امام به‌طور خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد.^۳

آیت‌الله محمدی گیلانی در تعریف قاضی تحکیم می‌نویسد:

قاضی تحکیم - دو نفر که با هم در امر مالی یا غیر مالی دعوا و اختلاف پیدا می‌کنند و با هم توافق می‌کنند که برای فیصله دادن به اختلاف، یک نفری را به‌عنوان حکم و داور انتخاب کنند و نزد آن شخص اختلاف خود را مطرح نمایند و آنچه وی حکم کند راضی شوند و بپذیرند و البته شخص منتخب غیر قاضی منصوب از ناحیه امام است. این فعل یعنی حکم گردانیدن دو نفر، شخص ثالث را تحکیم می‌گویند و آن شخص ثالث را قاضی تحکیم می‌نامند، یعنی قاضی‌ای که با تحکیم و انتخاب دو نفر متخاصم برگزیده شده است.^۴

در میان علمای عامه، دکتر وهبه الزحیلی می‌نویسد: «فالتحکیم الاسلامی هو اذا ان یحکم المتخاصمان شخصاً آخر أو اکثر لفضّ النزاع القائم بینهما أو الذی یمکن أن یقوم وفقاً لحکم الشرع».^۵

تحکیم اسلامی عبارت است از: اینکه طرفین اختلاف یک یا چند شخص دیگر را برای رفع

شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰، ص ۲۸؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ج ۲۷، ص ۱۰؛ روحانی، فقه الصادق علیه السلام، ج ۲۵، ص ۳۵.

۱. طوسی (شیخ)، الخلاف، ج ۶، ۲۴۱.

۲. حائری، القضاء فی الفقه الإسلامی، ص ۲۱.

۳. موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ج ۱، ص ۱۰۹.

۴. محمدی گیلانی، «قضا و قضاوت در اسلام»، نشر سایه، ص ۴۷.

۵. وهبه الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، الجزء الثامن، ص ۶۲۵.

نزاع به وجود آمده یا برای نزاعی که ممکن است به وجود بیاید، به حکمیت انتخاب کنند تا وی مطابق حکم شرع میانشان داوری کند.

هر چند در تعاریف فقها - همان گونه که گذشت - به داوری اختیاری و انتخاب داور از جانب طرفین اختلاف اشاره شده است و سخنی از داوری اجباری توسط قاضی نشده است، اما می توان داوری اجباری را در بحث از انتخاب داور میان زوجین ناسازگار و دارای اختلاف در کلام فقها دید و همان گونه که صاحب جواهر می گوید: داوری دعاوی خانوادگی خصوصیتی ندارد و سایر داوری ها و حکمیت ها نیز مانند آن هستند.^۱

توضیح اینکه در انتخاب داور میان زوجین دارای اختلاف، مشهور فقها قائل به انتخاب داور از جانب حاکم شرع هستند^۲ و حتی برخی بر آن ادعای اجماع نموده اند.^۳

گرچه برخی فقها به امکان تحکیم اجباری از جانب حاکمیت نیز اشاره کرده اند،^۴ اما عدم اشاره اکثریت فقها به امکان داوری و حکمیت اجباری یا به دلیل عدم وجود حکومت اسلامی و امکان تعیین داور از جانب قاضی حاکمیتی بوده و یا به دلیل اینکه داوری و حکمیت اجباری در واقع نوعی نیابت از طرف قاضی منصوب است و داوری رایج و مصطلح نیست. بنابراین، متبادر از تحکیم و داوری در میان فقها، انتخاب داور از جانب طرفین اختلاف می باشد، یعنی داوری اختیاری.

از مجموع این تعاریف فقهی برمی آید قاضی تحکیم کسی است که اولاً، منتخب طرفین اختلاف است؛ ثانیاً، صلاحیتش منوط به عدم حضور امام معصوم (علیه السلام) و یا قاضی منصوب از طرف ایشان نیست؛ ثالثاً، شغل ذاتی و اولی اش قضاوت نیست، بلکه با انتخاب طرفین به صورت موقت و در طول دوران محاکمه صلاحیت می یابد؛ رابعاً، می تواند یک نفر یا بیش از یک نفر باشد.

۵. هم پوشانی معنای داوری و حکمیت

با توجه به این تعاریف از داوری - که توسط حقوق دانان و قانون داوری بین المللی ارائه شد - و

۱. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، ص ۲۱۴.

۲. رک: عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۸، ص ۳۶۵؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، ص ۲۱۱.

۳. حلی (علامه)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۷، ص ۳۹۵.

۴. وهبة الزحیلی، موسوعه الفقه الاسلامی و القضايا المعاصره، الجزء الثاني عشر، ص ۷۱۶.

با توجه به تعاریف فقها از قاضی تحکیم می‌توان گفت مفهوم داوری در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه اسلامی است.

گرچه این تطابق در فصل‌های بعدی و پس از بحث در خصوص ماهیت داوری بیشتر مشخص می‌شود، اما در اینجا نیز لازم است گفته شود که این تطابق میان داوری و قضاوت تحکیمی مورد اذعان برخی از حقوق‌دانان^۱ و فقها^۲ نیز قرار گرفته است. جعفری لنگرودی قاضی تحکیم را همان داور دانسته^۳ و جنیدی به مطرح شدن بحث داوری در حقوق اسلامی ذیل عنوان قضاوت تحکیمی اشاره نموده است و به برخی آیات و روایات مربوط به مشروعیت این نهاد اشاره نموده است.^۴

یکی دیگر از حقوق‌دانان - در کتابی که در خصوص داوری تألیف نموده - بحثی را به تمیز داوری از قضاوت تحکیمی اختصاص داده و ضمن اشاره به برخی اختلافاتی که ممکن است میان این دو نهاد گذاشته شود، نهایتاً به این نتیجه رسیده که میان داوری و قضاوت تحکیمی تفاوتی نیست و داوری در حقوق همان قضاوت تحکیمی در فقه است و هردو قاضی منتخب طرفین دعوا می‌باشند که نقش اراده خصوصی آنها و عدم وابستگی‌شان با نظام حکومتی، آنها را واجد ماهیت یکسان نموده است.^۵

در میان فقها، فقیه معاصر، آیت‌الله موسوی اردبیلی، نیز داوری را همان قضاوت تحکیمی می‌داند و در کتاب القضاء ذیل بحث قاضی تحکیم، به ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم - که در مورد داوری است - اشاره کرده است.

نویسندگان مشهور عرب‌زبانی مانند وهبة الزحیلی^۶ یا قحطان عبدالرحمان الدوری^۷ و

۱. کشاورز، نگرشی به تشکیل قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب، ص ۲۰ و ۲۱؛ خورشیدی، محمدی، داوری در حقوق ایران، ص ۱۷.

۲. موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ج ۱، ص ۱۳۳.

۳. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۴۱.

۴. جنیدی، «قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی»، پژوهشنامه متین، شماره ۱۰، بهار ۱۳۸۰، ص ۱۲۹.

۵. کریمی و پرتو، حقوق داوری داخلی، ص ۴۶-۴۸.

۶. وهبة الزحیلی، موسوعه الفقه الاسلامی و القضاة المعاصرة، الجزء الثانی عشر، ص ۷۱۲ به بعد.

۷. الدوری، عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی و القانون الوضعی، ص ۲۱-۲۲.

برخی دیگر^۱ نیز ذیل بحث قضاوت تحکیمی با یکی دانستن آن با داوری به برخی مواد قانونی مربوط به داوری و نیز برخی کنوانسیون‌های مربوط به داوری و کنوانسیون‌های مربوط به شناسایی و اجرای احکام داوری اشاره نموده‌اند.

بند دوم: تمایز داوری از عناوین مشابه و مرتبط

جهت شناخت بیشتر و دقیق‌تر از داوری باید آن را از عناوین و نهادهای مشابه و مرتبط بازشناسایی نمود:

۱. داوری و وکالت

از آنجاکه انتخاب داور، توسط طرفین اختلاف، باعث تشابه داوری و وکالت می‌شود و این تشابه باعث شده تا در بحث از ماهیت داوری در حقوق اسلام و غرب برخی داوری را وکالت دانسته‌اند، اما خواهیم گفت که ماهیت داوری نوعی قضاوت است و داور به هیچ‌وجه وکیل طرفین اختلاف محسوب نمی‌شود و تفاوت‌هایی میان این دو نهاد وجود دارد.

۱-۱. وکالت نوعی نمایندگی است، حال آنکه داوری، نمایندگی نیست، بلکه تسلیط است و ریشه در حاکمیت دارد و منجر به فصل خصومت و قضاوت می‌شود.^۲

۱-۲. شرط وکالت این است که موکل بتواند خود مورد وکالت را انجام دهد و حال آنکه انتخاب‌کنندگان داور، صلاحیت حل اختلاف مورد داوری را به صورت انشای رأی و فصل خصومت ندارند.^۳ در وکالت امری را می‌توان اعطاء نمود که اصیل از عهده آن برآید، اما در داوری، اصیل نمی‌تواند دخالت کند.

۱-۳. همچنین باید گفت داور صدور رأی می‌کند و رأی وی به دستور دادگاه لازم‌الاجراست و از قاعده اعتبار امر قضاوت‌شده تبعیت می‌کند، اما وکیل صرفاً یک عمل حقوقی انجام می‌دهد و فصل خصومت نمی‌کند.

۱. نضال جبر البلوی، تحکیم فی الشریعة الاسلامی و نظام التحکیم السعودی، ص ۳۲؛ سمیرة الزعیم المنجد، التحکیم الاسلامی فی نظام غیر اسلامی، ص ۶۲.

۲. خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ص ۳۵.

۳. جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۳، ص ۴۳۷.

۴-۱. موکل می‌تواند هر زمان که بخواهد وکیل را عزل نماید، حال آنکه مطابق نظر مشهور فقهای امامیه و عامه پس از صدور رأی توسط داور، طرفین اختلاف حق رجوع از داوری را ندارند و مطابق نظر صحیح‌تر - که برخی از فقها مطرح نموده‌اند - همین که داور، رسیدگی را شروع نمود، طرفین اختلاف دیگر نمی‌توانند وی را عزل کنند؛ زیرا وی شأن قضایی می‌یابد.

۵-۱. وکیل موظف به رعایت غبطه و صلاح موکل خود است، حال آنکه داور مطابق نظر فقها به دلیل شأن قضایی که دارد، باید بر اساس عدل و انصاف حکم صادر کند، حتی اگر این حکم به ضرر طرف یا طرفینی باشد که وی را انتخاب نموده‌اند.

۲. داوری و سازش و میانجی‌گری^۱

مقصود از داوری - همان‌گونه که گذشت - نهادی جهت فصل خصومت و حل اختلاف از طریق اصدار رأی است که در فقه تحت عنوان «قاضی تحکیم» مورد بحث قرار گرفته است و نباید آن را با داوری، به معنای صلح و سازش و تلاش جهت حل اختلاف طرفین یک دعوا که در ادبیات فقهی «اصلاح ذات البین» نامیده می‌شود، خلط نمود.^۲ گرچه داوری و سازش هر دو از جهت انتخاب فرد میانجی و داور مشابهت دارند و طرفین اختلاف خودشان نسبت به اعطای سمت به داور یا

۱. گرچه برخی میان نهاد سازش و نهاد میانجی‌گری تفکیک نموده‌اند، اما برخی نیز قائل‌اند هر دو به‌منظور حل و فصل اختلاف با توافق طرفین، متضمن استفاده از شخص ثالث بی‌طرف هستند، بنابراین، تفاوت چندانی با هم ندارند و می‌توان این واژه‌ها را به‌عنوان واژه‌های مترادف به جای هم به کار گرفت. فعال‌تر بودن نقش سازش‌دهنده نسبت به میانجی به این دلیل است که سازش‌دهنده جهت حل و فصل اختلاف، علاوه بر ارائه پیشنهادها و راه‌حل‌های ممکن، به تنظیم سازش‌نامه نیز مبادرت می‌نماید (رک: درویشی، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، ص ۱۲۳).

۲. در قرآن کریم تلاش برای اصلاح و رفع اختلاف طرفین - که در ادبیات فقهی ذیل عنوان «اصلاح ذات البین» مطرح می‌شود - مورد تأکید قرار گرفته است. از جمله در آیه شریفه ۱۰ سوره حجرات می‌فرماید: «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ» همچنین در روایات تشویق به صلح و آشتی پیش از قضاوت مورد تأکید قرار گرفته است. مطابق روایتی از امیر المؤمنین (علیه السلام): «يَدْعُو الْخُصُومَ إِلَى الصَّلْحِ فَلَا يَزَالُ بِهِمْ حَتَّى يَصْطَلِحُوا» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۴۰). پیامبر (صلی الله علیه و آله) طرفین را به صلح دعوت می‌کرد و آن قدر ادامه می‌داد تا صلح می‌کردند. اهمیت اصلاح ذات‌البین به حدی است که علی‌رغم دستورهای مؤکد بر صدق و راست‌گویی اما مطابق روایات اگر در راه اصلاح ذات‌البین برای ایجاد دوستی و صلح بین طرفین سخن کذبی لازم باشد گفته شود، مجاز است و نه تنها گناه نیست و دروغ قلمداد نمی‌شود، بلکه دارای ارزش و پاداش اصلاح ذات‌البین است: زیرا مطابق روایات کسی که اصلاح می‌کند و آشتی می‌دهد دروغ‌گو نیست (کلینی، الکافی، ج ۲، ص ۲۱۰).

میانجی و متولی سازش اقدام می‌نمایند، اما این دو نهاد را نیز نباید با یکدیگر مشتبه ساخت.

۱-۲. راه‌حلی که سازش‌دهنده یا میانجی پیشنهاد می‌کند، باید مورد قبول اشخاص ذی‌نفع قرار گیرد و تا زمانی که طرفین راه‌حل مزبور را قبول نکرده باشند، برای آنان الزامی و لازم‌الاجرا نخواهد بود، درحالی‌که تصمیم داور برای اشخاص ذی‌نفع بدون نیاز به پذیرش آن الزامی است.^۱ به عبارت دیگر، شیوه سازش و میانجی‌گیری در فضای همکاری اتخاذ می‌شود و جوهره آن الزام حقوقی نیست، بلکه طرفین برای روشن شدن موضوع با یکدیگر همکاری می‌کنند، اما دآوری در فضای تقابل و نه همکاری شکل می‌گیرد و یک قضاوت خصوصی و الزام‌آور برای طرفین رقم می‌خورد.^۲ رأی داور براساس مواد ۴۸۸ و ۴۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی لازم‌الاجراست. در بند ۱ ماده ۳۵ قانون دآوری تجاری بین‌المللی آمده است: «به استثنای موارد مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ آرای دآوری که مطابق مقررات این قانون صادر شود قطعی و پس از ابلاغ لازم‌الاجراست و در صورت درخواست کتبی از دادگاه موضوع ماده ۶ ترتیبات اجرای احکام دادگاه‌ها به مورد اجرا گذاشته می‌شوند...»، اما در میانجی‌گری و سازش شخص میانجی بیشتر در مقام صلح و سازش است تا فصل خصومت و به همین دلیل رأی صادر نمی‌کند و ضمانت اجرایی وجود ندارد.

۲-۲. دآوری، برخلاف میانجی‌گری، یک نهاد حقوقی محسوب می‌شود و داور بیشتر به دنبال یافتن یک راه‌حل حقوقی است که منطبق بر موازین حقوقی سیستم حقوقی باشد، اما میانجی به دنبال یافتن راه‌حلی است که مورد قبول طرفین باشد که ممکن است، راه‌حل وی با راه‌حل حقوقی فاصله داشته باشد.^۳

۲-۳. با توجه به تخصصی بودن دآوری و فصل خصومتی که صورت می‌گیرد؛ هم‌اکنون هزینه‌های میانجی‌گری نیز به مراتب پایین‌تر از دآوری است.^۴

۲-۴. هدف اصلی شخص میانجی و نهایت تلاش وی حل منازعه طرفین و رسیدن آنها به

۱. الدوری، عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی و القانون الوضعی، ص ۳۲؛ جنیدی، اجرای آرای بازرگانی خارجی، ص ۳۲.

۲. خدابخشی، حقوق دآوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ص ۳۸.

۳. کریمی و پرتو، حقوق دآوری داخلی، ص ۳۵.

۴. رک: سکوتی و دیگران، «روش‌های حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی»، مجله پژوهش‌های حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۱.

توافق است و اگر این امر به صلح و سازش منجر شود، در قالب تنظیم گزارش اصلاحی متجلی می‌گردد و با امضای طرفین ارزش و اعتبار پیدا می‌کند؛ حال آنکه مطابق بسیاری از قوانین، داوری این هدف اولیه را ندارد و فصل خصومت و قضاوت مأموریت این نهاد است. در ماده ۱ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷ یکی از اهداف تشکیل شوراهای حل اختلاف حصول صلح و سازش بین طرفین اختلاف عنوان شده است و در مواد ۸، ۱۲، ۱۳ و... این قانون نیز به وظیفه شورا مبنی بر تلاش جهت صلح و سازش اشاره شده است، همچنین در ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ نیز به وظیفه کانون‌های پیش‌بینی شده جهت صلح و سازش اشاره شده است و ارجاع امر به داوری منوط به شکست کانون‌ها در حصول سازش اعلام شده است. به عبارتی هیئت داوری موضوع ماده ۳۷ این قانون صلاحیت ثانویه دارد و در صورتی صلاحیت رسیدگی می‌یابد که کانون‌ها در اجرای وظیفه میانجی‌گری خود ناموفق بوده باشند.^۱

۳. داوری و قضاوت

داوری و قضاوت - از این جهت که در هر دو پس از رسیدگی به ادله طرفین تنازع، رأی الزام‌آور صادر می‌شود و این رأی از اعتبار امر مختومه برخوردار است - با یکدیگر مشابه‌اند،^۲ اما باین حال باید به تفاوت‌های میان این دو نهاد نیز توجه نمود.

۱-۳. داوری نهادی است که مولد و بنیادش توافق طرفین است و حتی در داوری‌های اجباری نیز این توافق ابتدایی طرفین است که اعطای صلاحیت به داور می‌کند، اما در قضاوت این قانون است که صلاحیت محاکم و قاضی را تعیین می‌کند.^۳ در قضاوت امکان تعیین قاضی وجود ندارد، بلکه قاضی منصوب از جانب معصوم به نصب خاص و یا عام است و در نصب عام قانون حکومت اسلامی با اجازه ولی فقیه مشخص می‌کند چه کسی صلاحیت قضاوت دارد، اما در داوری طرفین خود داور را تعیین می‌کنند.^۴

۱. کریمی و پرتو، حقوق داوری داخلی، ص ۳۷.

۲. البته در فقه درخصوص رضایت طرفین منازعه به رأی صادره برای الزام‌آور بودنش اختلاف نظر وجود دارد که در بحث آثار رأی داور بدان خواهیم پرداخت.

۳. رک: وهبة الزحیلی، موسوعه الفقه الاسلامی و القضايا المعاصره، الجزء الثاني عشر، ص ۷۱۵.

۴. رک: الدوری، عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی، ص ۲۸؛ جمع من المحققین، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (علیهم السلام)، ج ۲۵، ص ۲۲۴.

- ۲-۳. براساس ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، لازم است رأی قاضی مستند به قانون یا منابع معتبر اسلامی یا اصول حقوقی باشد که مغایر موازین شرعی نباشند، اما رأی داور می‌تواند براساس عدل و انصاف (بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی) باشد و ضرورتی ندارد مستند به قانون یا شرع گردد و همین که به موجب ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ موجه و مدلل باشد و مخالف قوانین موجد حق نباشد، کفایت می‌کند.
- ۳-۳. از حیث تشریفات رسیدگی، داور الزامی در رعایت تشریفات آیین دادرسی ندارد، اما قاضی باید جریان دادرسی را براساس قوانین آیین دادرسی اداره کند.^۱
- ۴-۳. در قضاوت، اصل بر علنی بودن محاکمات است (ماده ۱۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری)، اما در داوری (جز در مواردی که مربوط به اعتراض به رأی داور است و یا در مواردی که داوری مربوط به اموال یا مصالح عمومی است) محرمانه می‌باشد.^۲
- ۵-۳. از حیث قانون حاکم بر دعوا نیز میان قضاوت و داوری تفاوت وجود دارد. در داوری، طرفین می‌توانند قانون حاکم بر دعوا را مشخص کنند، اما در قضاوت این قاضی است که قانون حاکم بر ماهیت اختلاف و قانون حاکم بر آیین دادرسی را معین می‌کند.^۳
- ۶-۳. قضاوت، عام است و هر اختلاف کیفری و مدنی و تجاری قابلیت ارجاع به دادگاه و نزد قاضی را دارد، اما درخصوص داوری - همان‌گونه که در فصل چهارم خواهد آمد، - اختلاف نظر وجود دارد و از نظر برخی فقهای امامیه و عامه، مسائل کیفری و حدود الهی قابلیت ارجاع به داوری را ندارند^۴ و هم‌اکنون مطابق قوانین و مقررات موجود رسیدگی به کلیه جرائم، حتی جرائم قابل‌گذشت در صلاحیت دادگاه‌های کیفری است و قابل ارجاع به داوری نیست و در امور حقوقی نیز مطابق ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی دعاوی ورشکستگی و دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ نکاح و طلاق و نسب قابلیت ارجاع به داوری را ندارند.
- ۷-۳. در مدت زمانی که شخص قاضی از طرف حاکمیت حائز سمت قضاوت است، وی

۱. کریمی و پرتو، حقوق داوری داخلی، ص ۳۰.

۲. رک: الدورى، عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی، ص ۳۱؛ کریمی و پرتو، حقوق داوری داخلی، ص ۳۰.

۳. کریمی و پرتو، حقوق داوری داخلی، ص ۳۳.

۴. رک: هاشمی شاهرودی، موسوعه الفقه الاسلامی المقارن، ج ۴، ص ۴۸۱-۴۸۲؛ وهبه الزحیلی، موسوعه الفقه الاسلامی و القضايا المعاصره، الجزء الثاني عشر، ص ۷۱۵.