

مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال نهم، شماره هجدهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۹-۲۸

## جایگاه نهاد داوری در حقوق ایران با رویکرد فقهی<sup>۱</sup>

محمد رحیم بهبهانی<sup>۲</sup>

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کازرون، کازرون، ایران

### چکیده

داوری از شیوه‌های حل و فصل دعاوی در میان مردم، و نهادی قدیمی است که در ایران باستان و عربستان قبل از اسلام رواج داشت و دین اسلام هم آن را امضا کرد. اسلام برای حل اختلافات از طریق داوری اهمیت ویژه‌ای قائل شده و با ذکر آیاتی در قرآن کریم، زمینه توجه بیشتر به آن را فراهم نموده است. فقهای امامیه نیز در زمینه وجوب یا استحباب داوری، ماهیت داوری و شرایط داوران در دعاوی بر غنای مباحث افزوده‌اند. در نظام قانونگذاری ایران، مقنن با الهام از فقه امامیه اهمیت خاصی به داوری در دعاوی داده و با تصویب مقرراتی، ارجاع به داوری را ضروری شمرده است. طبق قانون همه اشخاص حق دارند با توافق یکدیگر اختلافشان را از طریق داوری یا حکمیت یک یا چند نفر حل و فصل کنند و تفاوتی نمی‌کند که اختلاف آنها در دادگاه طرح شده یا نشده باشد و یا اینکه در چه مرحله‌ای رسیده باشد و از محاسن آن ساده و کم هزینه بودن آن است. در این پژوهش برای نخستین بار و به اختصار با بهره‌مندی از منابع و ماخذ معتبر و غنی در فقه، مبانی حقوق اسلام و حقوق مدون ایران که شامل حقوق مدنی، حقوق خصوصی و حقوق تجارت و حقوق ثبت می‌باشد به جایگاه رفیع و قانونی داوری پرداخته و به ضرورت اشاره‌ای نیز به توسعه آن می‌شود. هم‌چنین نشان داده می‌شود که به رغم اهمیت داوری در فقه و مقررات موضوعه، رویه عملی دادگاه‌ها حاکی از آن است که داوری از اهمیت واقعی خود دور مانده است.

کلیدواژه‌ها: داوری، جایگاه، نقش، حقوق.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۶/۲۰؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۹/۳

۲. پست الکترونیک: behbahani@gmail.com

## ۱. مقدمه

اصولاً مردم در همه جای دنیا از آمد و شد به دادگاه و دریافت اخطاریه و احضاریه رضایت ندارند. مردم ترجیح می‌دهند در محیط‌های دوستانه‌تری نسبت به دادگاه‌ها و با آرامش بیشتر به حل و فصل اختلاف می‌مایین خود با دخالت و نظر فردی مورد وثوق که در عین حال مطلع هم باشد، پردازند. از طرفی می‌دانیم که در صورت بروز اختلاف در قراردادهای تجاری و اقتصادی، نفع هر دو طرف در آن است که آن را به شیوه‌ای صحیح، مطمئن و تخصصی حل و فصل کنند و به روابط عادی تجاری خود برگردند. «داوری» کارترین تدبیر برای دست‌یافتن به این مطلوب است. داوری یا حکمیت از جمله مفاهیمی است که در قوانین کشور ما سابقه طولانی دارد و علاوه بر حقوقدانان، فقها نیز درباره آن نظر داده‌اند و به‌عنوان یکی از اولین روش‌های حل اختلافات از دیرباز در جوامع مختلف رایج بوده است. تا اینکه با ایجاد قانون و تشکیل نهادهای رسمی دادرسی به قانون نیز راه پیدا کرده است. امروزه و در جامعه کنونی ما یکی از معضلات جدی قوه قضاییه حجم بسیار بالای پرونده‌های جاری و از سوی دیگر تعداد بالای پرونده‌های ورودی به این قوه است که متأسفانه هم‌چنان سیر صعودی دارد و روز به روز نیز بیشتر می‌شود که این وضع، علاوه بر تحمیل هزینه‌های زیاد و طولانی کردن روند رسیدگی، موجب کاهش دقت در رسیدگی و در نهایت نارضایتی مردم می‌شود.

اصولاً مردم در همه جای دنیا از آمد و شد به دادگاه و دریافت اخطاریه و احضاریه رضایت ندارند. مردم ترجیح می‌دهند در محیط‌های دوستانه‌تری نسبت به دادگاه‌ها و با آرامش بیشتر به حل و فصل اختلاف فی مابین خود با دخالت و نظر فردی مورد وثوق که در عین حال مطلع هم باشد، پردازند.<sup>۱</sup>

۱. گیلانی محمدی، قضاء و قضاوت در اسلام، ص ۶۲.

## ۲. معایب و محاسن نهاد داوری

الف. نظام‌های قضایی به طرفین اختلاف اجازه نمی‌دهند که قاضی یا دادرس دادگاه را انتخاب کنند؛ در حالی که داوری به طرفین اختیار می‌دهد که اشخاص مورد نظر و اعتماد خود را تنها به این شرط که مستقل باشند به عنوان داور انتخاب کنند که این امر خود سبب ایجاد امنیت روانی و اعتماد آنان می‌شود.

ب. داوران باید در مدت معینی به مذاکرات و مشاوره خود خاتمه و به صدور رأی مبادرت ورزند هم‌چنین طبق ماده ۴۷۷ آیین دادرسی مدنی، ملزم به رعایت تشریفات آیین دادرسی نیستند، در نتیجه با سرعت متناسب به موضوع رسیدگی می‌کنند.

ج. محرمانه بودن از دیگر مزایای داوری است؛ برخلاف رسیدگی‌های قضایی که اصولاً علنی است، جلسات رسیدگی داوری علنی نیستند.

د. یکی دیگر از مزایای داوری اینست که مردم در حضور داور مورد وثوق و اعتماد خود راحت‌تر می‌توانند مطالب خود را بگویند به‌ویژه اینکه مطالب در جایی به صورت رسمی ثبت و ضبط نمی‌شود و مانند دادگاه‌ها در صورت جلسه قید نمی‌شود.

ه. تخصص داوران یکی دیگر از عواملی است که موجب رجوع به داور می‌شود. و. از دیگر محاسن داوری اینست که ارجاع دعاوی به داوری موجب کاهش تصدی‌گری دولت و هزینه‌های آن می‌شود.<sup>۱</sup>

اولاً، آرای داوری بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی قابل اعتراض در محاکم است و در غالب موارد بدون وجود دلایل کافی مورد اعتراض واقع می‌شود و مجدداً در محاکم مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. ثانیاً، محاکم که یکی از مراجعی هستند که می‌توانند دعاوی را با تراضی طرفین به داوری ارجاع دهند کمتر به این موضوع توجه می‌کنند. این وکیل درباره مورد سوم نیز می‌گوید: داوری در مواردی که اختلاف طرفین به صورت خصوصی است کاربرد دارد، اما در جایی که موضوع دارای جنبه کیفری و نظم عمومی است یا حتی در

۱. گیلانی محمدی، قضاء و قضاوت در اسلام، ص ۶۳.

مواردی که دعوا اگرچه خصوصی است، دارای منزلت و ویژگی خاصی است؛ مانند ورشکستگی، یا اصل طلاق و مواردی از این قبیل نمی‌توان به داوری رجوع کرد. هم‌چنین اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌گوید: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری 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 نیز ارجاع به داوری باید به تصویب مجلس برسد.<sup>۱</sup>

۱. مردم با مسائل حقوقی و حقوق خود و به طریق اولی با پدیده داوری آشنا نیستند. مردم ابتدا از طریق آموزش باید متوجه شوند که اولاً می‌توانند از قالب داوری برای حل اختلافات‌شان ولو اختلافات بسیار بزرگ استفاده کنند، ثانیاً بدانند که بعد از اینکه داور مرضی‌الطرفین را انتخاب کردند دیگر حق عزل آنها را نخواهند داشت و حکمی که این داوران صادر می‌کنند درست مثل حکم دادگاه قابل اجراست و ابطال آن هم جز در موارد کامل مشخص و محدود میسر نیست.

۲. نبود قوانین مناسب در داوری و عدم تحول لازم در قوانین.

۳. در ایران برخلاف کشورهای مدرن، موسسات حقوقی (دفاتر وکالت) و مؤسسات داوری جایگاه ویژه‌ای ندارند هم‌چنین به جهت عدم فرهنگ‌سازی، هم‌چنین عدم فعالیت اساتید و متخصصین معتمد داوری در ترکیب این مؤسسات، این مؤسسات نتوانسته‌اند نقش جدی در داوری داشته باشند. با توجه به آنچه گذشت و با عنایت به فواید داوری و نقش مثبت و سازنده آن به‌عنوان یک نهاد مرفقی در حل اختلافات اشخاص و حتی دعاوی مهم تجاری بین المللی، بدیهی است که آشنایی با جنبه‌های مختلف و ارکان و شرایط این تأسیس حقوقی و نحوه رسیدگی و اصول حاکم بر آن، می‌تواند کمک شایانی به انتخاب این شیوه در حل و فصل منازعات افراد کند و از بار سنگینی که بر دوش دادگستری است، بکاهد

۱. موسوی اردبیلی، «داوری در اسلام»، فصلنامه حق، شماره ۵، ص ۱۲.

تا اینکه دادگاه‌ها بتوانند با فراغ بال و آسودگی بیشتر به امور مهم مرتبط به نظم عمومی بپردازند.<sup>۱</sup>

احساس عمومی نسبت به داوری و هیأت داوران بسیار مطلوب تر از احساس آنها نسبت به قضاوت است. نقش قدرت و حکومت در نظام و سیستم قضایی از مرحله وضع قانون، تعیین قاضی، عمل قضاوت، زمان و مکان قضاوت تا آداب و مراسم، فرجام، شیوه فرجام‌خواهی، همه و همه موجب شده است تا جریان قضاوت مطلوبیت متناسب خود را از دست بدهد. اما این زمینه‌ها غیر از نارضایتی‌هایی است که از ناحیه نوع و محتوای حکم، ظهور و بروز می‌یابد. زمینه‌های پذیرش داوری، عموماً با رضایت همراه نیست و معایبی دارد، معایبی مانند ورود مستقیم افراد به تعیین تکلیف خود، و احساس اراده و اختیار در حل مشکلات پدیدآمده.<sup>۲</sup>

رویکرد عمومی به داوری، مسئله‌ای جدا از سلطه و قدرت بر داوری است، زیرا اگرچه قدرت بر ورود به داوری در بحث از قلمرو پذیرش شخص در داوری است، زیرا امکان روی آوردن به آن در فرض رجوع شخصی فرد در جهت مسئله خاص است، اما رویکرد قدرت به داوری با ملاک مصلحت است و با این وجه ممتاز و برجسته است که در کل یا با مراجعه خاص به داوری متفاوت است.<sup>۳</sup> از نظر فرعی‌نگری، داوری امتیازات دیگری نیز دارد، مانند سرعت بخشی به حل منازعات و فصل خصومت‌ها، و سری بودن داوری‌ها در عدم جواز انتشار نام اطراف نزاع.

### ۳. تحولات در ماهیت داوری

با نگاهی به پیشینه داوری و موارد ثبت شده آن در تاریخ، و سنجش با آنچه امروز در جوامع

۱. بجنوردی، منتهی الاصول، ص ۱۲.

۲. کلاتری، داوری، ص ۳۱.

۳. نجفی، جواهر الکلام، ص ۵۸۲.

مختلف با شرایط و فرهنگ‌های متفاوت به عنوان داوری در حل اختلافات جریان دارد، عمق و ابعاد تحولات پدیداری در ماهیت داوری روشن می‌شود.

در دوران معاصر، داوری به عنوان اصلی‌ترین شیوه حقوقی حل و فصل اختلافات، در شکل‌های متنوع پذیرفته شده است. تعیین نظام‌های حقوقی خاص که به جهت استقبال مردم، خصوصاً شرکت‌های اقتصادی، محافل تجاری، و دولت‌ها در زمینه داوری انجام یافته است، در کشورهای پرشماری مراحل میان سالی را سپری می‌نماید. داوری که در گذشته خود اختلاف افراد را در مسائل فیما بین مورد نظر قرار داده و در جهت حل آن با وساطت، عفو و سازش اقدام می‌نمود، امروزه و اکنون اختلافات سیاسی، اقتصادی، دولت‌ها، اختلافات تجاری، حقوقی شرکت‌ها و سازمان‌های اقتصادی را، فراتر از موارد اختلاف جزئی افراد شامل شده است. در دوران کنونی، رویکرد کشورها، سازمان‌ها و مجامع به داوری، اصل اولیه‌ای است که با بروز جرقه‌های تمایل به صلح و سازش، به ذهن‌ها تبادر می‌نماید. امروزه داوری در حوزه نظری و عملی به امری جهانی و فراملیتی تبدیل شده است، که زمینه‌های هم‌آوردطلبی جهانی را برای اهداف سیاسی، اقتصادی، و فرهنگی ایجاد نموده و تغییر می‌دهد.<sup>۱</sup>

#### ۴. داوری در حقوق ایران

قانون موقت اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۸/۸/۱۳۹۰، یکی از فصول خود را صرف تنظیم قواعد مربوط به حکمیت کرد، که طبق آن در صورت بروز اختلاف بین اشخاص، آنان می‌توانستند به موجب توافق‌نامه‌ای (قرارنامه) در ضمن عقد لازم، حکمیت در آن منازعه را به یک یا چند نفر به عدد طاق واگذار کنند.

براساس اصلاحیه قانون در سال ۱۳۰۶، اولاً، حکمیت به تراضی در هر مرحله از مراحل دعوی مجاز بود، و ثانیاً، در مرحله نخستین (اعم از دادگاه بخش یا شهرستان)

1. Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, 1990.

حکمیت اجباری را به تقاضای یکی از اصحاب دعوی، به این شرط که تا پایان نخستین جلسه دادرسی به عمل آید، برقرار کرد.<sup>۱</sup>

در تیرماه ۱۳۰۷، قانون دیگری به تصویب رسید که به موجب آن لازم نبود همیشه پس از وقوع اختلاف، موضوع به حکمیت ارجاع شود، بلکه در کلیه معاملات، طرفین می‌توانستند در ضمن معامله شرط کنند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع اختلاف از طریق حکمیت به عمل آید.

حکمیت اجباری موضوع قانون مصوب ۲۹ اسفند ۱۳۰۶، در عمل نتیجه خوبی نداشت و مشکلات و معایب متعددی در پی داشت.

با تصویب قانون در بهمن ۱۳۱۳، اصل حکمیت اجباری و هیأت تجدید نظر موقوف شد و نهایتاً قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، با استفاده از تجارب حاصله، باب هشتم خود را با اصلاحاتی سودمند جانشین تمام قوانین بالا کرد.<sup>۲</sup> در حال حاضر باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی (ماده ۶۳۲ تا ۶۸۰)، قانون حاکم در خصوص موضوع داوری است، و به موجب ماده ۶۳۲ آیین دادرسی مدنی، کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی را دارند، می‌توانند منازعه و اختلاف خود را اعم از این‌که در دادگاه‌های دادگستری طرح شده یا نشده باشد، و در صورت طرح در هر مرحله‌ای که باشد، به تراخی به داوری یک یا چند نفر رجوع کنند.<sup>۳</sup>

با توجه به ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی، «متعاملین می‌توانند در ضمن معامله یا به موجب قرارداد علی‌حده، ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع اختلاف با داوری به عمل آید، و نیز می‌توانند داور یا داورهای خود را قبل از تولد اختلاف معین کنند».

۱. محمدزاده اصل، داوری در حقوق ایران، ص ۱۲۴.

۲. محمدی گیلانی، قضا و قضاوت در اسلام، ص ۲۲۳.

۳. همان، ص ۸۱.

## ۵. شرایط داوری در ایران

شرایط داوران با توجه به ماهیت نوین آن، پژوهشی نوین می‌طلبد، زیرا ترسیم شرایط پیشین براساس رویکرد قضاوت به داوری است. مسؤلیت قاضی، تطبیق احکام بر موضوعات خارجی است، از این رو قاضی باید از شرایط و موقعیتی برخوردار باشد که بتواند به درستی اجتهاد نماید، و از سوی دیگر از طریق این شرایط اطمینان حاصل شود که رأی او در موضوعات به درستی شناخته شده و با دقت تطبیق شده است.

این در حالی است که داور با رضایت طرفین، در آغاز با انتخاب ابتدایی و در ادامه با رضایت استمراری، و با لحاظ شرایط و حالات طرفین نزاع، رأی خود را صادر کرده و آن رأی و نظر نافذ و اجرا می‌شود. لحاظ شرایط اختلاف از سوی داوران موجب می‌شود که در داوری تبدیل و تغییر رأی ممکن شود، در حالی که در قضاوت تبدیل و تغییر رأی، امر نادری است که پذیرفته بودن آن دلیل و شرایط خاص می‌طلبد. داور اکنون دیگر تنها حکم نیست، و داورهای معرفی شده توسط کمیته‌های داوری، تنها داوران تعریف شده خاص نیستند، بلکه هماهنگ با مسؤلیت داوری، نوعی وظیفه مشابه وکالت دارند که در برخی موارد، وظیفه تفویضی گسترده‌ای دارند و می‌توانند اعمال نظر کنند، و در برخی موارد با حفظ آن سطح، مسؤلیت کارشناسی را نیز برعهده دارند. این فرایند، محدود به اختلافات بین افراد و کشورها نیست، بلکه عموم اختلافات شرکت‌ها و مؤسسه‌های اقتصادی و... مشمول این فرایند می‌شوند. تغییر شرایط احکام، امری طبیعی است، البته آنچه اظهار فتوا و نظر علمی مستند را در شرایط جدید داوری دشوار نموده است، تغییر ماهیت عنوان از ابعاد و زاویه‌های مختلف است.<sup>۱</sup>

داوری با کارکردهای جدید، بدون تردید پدیده‌ای مرکب و چند بُعدی است. این گونه عقد در پیشینه فقه، نظری کم‌نظیر است، اما این‌که این ابعاد همواره تمامی موارد آن را همراهی می‌کند تا تغییر اصل عنوان ماهوی باشد، یا تنوع از حیث کارکردهای بیرونی است

۱. ابن‌عاشور، التحرير و التنوير.



که از ماهیت خارج و در افراد و حالات آن تغییر حاصل گردیده است، مسئله‌ای است که تحقیق مبنایی را هماهنگ با تحقیق میدانی می‌طلبد.

اصولاً شرطیت شرایط، بستگی به اثرگذاری آنها در رسیدن مشروط به اهداف مورد نظر دارد. تناسب شرایط و اجزاء با مشروط و مرکب، به صورت طبیعی با در نظر گرفتن نقش آنها در دستیابی به اهداف تعریف می‌شود. به عبارت دیگر، هنگام جعل مرکب، اجزایی که در رسیدن آن مرکب به اهداف جعل آن اثرگذار و نقش‌آفرین‌اند لحاظ شده و به عنوان جزء اعتبار می‌شوند، تا در کنار دیگر اجزای همگون و هماهنگ مرکب پدید آمده و متولد شود و در مسیر اهداف تعیین شده حرکت کند. هم‌چنین در اعتبار شرایط برای شیء مشروط، شرطی که در رساندن مشروط به اهداف مورد نظر اثرگذارند اعتبار می‌شود. شرایط اعتبار شده برای قضاوت قاضی، همگون با اهداف قضاوت سنخیت دارد، اما این‌که آیا همان شرایط با اهداف داوری سنخیت دارد، قابل تأمل و بررسی است. بنابراین نوپژوهی در شرایط نوین، با تغییر رویکرد داوری ضرورت می‌یابد.

از جمله شرطی که بایسته است مورد پژوهش مجدد قرار گیرد و نیاز به تأمل جدی دارد، شرط جنسیت است، آیا در صورت واجد بودن شرایط دیگر برای داوری، مرد بودن نیز الزامی است؟

داوری که مسئولیت خاصی را از طرفین نزاع پذیرفته است تا با شناخت موقعیت و با شیوه‌ای منطقی و مرضی الطرفین بین افراد متخاصم مصالحه ایجاد کند، شرطیت جنسیت چه خصوصیتی دارد؟ چنان‌چه ذکوریت در قاضی به اعتبار دلیل خاص پذیرفته شود، دلیل اعتبار آن در داوری نیاز به دلیل مستقل دارد.<sup>۱</sup>

از شرایط دیگری که نیاز به بررسی دارد، شرطیت اجتهاد است. این شرط با آنچه در واقعیت جدید داوری محسوس و غیرقابل انکار است، تفاوت بسیاری دارد. بنابراین هم در

۱. بجنوردی، قواعد الفقهیه، ص ۹۱.

حوزه ثبوتی شرط باید بررسی نوین صورت پذیرد، و هم در حوزه اثباتی آن. با توجه به گستردگی موضوعات و عرصه‌های داوری، اجتهاد در کدام حوزه شرطیت دارد؟ نکته لازم این‌که شرطیت اجتهاد نسبت به دانش حقوق جدید باید اعتبار شود، زیرا مجامع حقوقی، ارزش و اعتبار خویش را به آن پیوسته می‌دانند، و با فقدان دانش حقوق و عدم اطلاع از آن، آرای داوران از جهت ارزش علمی و ضمانت اجرایی آسیب‌پذیر می‌گردد. با این رویکرد، بخشی از شرایط اظهار شده در داوری قابل بررسی مجدد است، البته شرایطی همانند: بلوغ، عقل، عدالت و علم بدون تردید لازم و معتبر است.

به دلیل اهمیت داوری و تأثیر آن در صلح و سازش، فقه اسلامی علاوه بر شرایط عمومی مانند بلوغ و عقل، شرایط دیگری نیز در نظر گرفته است. امام خمینی (ره)، خویشاوند بودن داوران را از جمله این شرایط برشمرده و در این باره فتوا داده‌اند: «بهتر بلکه به احتیاط نزدیک‌تر این است که حکم از خویشاوندان دو طرف باشد، یعنی حکم زن از خویشان او و حکم مرد از خویشان او باشد». البته امام خمینی (ره) در ادامه تصریح کرده‌اند که: اگر زن و شوهر خویشاوندی نداشته باشند و یا اگر دارند آنها اهلیت برای حکمیت را نداشته باشد، می‌توانند غیر اهل را حکم برگزینند. ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده هم، خویشاوندی، تأهل، ۳۰ سال سن و آشنایی به مسایل شرعی و خانوادگی را از جمله شرایط داور برشمرده و آورده است: «پس از صدور قرار ارجاع امر به داوری، هریک از زوجین مکلفند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ، یک نفر از اقارب متأهل خود را که حداقل سی سال داشته و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد به عنوان داور به دادگاه معرفی کنند».

ناگفته نماند که در تبصره یک این ماده، درباره شرط تاهل نسبت به داور مربوط به زوجه استثنایی قایل شده است: «محارم زوجه که همسرشان فوت کرده یا از هم جدا شده باشند، در صورت وجود سایر شرایط مذکور در این ماده به عنوان داور پذیرفته می‌شوند». در تبصره ۲ همین ماده نیز وضعیت نبود داور واجد شرایط خویشاوند را مشخص و مقرر کرده است: «در صورت نبود فرد واجد شرایط در بین اقارب یا عدم دسترسی به ایشان یا استتکاف

آنان از پذیرش داوری، هریک از زوجین می‌توانند داور خود را از بین افراد واجد صلاحیت دیگر تعیین و معرفی کنند».

مسئله دیگری که در مورد داوری مطرح است، آن است که آیا هر یک از زوجین می‌توانند برای خود به جای یک داور، چند داورا انتخاب کنند یا نه؟ در پاسخ باید گفت که بر اساس فتوای امام خمینی (ره) داور می‌تواند متعدد باشد. ایشان در این باره تصریح کرده‌اند که: «واجب نیست که حکم هر یک از آن دو یک نفر باشد بلکه اگر مصلحت دیدند می‌توانند هر یک از دو طرف چند نفر را حکم خود قرار دهد». این درحالی است که ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده، داور هر یک از زوجین را «یک نفر» دانسته و از تعدد داوران سخنی به میان نیاورده است: «پس از صدور قرار ارجاع امر به داوری، هریک از زوجین مکلف‌اند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ یک نفر از اقارب متأهل به عنوان داور به دادگاه معرفی کنند».

## ۶. دامنه نفوذ داوری

پس از بررسی اختلافات زوجین توسط داوران طرفین و جمع‌بندی آن، ممکن است داوران رأی به ادامه زندگی خانوادگی و یا جدایی زوجین بدهند. سؤالی که در این جا پیش می‌آید آن است که رأی داوران تاچه اندازه نافذ و لازم‌الاتباع است؟ آیا دادگاه حتماً باید بر اساس نظر داوران رأی بدهد و یا این که می‌تواند برخلاف نظر آنها رأی صادر کند؟ پاسخ این است که؛ بعضی از فقها، حکم آن دو را هر چه باشد، لازم‌الاجرا دانسته‌اند و به نوشته تفسیر نمونه از ظاهر «حکم» در آیه شریفه ۳۵ سوره نساء، همین نظر استفاده می‌شود؛ زیرا مفهوم حکمت و داوری، نفوذ حکم است. ولی بیشتر فقها نظر حکمین را تنها در مورد سازش و رفع اختلاف میان دوهمسر، لازم‌الاجرا دانسته و معتقدند که اگر حکمین شرایطی بر زن یا شوهر بکنند، لازم‌الاجراست. اما در مورد جدایی، حکم آنها به تنهایی نافذ نیست.

امام خمینی (ره) در کتاب نکاح تحریر الوسیله در این باره فتوا داده‌اند: «رأی و حکم داوران، بر هر چه مستقر گردید آن حکم بر زن و شوهر نافذ است و لازم است بر آن دو که به حکم دو حکم رضایت دهند؛ البته به شرطی که حکم آن دو حکمی مشروع باشد».

مرحوم آیت الله بهجت هم نظر آنان را تنها درباره سازش و نه جدایی نافذ دانسته و نوشته است: «پس اگر رأی آنها اصلاح بود، نافذ است؛ و اگر تفریق بود، محتاج به مراجعه زوجین است». علت نفوذ رأی حکمین آن است که داوران خانوادگی وکیل زوجین نیستند که رأی و نظرشان منوط به تصویب موکل باشد. به همین دلیل، ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده هم، نظر داوران را برای دادگاه نافذ دانسته ولی برای قاضی این اختیار را قایل شده است که بتواند با دلیل، نظر آنان را رد کند: «دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند».

جواز و نفوذ داوری که در حقوق اسلامی تحت عنوان قضاوت تحکیمی مطرح می‌شود، در درجه اول مستند به آیه شریفه: «و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها...»<sup>۱</sup> است. مفاد آیه مؤید جواز و نفوذ داوری در اختلافات خانوادگی است که با الغای خصوصیت می‌توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد. بدین ترتیب دست کم اصل حکمیت مورد تأیید حقوق اسلامی است. علاوه بر آیه فوق آیات دیگری نیز در قرآن مجید یافت می‌شود که به نحوی دلالت بر امر به داوری یا سازش دارند.<sup>۲</sup>

از سوی دیگر روایات متعددی در تجویز و تنفیذ داوری وجود دارد. عمده این روایات از کتب اهل سنت نقل گردیده است. از این جمله است استناد آنان به عمل پیامبر اکرم (ص) به حکم سعد بن معاذ در حکمیت میان او و بنی قریظه و روایت نسایی<sup>۳</sup> و

۱. نساء: ۳۵.

۲. نساء: ۵۹، ۶۵؛ حجرات: ۹، ۱۰.

۳. قال ابو شریح ان قومی اذ اختلفوا فی شیء فأتونی فحکمت بینهم فرضی عنی الفریقان، فقال علیه الصلوة والسلام ما احسن هذا. حیدر، ص ۶۳۹؛ سیواسی، ج ۵، ص ۴۹۸.

مرسله<sup>۱</sup> مشهوری که مورد استناد فقهای شیعه نیز قرار گرفته است.<sup>۲</sup> اهل سنت علاوه بر دلایل فوق به اجماع صحابه بر جواز تحکیم نیز تمسک می‌کنند و بدین ترتیب آنان حکم به جواز تحکیم را بر اساس کتاب و سنت و اجماع ثابت می‌دانند.<sup>۳</sup>

مهم‌ترین روایت مندرج در کتب حدیث شیعه در زمینه قضاوت تحکیمی، خبر احمد بن فضل کناسی ازکشی از امام صادق (ع)<sup>۴</sup> است. ولی از آنجا که به دلیل ظاهر استتکاری عبارات در دلالت حدیث بر جواز تحکیم تردید شده است،<sup>۵</sup> فقهای شیعه عمدتاً به دلیل اجماع جهت تجویز داوری استناد کرده‌اند.<sup>۶</sup> به هر حال آنچه مسلم است، هیچ نوشتار نسبتاً جامعی در حوزه قضای اسلامی وجود ندارد که مبحثی را به قضاوت تحکیمی و شرایط آن اختصاص نداده باشد. این امر به طور قطع دلیل بر اتفاق نظر متخصصان حقوق اسلامی در جواز و نفوذ قضاوت تحکیمی ولو به طور اجمال است.

## ۷. قلمرو داوری

متخصصان حقوق اسلامی در مورد قلمرو داوری اتفاق نظر ندارند. برخی از فقها برای موضوعات قابل داوری محدودیتی قائل نیستند. مثلاً عده‌ای از فقهای شیعه استدلال می‌کنند هر چه دعوای طرفینی بر سر آن متصور و ممکن باشد از مسائل مالی گرفته تا نکاح و قصاص و حدود و غیر آن، قابل ارجاع به داوری است زیرا مقتضی ارجاع در آنها موجود

۱. من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم يعدل فعلیه لعنة الله تعالی. ابن قدامه، ج ۱۱، ص ۴۸۴.

۲. نجفی، ۱۳۹۸، ج ۴۰، ص ۲۵؛ شهید ثانی، ج ۲، ص ۲۸۳؛ حسینی شیرازی، ۱۹۸۸، ج ۸۴، ص ۴۱.

۳. حیدر، در الاحکام شرح مجلة الاحکام، ص ۱۹۰.

۴. قال ابو عبد الله: ای شی بلغنی عنکم، قلت ما هو؟ قال: بلغنی عنکم اعدتم قاضیا بالکناسة، قال: قلت: نعم، جلعت فداک، رجل یقال له عروة القتاب، و هو رجل له حظ من عقل نجتمع عنده فتکلم و تسائل ثم یرد ذلک الیکم، فان: لابس. حر، ج ۱۸، ۱۱: ۱۰۷ ح ۳۱.

۵. حسینی شیرازی، الفقه، ص ۴۲۱.

۶. نجفی، جواهر الکلام، ص ۱۰۵.

است و عموم ادله و اخبار جواز و نفوذ تحکیم نیز، آنها را در بر می‌گیرد.<sup>۱</sup> از اهل سنت، دسته‌ای از فقهای شافعی و حنبلی بر این اعتقادند<sup>۲</sup> در فقه حنفی نیز نظریات آزادمنشانه توجهی وجود دارد. چنان که در فقه مالکی نیز در امور کیفری، تا آنجا که نظریات به دیه صدمات و جراحات مربوط می‌گردد، انعطاف‌پذیری زیادی دیده می‌شود.

در مقابل گروهی از فقهای شیعه قابلیت تحکیم موضوعات کیفری مانند حکم به حبس و دیگر مجازات‌ها را عموماً و حدود الهی را که طالب معین ندارد خصوصاً، مورد تردید و تشکیک قرار داده‌اند.<sup>۳</sup> در اهل سنت، در هر یک از مکاتب چهارگانه، گروهی و یا گاه همه فقهای آن مکتب به منعها یا محدودیت‌هایی در مورد قضاوت تحکیمی نسبت به نکاح،<sup>۴</sup> لعان،<sup>۵</sup> کذف و قصاص معتقدند.<sup>۶</sup>

به هر تقدیر آنچه مسلم است این است که همه فقهای شیعه و همه فقهای فرق چهارگانه اهل سنت در مورد قابل داوری بودن دعاوی مالی و بازرگانی که دعاوی موضوع بحث ما می‌باشند، تردیدی نداشته، متفق القول هستند.<sup>۶</sup>

۱. اولین قول را به ظاهر عبارات همه اصحاب و صریح عبارات برخی از آنها نسبت داده است. شهید ثانی، ج ۲،

ص ۲۸۳؛ نجفی، ج ۴۰، ص ۲۷؛ طوسی [شیخ]، مبسوط، ج ۸، ص ۱۶۵.

۲. ابن قدامه، مغنی و شرح الکبیر، ص ۲۸۵.

۳. نجفی، جواهرالکلام، ص ۲۵.

۴. عدم امکان قضاوت تحکیمی نسبت به نکاح که صریحاً موضوع حکمیت مطروحه در آیه ۳۵ سوره نساء است عجیب به نظر می‌رسد و باید آن را به موضوع تعیین صحت یا انحلال نکاح محدود کرد.

۵. طوسی [شیخ]، مبسوط، ص ۱۰۲.

۶. ص ۳۴۸. چنانچه در ماده ۱۸۴۱ المجله که بر اساس فقه حنفی تنظیم شده، آمده است: «يجوز التحکيم في

دعاوی المتعلقة بحقوق الناس». در فقه شیعه: نجفی، ص ۲۴؛ شهید ثانی، ج ۲، ص ۲۸۳؛ شیخ طوسی، ج ۸، ص ۱۶۵.

## ۸. میزان لزوم رأی و قرارداد داوری

در مورد رأی داوری، اگرچه نظریات مخالفی وجود دارد که لازم الاجرا بودن حکم را منوط به رضایت طرفین نسبت به آن پس از صدور می‌دانند،<sup>۱</sup> ولی اغلب فقهای شیعه و اهل سنت معتقدند که رأی مزبور به محض صدور الزام آور بوده و برای طرفین داوری لازم الاتباع است. این عقیده غالب با مفاد مواد قانون داوری جدید و قانون نمونه سازگار است.

در مقابل، مطابق همه مکاتب فقهی اعم از فقه شیعه و چهار فرقه اهل سنت، هر دو طرف داوری تا قبل از صدور حکم، حق عزل داور خود را دارند.<sup>۲</sup> این امر عملاً قرارداد داوری را به صورت یک قرارداد جایز و قابل فسخ درمی‌آورد و به کاربرد عملی داوری به شدت آسیب می‌رساند و با مفاد قانون داوری و قانون نمونه در این زمینه سازگار نیست.

بدین ترتیب ممکن است بتوان با اندراج شرط عدم عزل یا با استنباط یک شرط ضمنی (توافق ضمنی طرفین) بر اسقاط حق عزل این مشکل را به نحوی رفع نمود.

با ملاحظه چهارچوب کلی داوری در حقوق اسلامی یعنی اصل جواز و نفوذ قضاوت تحکیمی و امکان ارجاع اختلافات مالی و تجاری به قاضی تحکیم به عنوان قدر متیقن موضوعات قابل داوری و نیز الزام آور بودن رأی قاضی تحکیم، به نظر می‌رسد مقررات مندرج در قانون داوری در کلیت خویش و از نظر چهارچوب اصلی، هیچ گونه منافات و مغایرتی با حقوق اسلامی ندارد.

با این همه، در برخی جزئیات که مهم‌ترین آنها شرایط قاضی تحکیم (داور) است، موضوع هم‌چنان قابل تأمل و دقت نظر است. قسمت بعدی را به بررسی این امر اختصاص داده‌ایم.

۱. طوسی [شیخ]، مبسوط، ص ۱۰۲.

۲. همان، ص ۱۰۳.

## ۹. وضعیت و جایگاه حقوقی داور در دادگاه داور

در مواردی که گروهی بودن داور پذیرفته شده است ترکیب هیأت داور از دو جهت جای بحث دارد. بحث اول مربوط به زوج و فرد بودن اعضاء هیأت داور است. در بعضی از کشورها عینی داوران ضرورتاً به عدد فرد است و تعیین داور به عدد زوج موجب بطلان قرارداد داور است. در برخی از کشورهای دیگر در صورت تعیین داور زوج دادگاه داور دیگری اضافه می‌کند و بالاخره در بعضی دیگر مشکلی بوجود نمی‌آید. سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر تعداد داوران تعیین نشده باشد چه باید کرد؟ در این مورد نیز اتفاق نظر وجود ندارد. چنان‌که گفتیم در بعضی از کشورها اگر در قرارداد داور اسامی داوران ذکر نشده باشد و یا حداقل روشی برای مشخص نمودن آنها پیش‌بینی نشده باشد قرارداد محکوم به بطلان است. در بعضی دیگر از کشورها در صورت سکوت قرارداد داور دادگاه می‌تواند ترکیب دادگاه داور را خود تعیین نماید. در قواعد داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی چنان‌چه طرفین در مورد تعداد داوران توافقی نکرده باشند دیوان یک نفر را به عنوان داور منفرد منصوب خواهد کرد مگر اینکه به نظر دیوان اختلاف مطروحه طوری باشد که نصب سه نفر داور را اقتضاء کند (بند ۲ ماده ۸). در قانون داورى تجارى جمهوری اسلامی نیز تعیین تعداد داوران بر عهده طرفین اختلاف گذاشته شده است در صورت عدم تعیین هیأت داورى مرکب از سه عضو خواهد بود و در صورت عدم توافق توسط دادگاه تعیین خواهند شد (ماده ۱۰ و ۱۱).

سؤال دیگر قابل طرح در مواردی که اصل گروهی بودن داورى قبول می‌شود این است که آیا داوران در بطن گروه از نظر شکلی و ماهوی برابر هستند. در پاسخ به این سؤال باید یادآور شد که در داورى گروهی اصطلاحاتی مانند داور ساده یا داور سوم یا داور رئیس و سرداور و یا داور علی‌البدل دیده می‌شود. این اصطلاحات اگر چه استاندارد شده و یکنواخت مورد استفاده قرار نمی‌گیرد ولی وجود آنها مؤید این است که در بطن هیأت داورى، داوران ممکن است سمت‌های متفاوتی داشته باشند. در عمل رئیس هیأت داورى



(داور رئیس) از نظر ماهوی و قضایی با سایر داوران تفاوت دارد و در صورت اختلاف نظر به صورت داور منفرد رأی صادر می‌کند و سازماندهی داوری را بر عهده دارد. در بند یک ماده ۲۵ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر شده است که: در مواردی که مرجع داوری مرکب از بیش از یک داور است، رأی داور با اکثریت آراء صادر می‌شود. در صورتی که اکثریت حاصل نشود، رئیس مرجع داوری به تنهایی رأی صادر می‌کند. در قواعد داوری آنسیترال نیز در موضوعات شکلی با اجازه دیوان داوری داور رئیس اتخاذ تصمیم می‌کند ولی دیوان حق تجدید نظر دارد. در قانون داوری تجاری بین‌المللی در چند مورد به وجود سرداور اشاره ولی مشخص نشده است که نقش سرداور چیست فقط در قسمت دوم بند ۴ ماده ۱۱ به دادگاه تکلیف شده است که: «در هر صورت سرداور را باید از اتباع کشور ثالث انتخاب نماید ولیکن تعیین داور طرف ممتنع از بین اتباع کشور متبوع طرف دیگر مجاز نیست اصولاً داور ثالث (داور فرد) از نظر ماهوی و شکلی با سایر داوران ارزش برابر دارد و در صورت اختلاف نظر در هیأت داوری برای ایجاد اکثریت دخالت می‌کند. داور علی‌البدل در شرایط عادی جزء هیأت داوری نیست فقط در مواردی وارد هیأت می‌شود که علی‌رغم الزامی بودن یکی از داوران اصلی در دادگاه داوری حضور نمی‌یابد و عدم حضور او موجب اطاله دادرسی و از دست رفتن فرصت و اتلاف وقت است.

در نهایت، نتیجه مطالب عنوان شده بدین نحو می‌باشد که در تعیین ملاک و ضابطه مسؤولیت نامه و حقوق ایران و حقوق کامن‌لا از دو جهت متفاوت، حرکت خود را آغاز می‌کنند. در حالی که کامن‌لا بر این امر تأکید دارد که داوران وظایفی شبه قضایی را دارا هستند و در نتیجه باید تحت پوشش مصونیت قضایی قرار داشته باشد.<sup>۱</sup>

حقوق ایران، داور را اساساً به عنوان یک کارشناس حرفه‌ای تلقی می‌کند که باید مسؤولیت خطاها و تخلفات خود را به دوش بکشد، مع‌الوصف هر دو سیستم مزبور در این

۱. کریستین هاوز میننجر، مسؤولیت مدنی داوران مطالعه‌ای تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی، ترجمه میر فخرایی، ص ۲۱.

نکته وحدت نظر دارند که داور در واقع ۲ نقش و سمت را ایفا می‌کند، داور هم یک کارشناس است هم قاضی.<sup>۱</sup>

از طرفی دادگاه‌های آمریکا تا حدودی اعمال دکترین مصونیت قضایی را به داوران محدود نموده‌اند. محاکم کشورهای تابع نظام حقوق نوشته نیز از طریق تفسیر قانونی ضوابط مسؤلیت مطلق ناظر بر داوران را به ملاک محدودتر مسؤلیت قضایی تشبیه و نزدیک کرده‌اند.

طبق دیگر مسؤلیت قراردادی به موضوع مسؤلیت مدنی داور، شرایط این مسؤلیت از قدرت چانه‌زنی طرفین اختلاف و داور سرچشمه می‌گیرد و در اکثر موارد هزینه‌های بیمه مسؤلیت داور در قبال تخلفات بالقوه او از طریق افزایش حق الزحمه داوران به دوش طرفین داوری قرار خواهد گرفت.

این قضیه که از دیدگاه قواعد آمره نظم عمومی، داور باید از مصونیت شبه قضایی بهره‌مند باشد، لازم می‌باشد که اندکی به بررسی و صدور مصونیت داور بپردازیم و تا حدودی ارتباط مصونیت قضایی با داوری را تشریح نماییم.

#### ۱۰. نتیجه

این موضوع به هیچ‌کس پوشیده نیست که نهاد داوری، در کشور ما بسیار مهجور واقع گردیده و به دلایل مختلفی و از جمله به دلیل رهنمون شدن قانون اساسی جهت رسیدگی به تظلمات، صرفاً از طریق مراجع قضایی و عدم اشاره مشکلات از قبیل متمایل شدن رهنمود کردن قانون اساسی جهت رسیدگی به تظلمات صرفاً از طریق مراجع قضایی و عدم اشاره به نهاد داوری، عملاً دامنه این انزوا و مهجوریت افزوده گردیده است. از طرف دیگر نیاز مبرم به این نهاد کارآمد روز به روز بیشتر در جامعه ما احساس می‌شود. نهایتاً اینکه با توجه به حجم انبوه و روز افزون پرونده‌ها نزد مراجع قضایی باید اذعان نمود که ترویج داوری کمک

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۳۸.

شایانی به اجرای عدالت و جلب اعتماد مردم خواهد کرد. با توجه به آنچه گذشت و با عنایت به فواید داوری و نقش مثبت و سازنده آن به عنوان یک نهاد متری در حل اختلافات اشخاص و حتی دعاوی متهم تجاری بین المللی و با توجه به عنایت خاصی که فقها به این نهاد ارزشمند و کارآمد داشته و دارند. بدیهی است که آشنایی با جنبه‌های مختلف و ارکان و شرایط این تأسیس حقوقی و نحوه رسیدگی و اصول حاکم بر آن، این روش می‌تواند کمک شایانی به انتخاب این شیوه در حل و فصل منازعات افراد نماید و از بار سنگینی که بردوش دادگستری است، بکاهد تا اینکه دادگاه‌ها بتوانند با فراغ بال و آسودگی بیشتر به امور مهم مرتبط با نظم عمومی پردازند. با همه مزایایی که داوری دارد این نهاد تاکنون به صورت شایسته و بایسته مورد توجه واقع نشده است و جا دارد که زمینه‌های لازم برای گسترش فرهنگ استفاده از این نهاد در جامعه و توسط اشخاص ذی ربط فراهم شود.

## منابع

قرآن مجید.

ابن عاشور، التحرير و التتویر، مؤسسة التاريخ، بیروت، ۲۰۰۰م.

ابن قدامه، مغنی و شرح الکبیر، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۹۷۲م.

امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ نوزدهم، بهار ۱۳۷۷ش.

بجنوردی، محمدحسن، قواعد الفقهیة، قم، دارالکتب العلمیة، ۱۹۶۹م.

حسینی شیرازی، محمد، الفقه، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۱۹ق.

حیدر، علی، در الاحکام شرح مجلة الاحکام، بیروت، بغداد، مكتبة النهضة، ۱۳۴۸.

سنگلجی، محمد، قضا در اسلام، انتشارات دانشگاه تهران.

طوسی [شیخ]، مبسوط، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۱۵ش.

کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات بهنشر، ج ۳، ۱۳۶۸ش.

کریستین هاوس منینجر، مسئولیت مدنی داوران مطالعه‌ای تطبیقی همراه با پیشنهادهاى اصلاحی،

ترجمه میر فخرایی، بی تا.

کلانتری، مرتضی، داوری، دفتر خدمات حقوق بین‌المللی ایران، تهران، ۱۳۷۴ش.

۲۸ / مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال نهم، شماره هجدهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۵

---

گیلانی محمدی، قضاء و قضاوت در اسلام، انتشارات عرفانی، ۱۳۸۹ ش.

محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، ققنوس، تهران، ۱۳۷۹ ش.

موسوی اردبیلی، «داوری در اسلام»، فصلنامه حق، شماره ۵.

نجفی، محمدحسن [شیخ]، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸ ق.

Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, Second Edition, London 1991.

Mauro Rubino-Sammartano, Powell, International Arbitration Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990.