

Jurisprudential Analysis of the Institution of Arbitration in the Iranian Legal System

Mohammad Mahdi Alemi Tameh

Assistant Professor, Department of Law, Hoda Faculty of Theology and Islamic Studies, Qom,
Iran. hoda.dralami@hu.jz.ac.ir

Article Info

ABSTRACT

Article Type:

Research Article

Article history:

Received 2025/04/15

Accepted 2025/07/06

Keywords:

*Arbitrator;
Arbitration,
Judge of Tahkīm
(Qāḍī-i Tahkīm),
Appointed Judge
(Qāḍī-i Maṣṣūb),
Compromise
(Muṣālaḥah),
Iranian Legal
System.*

One of the alternative methods for judicial dispute resolution is «arbitration» (Dāvarī), which has also been accepted in Iranian legal regulations. This institution pursues objectives such as facilitating the resolution of conflicts by eliminating the formal litigation process, maintaining confidentiality, reducing costs, and accelerating the achievement of results. Regardless of the necessity to evaluate the success of this institution in achieving its goals, the jurisprudential (Fiqhī) legitimacy of this institution requires examination; because the settlement of hostility and the issuance of a verdict in a binding manner (as exists in arbitration regulations) possesses specific criteria and conditions in the Islamic Shari'ah (both in terms of the action and the agent), and it must be seen whether Imāmi jurisprudence (Fiqh-i Imāmiyah) considers the institution of arbitration to be legitimate. If so, what are the foundations of the legitimacy of arbitration and its conditions? In this regard, various views exist. Some have compared arbitration to «Arbitral Justice» (Qaḍā' al-Tahkīm), since recourse to both occurs at the option of the parties and in a non-binding manner, yet ultimately the arbitrator issues a binding verdict. Conversely, some believe that arbitration is a type of compromise (Muṣālaḥah) and is alien to judgment (Qaḍā'), deriving its binding nature from the contract of peace (Sulḥ). Another perspective is a hybrid character for arbitration; because the arbitrator issues a verdict like a judge, but since they are appointed by the mutual consent of the parties, the arbitrator's verdict is ultimately not unlike a peace agreement between the parties, as if the parties have waived their right to protest through mutual consent. It must be determined which of these views is correct and can justify the legitimacy of arbitration. The investigation in this research is conducted via a descriptive-analytical and Ijtihādī method, and the tools for data collection are library sources, websites, and internet databases. The findings indicate that arbitration, under current regulations, neither corresponds to Qaḍā' al-Tahkīm nor can it be a compromise; because the judge in Tahkīm has conditions in Fiqh that have been completely ignored in the arbitration law, and compromise is also based on the consent of the parties, whereas what is understood from custom ('Urf) as well as legal regulations of arbitration is the issuance of a binding ruling by the arbitrator after adjudication between the parties, and fundamentally, the arbitrator does not conclude a peace contract. Furthermore, the argument for a hybrid status is impossible, because there is no capability for aggregation between a judicial verdict and mutual consent in peace. It seems that the solution is to recognize at least the conditions of the judge of Tahkīm as necessary for the arbitrator and the arbitration institution; otherwise, arbitration is valid solely for the parties who have waived their right of recourse to the court by accepting the arbitrator, and it is ineffective regarding third parties and the heirs of the parties from a situational (Waqfī) perspective. This matter clarifies the necessity of amending arbitration laws and adapting them to correct regulations.

Cite this article: Alemi Tameh, Mohammad Mahdi (2025) Jurisprudential Analysis of the Institution of Arbitration in the Iranian Legal System, *Religion and Law*, 48 (13), 45-66.



©Mohammad Mahdi Alemi Tameh

<https://doi.org/10.22034/jrl.2025.392.1067>

Publisher: Islamic Research Center of Parliament of I.R.IRAN.



واکاوی فقهی نهاد داورى در نظام حقوقى ایران

محمد مهدى عالمى طامه

استاديار گروه حقوق دانشكده الهيات و معارف اسلامى هدى، قم، ایران hoda.dralami@hu.jz.ac.ir

اطلاعات مقاله	چكیده
نوع مقاله: مقاله پژوهشى تاريخ دريافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۷ تاريخ پذيرش: ۱۴۰۴/۰۴/۱۵	يکى از روش هاى جايزين حل اختلاف قضايى، «داورى» است که در مقررات حقوقى ايران نيز مورد پذيرش قرار گرفته است. اين نهاد به دنبال اهدافى چون: تسهيل رفع تنازعات از طريق حذف فرايند دادرسى رسمى، حفظ محرمانگى، کاهش هزينه ها و سرعت بخشى در دستيابى به نتيجه است. فارغ از لزوم ارزيايى موفقيت اين نهاد در دستيابى به اهداف خود، مشروعيت فقهى اين نهاد به بررسى نياز دارد؛ زيرا فصل خصوصت و صدور رأى به نحو الزامى (آن گونه که در مقررات داورى وجود دارد)، داراى ضوابط و شرايطى مشخص در شريعت اسلامى (چه از حيث فعلى و چه از حيث فاعلى) است و بايد ديد آيا فقه اماميه نهاد داورى را مشروع مى داند؟ اگر چنين است، مباني مشروعيت داورى و شرايط آن چگونه است؟ در اين رابطه ديدگاه هاى مختلفى وجود دارد. برخى داورى را با قضاوت تحکيم مقايسه کرده اند؛ چراکه رجوع به هر دو، به اختيار طرفين و به نحو غيرالزامى صورت مى گيرد و در نهايت نيز داور، رأى لازم الاجراء صادر مى کند! در مقابل، بعضى معتقدند داورى، نوعى مصالحه بوده و با قضاوت، ييگانه است؛ و لازم الاجراء بودن خود را از عقد صلح مى گيرد! وجه ديگر، حيثيت ترکيبى براى داورى است؛ چون داور بسان قاضى رأى صادر مى کند؛ اما چون با تراضى طرفين تعيين شده در نهايت رأى داور بى شياست به صلح بين طرفين نيست و گويى طرفين حق اعتراض خود را با تراضى ساقط کرده اند! بايد ديد کدام يک از اين ديدگاه ها صحيح است و مى تواند مشروعيت داورى را توجيه نمايد. تحقيق در اين پژوهش به روش توصيفى - تحليلى و اجتهادى است و ابزار گردآورى اطلاعات، منابع کتابخانه اى و سايت ها و پاىگاه هاى اينترنتى است. يافته ها نشان مى دهد که داورى با مقررات کنونى نه بر قضاوت تحکيم منطبق است و نه مى تواند مصالحه باشد؛ زيرا قاضى تحکيم در فقه شرايطى دارد که در قانون داورى به هيچ وجه مورد توجه نبوده است و مصالحه نيز به رضائت طرفين است و متفاهم از عرف و نيز مقررات حقوقى داورى صدور حکم الزامى از سوى داور پس از رسيدگى بين طرفين بوده و اساساً داور عقد صلحى منعقد نمى کند؛ همچنين قول به حيثيت ترکيبى غيرممکن است؛ چون بين حکم قضايى با تراضى در صلح، قابليت جمع وجود ندارد؛ به نظر مى رسد راهکار آن است که حداقل شرايط قاضى تحکيم براى داور و نهاد داورى ضرورى شناخته شود؛ در غير اين صورت داورى صرفاً براى طرفينى که با پذيرش داور حق رجوع به محکمه را از خود ساقط کرده نافذ بوده و از حيث وضعى، نسبت به ثالث و نيز ورثه طرفين، بى تأثير است. اين امر ضرورت اصلاح قوانين داورى و تطبيق آن با مقرراتى صائب را روشن مى سازد. واژگان کليدى: داور، داورى، قاضى تحکيم، قاضى منصوب، مصالحه، نظام حقوقى ايران.

استناد: عالمى طامه، محمد مهدى (۱۴۰۴). واکاوى فقهى نهاد داورى در نظام حقوقى ايران. دين و قانون، ۴۸ (۱۳)، ۴۵-۶۶.



© محمد مهدى عالمى طامه

ناشر: مرکز تحقيقات اسلامى مجلس ايران.

<https://doi.org/10.22034/qjrl.2025.276>

مقدمه

از منظر حقوقی، داوری غالباً^۱ روش خصوصی و غیرحکومتی حل اختلاف در کنار روش‌های رسمی (مراجعه به محاکم) و یا شیوه‌های دیگر (سعی بر صلح و سازش و میانجی‌گری) است. داوری فرایندی است که طی آن، غالباً اشخاص حقیقی یا حقوقی با توافق خود، حل اختلافات فعلی یا آتی خود را به یک یا چند نفر داور (هیئت داوری) ارجاع می‌دهند. برخی از حقوق‌دانان در تعریف داوری گفته‌اند: «فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی است که طرفین یا ثالث آنها را در این جهت انتخاب نموده باشند.» (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۵۲۱) البته این تعریف بر داوری‌های اجباری صادق نیست؛ چراکه در این داوری‌ها اصل ضرورت رجوع به داوری و نیز مرجع آن از سوی قانون‌گذار تعیین شده و فقط در ساختار قضایی جای نگرفته‌اند! از این رو به نظر تعریف مندرج در بند الف ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ تعریفی جامع است که به موجب آن 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». قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ تعریفی از داوری ارائه ننموده و تنها به داوری اختیاری توجه کرده است. وفق ماده ۴۵۴ این قانون: «کلیه کسانی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر، منازعه و اختلاف خود را در هر مرحله از رسیدگی و حتی پس از صدور حکم قطعی، در صورت توافق، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.» می‌توان گفت این رویه اکنون به سیره‌ای عام و رایج تبدیل شده است و برخی ادعا کرده‌اند ریشه مشروعیت فقهی آن بنای عقلاء است! باید دید این سخن تا چه حد صحیح است و با توجه به آنکه داور، مانند یک قاضی رأی الزامی صادر می‌نماید و این رأی جز در موارد محدود، قابل اعتراض نیست، مبنای مشروعیت فقهی داوری مبتنی بر توافق طرفین چیست؟ آیا نباید داور بسان قاضی از شرایط خاص برخوردار باشد تا رأی وی دارای اعتبار باشد؟ آیا همین که طرفین به موجب توافق پیشین یا کنونی خود به داور رجوع کنند بنابر اصل آزادی اراده نافذ خواهد بود؟ در این باره شرع مقدس تاسیس ندارد و بنای عقلا بر رجوع به داور در حل و فصل خصومت را امضا

۱. مواردی استثنایی در قوانین ایران وجود دارد که بر خلاف مقررات عام ماده ۴۵۴ آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، اساساً رجوع به داور بدون رضایت طرفین و کاملاً اجباری صورت می‌گیرد که می‌توان در این رابطه به ماده ۳۶ قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴/۹/۱؛ ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان؛ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان؛ بند ۱۴ ماده ۵۷ قانون اصلاح مواد از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، اصلاحی مصوب ۱۳۹۳/۰۲/۱۷؛ ماده ۲۳ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳ و همچنین داوری مندرج در ماده ۵ قانون توسعه صنایع پتروشیمی مصوب ۱۳۴۴ اشاره نمود. بنابراین داوری در همه موارد روشی خصوصی و ناشی از تراضی طرفین قلمداد نمی‌شود.

کرده یا آن را رد کرده است؟ اگر از منظر فقه امامیه داوری شیوه‌ای معتبر در حل و فصل خصومت است آیا این اعتبار منطوبه شرط یا شرایطی خاص نیست؟

در پاسخ به این مسئله وجوه و اقوالی قابل طرح است؛ وجه اول آن است که داوری منطبق بر قضاوت تحکیم در فقه است. این قول توسط عده‌ای از حقوق‌دانان آشنا با فقه اسلامی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱) و برخی از فقهای معاصر (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۳۳) ابراز گردیده است.^۱ از نویسندگان مشهور عرب برخی چون وهبه الزحیلی یا قحطان عبدالرحمان الدوری نیز ذیل بحث قضاوت تحکیم، داوری را همان قضاوت تحکیم دانسته‌اند. (زحیلی، ۲۰۱۰م؛ الدوری، ۲۰۰۲م، ص ۲۲۷۱۲ - ۲۲۷۲۱) وجه دوم آن است که داوری نوعی مصالحه است؛ بدین معنا که داور پس از رسیدگی و تشخیص موضوع، با انشای رأی عملاً عقد صلح را میان طرفین محقق می‌کند و الزامی بودن اجرای رأی ریشه در آن عقد صلح و اراده طرفین بر رجوع به داور دارد. وجه سوم، حیثیت ترکیبی برای داوری است یعنی ترکیبی از قضاوت و صلح بدین نحو که داور به تراضی طرفین تعیین می‌شود اما در نهایت رأی قضایی صادر می‌کند و اصلاً عقد صلحی ایجاد نمی‌شود اما به هر حال گویا طرفین با رجوع به داور حق خود را بر اعتراض ساقط کرده‌اند. به نظر می‌رسد اگرچه داوری در مقررات کنونی شباهت‌هایی هم به نهاد قضاء و هم به نهاد صلح دارد اما با هیچ یک از مقررات شرعی قضاء یا صلح، تطبیق ندارد و قول به ماهیت ترکیبی نیز با توجه به ظهور عرفی داوری در جنبه رسیدگی و صدور حکم قضایی و نیز الزامی بودن منشاء آن در فرض برخورداری داور از شرایط قضا بدون وقوع عقد صلح، فرض ماهیت ترکیبی را غیر ممکن می‌سازد. این معضل، ضرورت بررسی موضوع داوری در حقوق و اهمیت تطبیق آن با ضوابط و مبانی فقهی را آشکار می‌سازد.

اگرچه در ارتباط با بررسی مشروعیت فقهی داوری نگاشته‌هایی وجود دارد که برخی از مهم‌ترین آنها عبارتند از: «مشروعیت داوری در فقه مذاهب اسلامی» نوشته حسین هوشمند فیروزآبادی و علی محمد حکیمیان؛ «تبیین و تطبیق فقهی و حقوقی داوری در اسلام با داوری در غرب (فرانسه)» نوشته امیر ملامحمد علی و همکاران؛ و «جایگاه نهاد داوری در حقوق ایران با رویکرد فقهی» اثر محمد رحیم بهبهانی؛ اما به نظر می‌رسد هیچ کدام به نحو بایسته به بررسی مبانی شرعی داوری و تطبیق آن با فقه امامیه نپرداخته و یا حتی در نتیجه دچار اشتباه شده‌اند و نیز به بررسی و تطبیق دقیق شرایط داور و داوری در قانون فعلی نظر نداشته‌اند که این موضوع، نوآوری این پژوهش نسبت به آن‌ها روشن می‌سازد.

این نوشتار، پس از ماهیت‌شناسی حقوقی داوری، به بررسی دیدگاه‌های ناظر به ماهیت

۱. حسین هوشمند فیروزآبادی، علی محمد حکیمیان، «مشروعیت داوری در فقه مذاهب اسلامی»، نشریه آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی: بهار ۱۴۰۳ - شماره ۱، ص ۵.

فقهی داوری پرداخته و در نهایت حکم فقهی داوری مبتنی بر ماهیت و شرایط مندرج در قانون فعلی و انطباق یا تغایر آن با شریعت را روشن می‌سازد.

۱. ماهیت حقوقی داوری (تعریف و شرایط)

برای شناخت ماهیت فقهی نهاد «داوری» ابتدا باید تعریف داور و داوری و شرایط حقوقی آن‌ها، تبیین شود تا سپس با بررسی و تطبیق فقهی این نهاد حقوقی با نهادهای فقهی مشابه، حکم فقهی این نهاد روشن گردد.

۱-۱. تعریف «داور» و «داوری»

«داور» در لغت به معنای قاضی، حاکم، دادرس و میانجی است (معین، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۰) و «داوری» به معنای قضاوت، حکم دیوان کردن، حکمیت و محاکمه کردن است (دهخدا، ذیل داوری). در اصطلاح حقوقی، داوری به معنای آن است که افراد از مداخله مراجع رسمی (قضایی) در قطع و فصل دعاوی مربوط به حقوق خصوصی خودشان صرف نظر نمایند و به فصل خصومت توسط غیر قاضی و بدون تشریفات رسمی رسیدگی رضایت دهند. (متین دفتری، ۱۳۷۸، ص ۷۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۲۸۳ و ۲۸۴).

آخرین مقررات داوری، در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ ذیل مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ آن و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ آمده است. در قانون نخست، تعریفی از داوری نشده و تنها با تأکید بر حق رجوع به داوری، در ماده ۴۵۵ آمده است: «متعاملین میتوانند ضمن معامله ملزم شوند و یا موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز میتوانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند.» اما در قانون داوری تجاری بین‌المللی و در بند الف ماده ۱ آن، داوری، به: «رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی» تعریف شده است؛ همین معنا در ماده ۱ طرح پیشنهادی قانون جامع داوری (به شماره ثبت ۹۴ در دوره دوازدهم مجلس شورای اسلامی) برای «داوری» به کار رفته است. بنابراین داوری شیوه خصوصی رفع منازعات در عوض رجوع به شیوه رسمی آن است که نتیجه انتخاب داور^۱ از سوی طرفین نزاع یا مقام ناصب برای رسیدگی به موضوع نزاع و حل آن است. لازم به ذکر است در اصطلاح حقوقی، میان اصطلاح «داوری» با «میانجی‌گری» و

۱. «داور، شخص ثالث حقیقی (است) که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم از سوی طرفین به منظور حل و فصل اختلاف به نحو الزام آور انتخاب می‌شود؛ منظور از واژه «داور» اعم از داور واحد یا هیئت داوران یا هر یک اعضای هیئت داوری است. در ادامه آن نیز آمده است: «... روش خصوصی حل اختلاف (است) که با توافق طرفین به داور اختیار داده می‌شود تا در مورد اختلافاتی که به او ارجاع می‌شود تصمیم لازم الاجرا اتخاذ کند...»

«حکمیت» تفاوت وجود دارد. توضیح آنکه داوری برای رسیدگی به جرایم کیفری پذیرفته نشده است؛ زیرا جنبه عمومی جرم و صیانت از نظم عمومی، اقتضای رسیدگی انتصابی در مراجع قضایی را دارد. به جای آن، «میانجی‌گری» به معنای سعی در صلح و سازش از سوی افراد یا نهادهای گزینش شده نسبت به برخی جرایم (جرایم درجه ۶ تا ۸ تعزیری)^۱ پذیرفته شده است.^۲ همچنین «حکمیت» در امور خانوادگی برای مواقعی پذیرفته شده که بین زوجین اختلافی پیش می‌آید که عدم رفع آن منجر به جدایی می‌شود تا تلاش خود را به منظور ایجاد صلح و سازش انجام دهند.^۳ اما وجه مشترک میانجی‌گری و حکمیت آن است که در هر دو رأی انشاء نمی‌شود و تنها گزارشی از نتیجه کار به مرجع رسمی (قضایی) صادر می‌شود؛ این در حالی است که در مقررات داوری، پس از احاله موضوع و بررسی آن، رأی صادر می‌شود و این رأی جز در برخی موارد مصرح قانونی، قابل اعتراض نیست؛ همچنین داوری حسب مواد قانونی مربوطه، گستره وسیعی دارد و افراد می‌توانند در از این روش برای حل اختلاف به نحو الزام آور بهره بگیرند.^۴

۱-۲. شرایط «داور» و «داوری» در قانون

پس از آنکه دانستیم داوری، رفع خصومت به شیوه خصوصی است و از نظر قانونی انتصاب درباره آن بی‌معناست، حال به جهت بررسی مشروعیت داوری، باید دید داور (اعم از شخص حقیقی و حقوقی) و داوری، چه شرایط و چه ضوابط ماهوی در قانون دارد تا بتوان با تدقیق در آنها و مقایسه ایشان با فقه، در مورد مشروعیت داوری اظهارنظر نمود.

۱-۲-۱. شرایط داور در قانون

قانون آیین دادرسی مدنی شرایط ایجابی برای شخص داور تعیین نکرده و فقط اشخاصی را که نمی‌توانند (به نحو مطلق و یا بدون تراضی طرفین)، به عنوان داور تعیین شوند ذکر کرده

۱. ر.ک: مواد ۸۲ تا ۸۴ آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.

۲. ماده ۱ آیین نامه میانجی‌گری مصوب ۱۳۹۴ میانجی‌گری را چنین تعریف کرده است: «فرایندی که طی آن بزه‌دیده و متهم با مدیریت میانجی‌گر در فضای مناسب در خصوص علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و نیز راه‌های جبران خسارات ناشی از آن نسبت به بزه‌دیده و متهم گفتگو نموده و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق طرفین تعیین می‌گردد.»

۳. حکمیت در مسایل خانواده و در فرض مذکور، مستند قرآنی دارد: «فَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (نساء: ۳۵) قرآن کریم از داوری در دعوی خانواده، به «حکمیت» تعبیر کرده است.

۴. گستره داوری تقریباً کلیه موارد ناظر به دعوی مدنی و حقوقی از قراردادهای تجاری گرفته و مسائل خانوادگی و اختلافات میان شرکت‌ها است و مهم‌ترین ابعاد آن شامل داوری در قراردادها، داوری در خانواده و داوری در سایر حوزه‌های تخصصی مانند اختلافات کارگری، مشارکت‌ها و بیمه است.

است. در ذیل این دو قسم به طور جداگانه بیان می‌شوند.

الف. موارد ممنوعیت مطلق داور

موارد ممنوعیت مطلق (یعنی عدم امکان تعیین آن داور حتی با تراضی طرفین) در مواد ۴۶۶ و ۴۷۰ آمده است؛ ماده ۴۶۶ بیان داشته است: «اشخاص زیر را هرچند با تراضی نمیتوان به‌عنوان داور انتخاب نمود:

- ۱- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند؛
- ۲- اشخاصی که به‌موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن، از داوری محروم شده‌اند». همچنین ماده ۴۷۰ مقرر می‌نماید: «کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی‌توانند داوری نمایند هر چند با تراضی طرفین باشد.»

ب. موارد ممنوعیت داوری در صورت عدم توافق طرفین بر شخص داور
به‌موجب ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی، تعیین اشخاص ذیل برای داوری، جز با تراضی طرفین غیر ممکن است:

۱. کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد.
 ۲. کسانی که در دعوی ذی‌نفع باشند.
 ۳. کسانی که با یکی از اصحاب دعوی قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند.
 ۴. کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوی هستند یا یکی از اصحاب دعوی مباشر امور آنان باشد.
 ۵. کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوی باشند.
 ۶. کسانی که با یکی از اصحاب دعوی یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوی دارند، درگذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند.
 ۷. کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوی یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند.
 ۸. کارمندان دولت در حوزه مأموریت آنان.»
- قانون، شرایط ماهوی دیگری برای داور (اعم از حقیقی و حقوقی) قرار نداده است و ظاهراً در قانون فعلی، شرایط دیگری چون: اسلام، اجتهاد یا علم و خبرویت در موضوع، نصب از حاکم اسلامی، عدالت و... برای داور، تعریف نشده است!

۲-۲-۱. ضوابط «داوری» در قانون^۱

مجموع ضوابط ماهوی که در قانون برای داوری آمده است، به قرار زیر است:

۱. لزوم ارائه اسناد و مدارک به داور از سوی طرفین (ماده ۴۷۷)
۲. ضرورت انتخاب کارشناس از سوی طرفین در فرضی که داور، جلب نظر کارشناس را لازم بداند. (ماده ۴۷۷)
۳. توقف در اظهارنظر از سوی داور تا تعیین تکلیف قضایی، در مواردی که نیازمند تعیین تکلیف جنبه کیفری غیرقابل تفکیک و مؤثر در تصمیم بوده و یا دعوا مربوط به اصل نکاح، طلاق یا نسب باشد. (ماده ۴۷۸)
۴. لزوم تبعیت داور از حکم قضایی (ماده ۴۸۰)
۵. از بین رفتن داوری با تراضی کتبی طرفین؛ یا فوت یا حجر یکی از طرفین (ماده ۴۸۱)
۶. لزوم مدلل و موجه بودن رأی داوری و عدم مخالفت آن با قوانین موجد حق (ماده ۴۸۲)
۷. مقید بودن خاتمه دعوا با تنظیم صلح نامه تنها به تعیین اختیار صلح برای داور از سوی طرفین (ماده ۴۸۳)
۸. لزوم اطلاع همه داوران از جلسات رسیدگی، مشاوره و صدور رأی جهت اعتبار رأی؛ البته در صورت اطلاع از جلسه و امتناع از حضور یا امتناع از رأی و یا امتناع از امضای آن، منوط، نظر اکثریت است. (ماده ۴۸۴)
۹. بی اثر شدن تمام یا بخشی از رأی داور با ردّ آن از سوی طرفین (ماده ۴۸۶)
۱۰. لازم الاجراء بودن رأی داور و لزوم صدور اجرائیه برای رأی داور از سوی مرجع قضایی صالح، پس از ابلاغ رأی داور و طی تشریفات قانونی لازم.
۱۱. تبعیت چگونگی اجرای رأی داور از مقررات قوانین اجرای احکام (ماده ۴۸۸)
۱۲. باطل بودن رأی داوری و امکان درخواست تأیید بطلان آن در موارد (ماده ۴۸۹):
الف. مخالف بودن رأی، با قوانین موجد حق.^۲

۱. پیش تر گفتیم که مقصود از ضوابط داوری در این مجال، تنها ضوابط ماهوی قانونی برای داوری است؛ چون ضوابط قابل تغییر تأثیری در ماهیت داوری و بالتبع شناخت حکم فقهی آن ندارند.

۲. قانون گذار توضیحی در این باره نداده که مقصود از «مخالفت با قوانین موجد حق» چیست؟! بدین ترتیب این ابهام وجود دارد که اگر رأی داور از منظر شرعی، از دقت رأی قضایی برخوردار نباشد آیا این رأی قابل ابطال است یا تنها اگر این رأی، به ظاهر عرفی یا با دقتی که مورد توقع طرفین بوده (اما نه در حدود دقت شرعی لازم برای رأی قضایی) عادلانه تلقی شود قابل ابطال نیست یا خیر چون به هر حال همین میزان از تسامح نیز با حدود حق ثابت برای محکوم له در قوانین موجد حق مخالف است قابل ابطال است! یقیناً مقصود قانون گذار این میزان از توسع نبوده است! شاید با توجه به عبارت طرح جامع داوری (پیشنهادی به

- ب. نسبت به موضوعی که ارجاع نشده، داوری شده باشد.
- ج. صدور رأی فراتر از اختیارات داوری (تنها آن قسمت که فراتر از اختیارات بوده است).
- د. صدور رأی پس از انقضای زمان داوری.
- ه. مخالفت رأی داور با مفاد ثبت شده در دفتر املاک و دفاتر رسمی.^۱
- و. صدور رأی توسط داوران غیر مجاز برای صدور رأی.
- ز. باطل بودن قرارداد رجوع به داوری.
۱۱. عدم مانعیت اعتراض به رأی داور برای لازم الاجراء بودن آن؛ مگر جایی که به تشخیص دادگاه، دلایل اعتراض، قوی باشند. (ماده ۴۹۳)
۱۲. محدود بودن نفوذ رأی داور نسبت به طرفین و اشخاص دخیل در تعیین داور یا قائم مقام قانونی ایشان (رأی داور نسبت به اشخاص دیگر بی تاثیر است؛ تفاوت داوری با قضاوت) (ماده ۴۹۵)
۱۳. عدم امکان داوری در دعاوی: ۱. ورشکستگی؛ ۲. اصل نکاح و فسخ آن، طلاق و نسب (ماده ۴۹۶)
۱۴. پرداخت حق الزحمه با طرفین؛ مگر ترتیب دیگری مقرر شده باشد. (ماده ۴۹۷)
۱۵. تعیین تعرفه قانونی میزان حق الزحمه بر اساس آیین نامه مصوب رییس قوه قضائیه (ماده ۴۹۸) و ضرورت رعایت سقف آن، مگر در فرض انعقاد قرارداد خصوصی برای حق الزحمه داوری (ماده ۴۹۹)

۲. ماهیت فقهی داوری

پس از آنکه با شرایط داور و ضوابط ماهوی داوری در قانون ایران آشنا شدیم، اکنون زمان آن رسیده تا به بررسی فقهی آن پرداخته شود. وجوه و دیدگاه‌های مختلفی در مورد مبنای مشروعیت داوری مطرح شده است. وجه اول آن است که داوری دارای ماهیت قضایی است و بر قاضی تحکیم در فقه، منطبق است و تمام خصوصیات حکم قضایی در آن وجود دارد. وجه

مجلس دوازدهم به شماره ثبت ۹۴) که به جای عبارت «خلاف قوانین موجد حق» عبارت «خلاف قوانین آمره» را به کار برده است، چنین مقصودی مورد نظر قانون‌گذار کنونی بوده است که در جایی که مفاد رأی داوری به گونه‌ای خلاف شرع باشد که با تراضی طرفین هم قابل تغییر نیست؛ یعنی از حقوقی نیست که قابل تراضی و اسقاط باشد (همان معنایی که در برخی روایات در حدود شرعی قضاوت تحکیم آمده که: «الا ما احل حراما و حلل حراما»: وسائل، و...) از نظر وضعی، باطل و از نظر قانونی، قابل ابطال است! در این صورت، مقصود از «مخالفت با قوانین آمره» تنها قوانین آمره ماهوی و نه قوانین آمره شکلی (مربوط به اعتباریات انتظام بخش و قابل تغییر) خواهد بود!

۱. دفتر املاک، به دفتری اطلاق می‌شود که در ادارات ثبت اسناد و املاک نگهداری می‌شود و وظیفه ثبت و نگهداری اطلاعات مربوط به املاک را بر عهده دارد. این دفتر یکی از ارکان مهم در فرایند ثبت املاک و صدور اسناد مالکیت است و اطلاعات آن مبنای حقوقی برای تعیین مالکیت و حقوق مربوط به ملک است.

دوم معتقد است داوری نوعی مصالحه است و لزوم اجرای رأی داور ناشی از عقد مصالحه و لزوم وفای به آن است. احتمالی هم وجود دارد که داوری دارای حیثیت ترکیبی (قضایی و صلح) باشد. در ذیل این وجوه مورد بررسی قرار می گیرند.

۲-۱. ماهیت قضایی

بر اساس این دیدگاه، داوری به عنوان یک فرایند و برآیند قضایی تلقی می شود که در آن، داور نقش مشابهی با قاضی دارند که در نهایت داور پس از شناخت حق و اینکه به چه شخصی تعلق دارد، حکم صادر می کند. در تأیید این نظر می توان به برداشت جامعه از ماهیت داوری و نیت طرفین در رجوع به داوری توجه نمود؛ زیرا طرفین به داور رجوع می کنند تا میانشان بر اساس معیارهای صحیح، داوری نموده و رأی صادر کند و از پیش می پذیرند که هر چه داور، تشخیص بدهد، می پذیریم؛ البته حق اعتراض را در جایی که مفاد داوری را حق ندانیم و راهکار قانونی اعتراض داشته باشیم ساقط ننموده باشد که هزینه های دادرسی رسمی را ندهیم و از سرعت داوری و عدم اطاله فرایند رسیدگی، محرمانگی اطلاعات فی مابین و... بهره مند شویم.

از منظر فقه قضا، قاضی یا قاضی منصوب (به نصب عام یا خاص) است و یا آنکه قاضی تحکیم (منتخب طرفین و غیر منصوب) است. با توجه به عدم نصب داور، طبیعتاً تنها احتمال قابل بحث در تطبیق داوری با قضاوت، نهاد قضاوت تحکیم است. لازم به ذکر است با وجود جواز قضاوت تحکیم در فقه، اختلافات گوناگونی در جزئیات آن (از جهت: لزوم اجتهاد یا کفایت آگاهی و خبرویت، لزوم کلیه شرایط خاص قضا یا انتفای آنها و امکان یا امتناع قضاوت تحکیم در عصر غیبت) وجود دارد. مشهور بر آن هستند که قاضی تحکیم، تمام صفات و شرائط قاضی منصوب را به جز تولیت (اذن و نصب) از ناحیه امام باید داشته باشد. (فیض، ۱۴۰۲، ج ۲، ص ۳۲۵) در حالی که برخی دیگر از ایشان، در ضرورت همه یا لااقل بعضی شروط قاضی منصوب تشکیک کرده و یا آن را لازم ندانسته اند؛ به طور نمونه شیخ انصاری رحمته الله علیه می فرماید: «دلّ من الإجماع و النص علی أنّ فی حال الغیبة ینفذ قضاء الفقیه من علماء الإمامیة، الجامع لشرائط الفتوی الا أنّا لم نجد مستنداً لاعتبار تلك الشروط فی قاضی التحکیم، و إن لم نجد أيضاً دلیلاً یعتدّ به فی صحّته علی وجه الإطلاق، بحیث لا یحتاج فی جبر سنده أو دلالتّه إلى فتوی الأصحاب، المفقودة مع اختلال بعض الشرائط». (انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۷) این عبارت نشان می دهد که ایشان در قاضی تحکیم شرایط قاضی منصوب را لازم نمی داند اگرچه این سخن را بدان معنا نمی دانند که رأی قاضی تحکیم به نحو اطلاق صحیح انگاشته شود؛ در مقابل صاحب جواهر رحمته الله علیه فرموده اند: «فیما ذکره هنا من أنه یشرط فیہ جمیع ما یشرط فی القاضی المنصوب عن الامام عليه السلام عدا الاذن، ضرورة أنه إذا کان المدرك له الإطلاق المزبور، فلیس فی شیء منه إیماء إلى الشرائط المزبورة، خصوصاً

مثل الكتابة و البصر و نحوه‌ها، نعم يتجه اعتبار ما كان دليلاً عاماً لمثله من الشرائط كالبلوغ و الإسلام و نحوه‌ها». (نجفی، ج ۴۰، ص ۲۸) در خصوص شرط اجتهاد هم موضوع اختلافی است به گونه‌ای که بسیاری از فقها مثل شیخ طوسی، محقق حلی، محقق اردبیلی و شهید ثانی ۴ (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۱۶۴؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۰؛ اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۱۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۱) آن را برای قاضی تحکیم شرط می‌دانند؛ حتی شهید ثانی رحمته‌الله ادعای اتفاق فقها بر وجود شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم را به‌ویژه در شرط اجتهاد دارد. (همان) این در حالی است که برخی از فقهای معاصر چون آیت‌الله موسوی اردبیلی رحمته‌الله (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۲۷)، آیت‌الله سبحانی^۱ و آیت‌الله خویی قائل به اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم نیستند. به طور نمونه آیت‌الله خویی رحمته‌الله می‌فرماید: «الصحيح أنه لا يعتبر فيه الاجتهاد خلافاً للمشهور، وذلك لإطلاق عدّة من الآيات». (موسوی خوئی، ۱۳۹۳، ج ۴۱، ص ۱۲)

همچنین در اینکه آیا اصلاً قاضی تحکیم در زمان غیبت موضوع دارد یا خیر، برخی از فقها مانند صاحب جواهر رحمته‌الله اصلاً قضای تحکیم را در زمان غیبت صحیح نمی‌دانند؛ چون در زمان غیبت عموم فقها اذن از معصومین علیهم‌السلام دارند و در قاضی تحکیم هم شروط قاضی منصوب باید باشد؛ پس اگر کسی شروط را دارد مأذون از طرف امام است و کسی که ندارد مأذون نیست اصلاً نمی‌تواند قاضی شود پس قاضی تحکیم فقط برای زمان حضور معصوم است. (نجفی، بی‌تا، ج ۴۰، ص ۲۸) محقق اردبیلی رحمته‌الله هم اشکال به قاضی تحکیم در زمان غیبت دارد. (اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۱۷) در مقابل، برخی از فقهای معاصر یعنی آیت‌الله صافی گلپایگانی رحمته‌الله و آیت‌الله مکارم شیرازی، معتقد به امکان وقوع قضاوت تحکیم در عصر غیبت هستند. (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۳۲)

آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز معتقد بودند شرط خاصی برای قاضی تحکیم لازم نیست.^۲

۱. سؤال ۱۱۹۸. آیا قاضی تحکیم باید مجتهد باشد یا این که طرفین دعوا می‌توانند کسی را که مجتهد نیست، ولی مأذون از طرف ولی فقیه است، به عنوان قاضی تحکیم قرار دهند؟ بسمه تعالی: آگاهی قاضی تحکیم از احکام کافی است. هرگاه دو نفر پیمان ببندند که به گفته‌ی او عمل کنند، حکم آن قاضی به حکم آیه‌ی اَوْفُوا بِالْعُقُودِ نافذ خواهد بود. واللّه العالم (سبحانی تیریزی، ج ۱، ص ۳۸۴).

۲. البته مرحوم موسوی اردبیلی، شرایط عامه برای تنفیذ نظر یک فرد برای مسلمان یعنی بلوغ، عقل و اسلام و عدالت را لازم می‌دانند. عبارت ایشان بدین قرار است: «بعد ما شرطنا كون الحكم بالغا عاقلًا مسلمًا قادرًا على الحكم من حيث العلم والدراية والذكاء وفهم المطالب ودرکها و شجاعاً على بيان الحق وفصل الخصومات وكذلك شرطنا كون الحكم حقاً وعدلاً و مطابقاً لما أنزل الله بلسان نبيه وأوليائه (فقه القضاء، ج ۱، ص ۱۳۰)

البته ایشان بر ضرورت اشتراط: بلوغ، عقل، اسلام، عدالت، قدرت بر قضا و ذکاوت و درایت و نیز علم و آگاهی (نه اجتهاد از روی استنباط) صحه گذاشته‌اند.^۱

نتیجه آن که با توجه به مطالب فوق، روشن است که «داوری، در قانون فعلی» به جهت آنکه در آن شروط اساسی چون: اسلام و عدالت و یا طبق برخی دیدگاه‌ها حتی خبرویت نیامده است^۲، با هیچ یک از آرای فقهی قضاوت تحکیم تطبیق ندارد؛ بنابراین اگرچه این نهاد قانونی از حیثیات مشابهی چون: اصدار رأی توسط داور و لازم الاجراء بودن برخوردار است؛ اما با شرایط فعلی نمی‌تواند بر قضاوت تحکیم منطبق باشد. بله این امکان وجود دارد که با تحدید شرایط داور بر اساس قضاوت تحکیم لاقبل بر طبق دیدگاه‌هایی که در عین اعتبار، شرایط کمتری را لازم می‌دانند به‌عنوان فتوای معیار تقنین بهره جست و بر اساس آن مقررات دآوری را اصلاح نمود.

۲-۲. ماهیت صلح

در این دیدگاه، دآوری نه به‌عنوان نهادی قضایی بلکه از باب ابزاری برای صلح و حل و فصل اختلافات بین طرفین دعوا و کاهش رجوع به محاکم است. در مقام سعی بر اثبات این دیدگاه و رد ماهیت قضایی برای دآوری می‌توان گفت اگر دآوری جنبه قضایی داشت و حکم داور به‌عنوان حکم قضایی تلقی می‌شد، برای این که حکم داور اثرگذار باشد، لازم بود که شرایط لازم برای قضاوت در داور نیز وجود داشته باشد؛ درحالی‌که شرایط فقهی لازم برای یک قاضی و حتی ابتدایی‌ترین آنها، برای داور ذکر نشده است و کلیه شرایط و یا موانعی که برای دآوری در قانون فعلی و طرح پیشنهادی آمده همگی در این راستا هستند که داور ذی نفع نباشد یا در موضع تهمت نباشد. از سوی دیگر همین که طرفین بر رجوع به داور در حل خصومت خود توافق کرده‌اند با این توافق مصالحه کرده‌اند که رجوع به دآوری معیار عمل باشد و هر چه او رأی داد را تمکین نمایند. حال باید دید آیا چنین مصالحه‌ای شرعاً صحیح است و یا آنکه با مقتضیات شرع مقدس در رسیدگی به تنازعات و صدور رأی در تعارض است؟ ازاین‌رو در

۱. متأسفانه در قانون دآوری هیچ یک از این شرایط به‌ویژه شرط اسلام، عدالت داور و آگاهی وی مورد تصریح قرار نگرفته و ازاین‌حیث قانون کنونی از حیث اطلاقش با هیچ یک از نظر فقها قابل انطباق نخواهد بود.

۲. ممکن است گفته شود در رابطه با ضرورت دانش داور نسبت به موضوع، اگرچه مواد قانونی تصریحی نکرده‌اند اما می‌توان اشتراط آن را از ماده ۴۸۲ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، فهمید. این نظر قابل دفاع نیست چون حسب ظاهر ماده، باید رأی داور مدلل و موجه بوده و خلاف قوانین موجهه حق نباشد نه اینکه ضرورتاً این امر به جهت آگاهی داور باشد. به عبارت دیگر این مورد در ظاهر این ماده قانونی شرط اعتبار دآوری است نه داور! از این رو حسب ظاهر قانون می‌تواند هر فردی که طرفین رضایت بر دآوری او داشته باشند به‌عنوان داور انتخاب شود فقط نباید رأی وی مخالف قوانین موجهه حق باشد!

ذیل پس از بررسی مفهوم صلح، این احتمال به تفصیل مورد تدقیق خواهد بود.

«صلح» در لغت به معنای آشتی، آرامش، عدم نزاع و توافق بین یکدیگر است (لغت‌نامه دهخدا، ذیل واژه صلح؛ فراهیدی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۱۷) و در اصطلاح فقهی، نوعی توافق و تسالم بر تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق و غیر این‌ها استوار اگرچه تشریع آن در اسلام برای از بین بردن نزاع‌ها و رفع درگیری‌ها است؛ اما شرط صلح آن نیست که مسبوق به نزاع باشد. (موسوی سبزواری، ج ۱۸، ۱۴۱۳ق، ص ۱۶۵)^۱

از حیث فقهی، تردیدی نیست که صلح از عقود مشروع و مورد تسالم اصحاب است. برخی در اثبات مشروعیت صلح به آیاتی چون: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»^۲ و «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ»^۳ و «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا»^۴ و «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ»^۵ و «فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ»^۶ و «أَوْ إِصْلَاحَ بَيْنِ النَّاسِ»^۷ استناد کرده و معتقدند که آیات صلح، به اطلاقشان هم شامل صلح عقدی و هم غیر آن می‌شوند. (موسوی سبزواری، همان) در مقابل برخی دیگر از فقها معتقدند به جز آیه اخیر که شامل صلح عقدی و غیر عقدی می‌شود در دلالت سایر آیات بر عقد صلح تأمل وجود دارد. (نجفی، ج ۲۶، ص ۲۱۰) روایات بسیاری هم از فریقین در تأیید صلح و اطلاق آن وجود دارد؛ به طور نمونه از پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله نقل شده است: «الصلح جائز بین المسلمین إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۲) یا از امام صادق علیه السلام نقل است که: «الصلح جائز بین الناس» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۸، ص ۴۳۹) همچنین شکی نیست که مشروعیت صلح، اجماعی بین مسلمانان بوده و حکم بتی عقل نیز به طور فی الجمله و مادامی که محذوری نباشد، بر نیکو بودن صلح دلالت دارد. (موسوی سبزواری، همان، ص ۱۶۶)

۱. مرحوم سبزواری دلیل اطلاق متعلق صلح را اطلاق ادله آن دانسته و آن را اجماعی بین مسلمانان می‌داند؛ بدین نحو که صلح نسبت به هر چه می‌تواند غرض آن قرار گیرد، جایز است مگر جایی که خداوند از آن نهی کرده باشد؛ یعنی صلح جایز است تا جایی که حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند.

۲. نساء: ۱۲۸.

۳. انفال: ۱.

۴. نساء: ۳۵.

۵. حجرات: ۱۰.

۶. حجرات: ۹.

۷. نساء: ۱۱۴.

حال که معلوم شد صلح به ادله اربعه مشروع است و گستره آن هر چیزی است جز آنکه حلالی حرام شود و حرامی حلال شود، بحث اصلی آن است که آیا در توافق طرفین بر رجوع به داوری و رسیدگی و صدور رأی، این توافق از باب صلح، نافذ بوده و رأی داور شرعاً معتبر است یا آنکه مشروعیت آن از حیث فقهی با مناقشه روبه‌رو است.

در ذیل برای پاسخ به این سؤال ابتدا چگونگی تطبیق عینی داوری بر مصالحه تبیین و سپس مشروعیت آن مورد بررسی خواهد بود.

تأمل در موارد واقعیات رجوع به داوری (در تنازعات به وجود آمده و یا خصومت‌های احتمالی)، نشان می‌دهد که از حیث عینی، رجوع به داوری به دو صورت محقق می‌شود:

۱. یا طرفین در ضمن یک معامله و به‌عنوان شرط ضمن عقد بر رجوع به داوری توافق کرده‌اند که هر چه داور بدان رأی داد، همان را بپذیرند.

۲. یا به طور مستقل و با توافقی جدید (با وجود معامله پیشین یا بدون آنکه اساساً معامله‌ای در کار باشد؛ مثلاً در مشکلات خانوادگی یا نقل و انتقالات قهری یا خسارات ناشی از حوادث یا اشتباهات) پذیرفته‌اند که به داور رجوع کنند و هر چه ایشان بدان رأی دهد را بپذیرند.

در فرض اول، داوری به‌عنوان شرط ضمن عقد بوده و توافق جدید و مصالحه‌ای صورت نگرفته است؛ بلکه طرفین بر اساس توافق اولیه خود در قالب شرط ضمن عقدشان، رجوع به داور را لازم دانسته‌اند و معتقدند اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز هست؛ یعنی با همان انشای عقد نخست و در ضمن آن، یکباره توافق نموده که اولاً به داور رجوع کنند و ثانیاً هر چه داور بدان رأی داد، بپذیرند. روشن است که این فرض از فرض مصالحه خارج بوده و مبتنی بر عقد اصلی است.

در فرض دوم، رجوع به داوری به‌عنوان یک توافق مستقل مطرح است؛ لذا طرفین با توافق خود بر رجوع به داور مصالحه کرده‌اند که در اختلاف خود به داوری رجوع نموده و هر چه او رأی دهد تمکین نمایند؛ بنابراین تنها در این فرض، سخن از عقد مصالحه قابل طرح است. حال باید دید آیا چنین مصالحه‌ای مشروع بوده یا با ابهامات و اشکالات فقهی روبه‌رو است؟ برای پاسخ به این سؤال دو مسئله قابل بررسی است. نخست آنکه آیا با توجه به آنکه طرفین نمی‌دانند رأی داور چه خواهد بود، این امر صلح بر مجهول نیست و اگر صلح بر مجهول است آیا این صلح مشروع است؟

صاحب مذهب الاحکام در تأیید مشروعیت صلح بر مجهول از قول صاحب عروه می‌فرماید: «تردید نیست که جهالت در صلح در فرضی که مطلقاً معرفت به متعلق صلح ممکن نباشد، پذیرفته شده است؛ همان‌طور که اگر با وجود علم به میزان مال هر کدام و به دلیل تعذر مکیال و میزان، تفکیک مال‌های مخلوط شده، ممکن نباشد،

بنا بر اظهر مصالحه جایز است؛ اما اگر امکان شناخت (و تفکیک) مال آنها در آن زمان، ممکن بود در چنین مصالحه‌ای اشکال است.^۱ با توجه به این سخن از نظر صاحب عروه توسعه ادله مصالحه تنها تا جایی است که رفع جهالت در زمان صلح، متعذر باشد. این در حالی است که مرحوم سبزواری مطلقاً صلح بر مجهول را جائز می‌داند و در رد نظر صاحب عروه، معتقدند اطلاقات ادله جواز صلح این مورد را هم در بر می‌گیرد و وجهی برای تشکیک در آنها نیست مگر مدعی انصراف شویم. سپس ایشان اشاره می‌کنند که ادعای انصراف نیز، ادعای انصراف بدوی و فاقد اعتبار است؛ زیرا چه عموم یا اطلاقی ریشه‌دارتر از اطلاق قول خداوند: ﴿والصلح خیر﴾^۲ که طبیعت نیکی و خیر را به طبیعت صلح مرتبط کرده است؟ ایشان می‌فرماید برای ادعای عدم جریان صلح در فرض عدم تعذر رفع جهالت، دلیلی از سوی مخالفین، اقامه نشده و فقط ادعای انسباق از ادله شده است که آن هم در مقابل این همه اطلاقات قرار دارد؛ همچنین ادعای غرری بودن صلح در فرض امکان تفکیک دقیق، بعد از اینکه معلوم شد در عقد صلح بر خلاف عقود دیگر توسعه بوده و لذا متحمل فرض جهالت است، مردود است.^۳

نتیجه آنکه با توجه به اشاره مرحوم عبدالاعلی سبزواری بر اطلاق امکان اسقاط حقوق احتمالی در فرض جهالت، ممکن است فرض شود داور با ابراز رأی خود، بین طرفین بر اسقاط حقوق ایشان (ولو آنکه طرفین و حتی داور هم حقوق واقعی طرفین را تشخیص ندهد)

۱. مرحوم سبزواری در توضیح نظر صاحب عروه در جواز صلح بر مجهول و ادله آن بیان می‌فرماید: «به اجماع و روایات وارده، اگر تشریع صلح - که برای از بین بردن نزاع‌ها و رفع لجاجت‌ها است - مبنی بر دقت ولو در بعضی موارد باشد، صلح مبنی بر تسامح اصلاً واقع نمی‌شد در حالی که از نص متواتر فریقین یعنی: «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا» استفاده می‌شود که صلح در همه جهات به جر جهت ممنوع، توسعه دارد؛ البته این جواز همه موارد را (مانند قضیه جواز کذب برای اصلاح ذات البین)، پوشش نمی‌دهد. همچنین ایشان به روایت صحیح ابن مسلم از امام باقر علیه السلام (الوسائل باب: ۵ من أبواب الصلح: ۱) اشاره می‌نماید که: «دو مرد، هر کدام از آنها نزد رفیق خود غذا داشتند و هیچ یک از آنها نمی‌دانست که رفیقش چقدر غذا دارد، پس هر یک از آنها به رفیق خود گفت: تو هر چه داری، داری و من هر چه دارم. پس امام علیه السلام فرمودند: اگر راضی باشند و نفسشان آرام باشد، اشکالی ندارد.» پس امام علیه السلام شرط را بر رضایت نفس و رضایت به هر نحوی که اتفاق افتاده باشد، قرار دادند و از این، تعمیم از هر جنبه و جهت و در هر چیز و امری، استنباط می‌شود.» (موسوی سبزواری. همان، ص ۱۷۴)

۲. نساء: ۱۲۸.

۳. البته ایشان در فرض عدم تعذر رفع جهالت در زمان صلح، فرموده‌اند: احوط آن است که هر یک مال خود را در این فرض به طور جدا و مجانا به دیگری هبه مستقل نمایند یا بر اسقاط حقوق احتمالی خود مصالحه کنند. (همان)

مصالحه می‌نماید و لذا این صلح بلا اشکال است؛ اما مشکل اصلی دیگری وجود دارد؛ زیرا در عرف جامعه، رجوع به داور از باب توکیل در مصالحه بر مجهول نبوده؛ بلکه استظهار جامعه از داوری آن است که طرفین با رجوع به داوری از ایشان می‌خواهند که بینشان نسبت به حقوقی که دارند، قضاوت نماید و بر اساس آنچه حق می‌داند رأی صادر کند. درست است که جامعه توقع ندارد که داور بسان یک قاضی و با دقت حقوقی و شرعی تمام، موضوع را بررسی نماید و در اینجا قایل به داوری او و تمکین به آن با تسامح نسبی در اشتباهات هستند؛ اما در این شکی نیست که استظهار جامعه آن است که داور، حکم صادر می‌کند نه آنکه تنها موضوع را بین طرفین، روشن نموده و به طرفین پیشنهاد دهد! این در حالی است که بر طبق ادله دینی، حکم هنگامی مشروع است که از سوی قاضی دارای شرایط صادر شود و صدور رأی از سوی فردی که دارای شرایط نباشد پذیرش «قضای جور»^۱ و ناشی از «تحاکم به طاغوت»^۲ است. به بیانی دیگر اگرچه بنای عقلا بر پذیرش نهاد داوری و رجوع به فرد مرضی الطرفین در داوری بین طرفین است؛ اما این بنا، بدون قیود شرعی لازم برای قاضی تحکیم تأیید نشده است.

۳. ماهیت ترکیبی (قضایی و صلح)

نگارنده در میان انظار فقهی چنین احتمالی را مشاهده ننموده است؛ ولی ممکن است از دو جهت، چنین برداشتی تقویت شود:

۱. پذیرش فرض داوری کدخدامنشانه؛ توضیح آنکه از منظر فهم عرف، داوری کدخدامنشانه آن است که طرفین با تصریح بر تفویض اختیار صلح کدخدامنشانه به داور در حقیقت از دقت‌های لازم کاسته‌اند و از وی خواسته‌اند تا میانشان بر آنچه صلاح می‌داند صلح برقرار سازد و بر طبق صلحی که واقع نمود انشای رأی نماید.
۲. مطالعه برخی مواد قانونی داوری، ممکن است برداشت ماهیت ترکیبی از داوری را تقویت نماید؛ به این صورت که برخی از مواد آن را دارای رویکرد قضایی و برخی دیگر را شبیه مصالحه بدانند. در ذیل امارات هر دو برداشت به تفکیک بیان می‌شوند.

۳-۱. مواردی که ماهیت قضایی داوری را تقریب می‌کند:

۱. لزوم مدلل و موجه بودن رأی داوری و عدم مخالفت آن با قوانین موجد حق (ماده ۴۸۲)
۲. توقف در اظهار نظر از سوی داور تا تعیین تکلیف قضایی، در مواردی که نیازمند تعیین تکلیف جنبه کیفری غیر قابل تفکیک و موثر در تصمیم بوده و یا دعوا مربوط به اصل نکاح،

۱. ابی خدیجه سالم بن مکرم جمال از امام صادق علیه السلام نقل کرده که فرمودند: «ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا الی اهل الجور، ولكن انظروا الی رجل منکم یعلم شینا من قضایانا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضیا فتحاكموا الیه.» (الکافی، ج ۷، ص ۴۱۲)

۲. «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا» (نساء: ۶۰)

طلاق یا نسب باشد. (ماده ۴۷۸)

۳. لزوم تبعیت داور از حکم قضایی (ماده ۴۸۰)

۴. لازم الاجراء بودن رأی داور و لزوم صدور اجرائیه برای رأی داور از سوی مرجع قضایی صالح، پس از ابلاغ رأی داور و طی تشریفات قانونی لازم

۵. تبعیت چگونگی اجرای رأی داور از مقررات قوانین اجرای احکام (ماده ۴۸۸)

۶. باطل بودن رأی داوری و امکان درخواست تأیید بطلان آن در فرض مخالف بودن رأی، با قوانین موجد حق (ماده ۴۸۹)

۲-۳. مواردی که غیر قضایی بودن داوری را تقریب می‌کند:

۱. از بین رفتن داوری با تراضی کتبی طرفین؛ یا فوت یا حجر یکی از طرفین (ماده ۴۸۱)

۲. بی‌اثر شدن تمام یا بخشی از رأی داور با رد آن از سوی طرفین (ماده ۴۸۶)

۳. محدود بودن نفوذ رأی داور نسبت به طرفین و اشخاص دخیل در تعیین داور یا قائم‌مقام قانونی ایشان (رأی داور نسبت به اشخاص دیگر بی‌تأثیر است؛ تفاوت داوری با قضاوت) (ماده ۴۹۵)

۴. تعیین تعرفه قانونی میزان حق الزحمه بر اساس آیین‌نامه مصوب رئیس قوه قضائیه (ماده ۴۹۸) و ضرورت رعایت سقف آن

۵. امکان انعقاد قرارداد خصوصی برای حق الزحمه داوری (ماده ۴۹۹) و ضرورت پرداخت حق الزحمه با طرفین؛ مگر ترتیب دیگری مقرر شده باشد. (ماده ۴۹۷)

پس از تبیین چگونگی احتمال حیثیت ترکیبی برای داوری، باید گفت این احتمال قطعاً باطل است؛ زیرا:

۱. جمع بین دیدگاه قضایی و صلح به دلیل وجود تفاوت بینادین در ماهیت قضاوت و مصالحه ممکن نیست؛ زیرا هم شرایط قضاوت و رأی قضایی با شرایط مصالحه متفاوت است و هم قضاوت انشای بر اساس اخبار از حق و بدون تسامح است در حالی که مصالحه در این موارد، مبتنی بر مسامحه عرفی است!

۲. اساساً داور حتی در داوری کدخدامنشانه هم حکم صادر می‌نماید و استظهار عرف از رأی داور، مصالحه نیست! بلکه استظهار قضایی دارد.

نتیجه‌گیری

داوری از ماهیت قضایی برخوردار است و لذا باید شرایط قاضی تحکیم و قضاوت تحکیم، در آن رعایت شود؛ در غیر این صورت رأی صادره هیچ اعتباری ندارد. از این رو می‌توان حقوق شورای فقهی با کلیات طرح جامع داوری مخالف بوده و اصل این روند را ولو آنکه بسیار متعارف هم شده است، ناموجه می‌داند؛ لذا اکنون که قضات ما نیز غالباً قاضی مأذون هستند و از باب اضطرار و بر اساس اختیارات ولایت فقیه، منصوب شده‌اند، برای حل و فصل

خصوصیات یا باید به محاکم رجوع نمود و یا آنکه اگر بخواهیم نهاد داوری مشروع باشد شرایط قضایی تحکیم برای داوران لحاظ شوند و با توجه به اختلافات فقهی پیش گفته در گستره این شرایط، لااقل قدر متیقن از شرایط لازم بر اساس فتوای معتبری از فتاوی فقهای عظام به عنوان فتوای معیار به عنوان شرایط قانونی پذیرفته شود! برخی از اهم این شرایط عبارت است از: بلوغ، عقل، اسلام، ایمان، عدالت، طهارت مولد و تخصص در موضوع.

راه دیگری هم که البته نیازمند تغییرات عینی و درعین حال، با توجه به رواج داوری در نزاع داخلی و به ویژه بین المللی عملی تر می نماید، آن است که با ایجاد اصلاحات تقنینی از یک سو و فرهنگ سازی عمومی، تأکید کنیم که نفس رجوع به داوری را به معنای تفویض وکالت به داور در مصالحه اسقاط حقوق احتمالی بدانیم و یا در کنار تعیین داور آنها را ملزم کنیم که برای داوری باید به ایشان وکالت در مصالحه به آنچه داور تشخیص می دهد بدهند. در این صورت اگر رأی داور حتی تا زمانی که از حیث عرفی حکم تلقی می شود و ماهیت آن با فرهنگ سازی و نیز الزام تقنینی به صرف ابراز نظر تغییر نکرده باشد، باطل است؛ اما به جهت مصالحه و مشروط به تحقق عقد مصالحه، نافذ خواهد بود.

منابع

- قرآن کریم

الف. کتب و مقالات

۱. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). مجمع الفائده و البرهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). القضاء و الشهادات. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۶. حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: نشر اسماعیلیان.
۷. الدوری، قطحان عبدالرحمن. (بی تا). عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی و القانون الوضعی. المملكة الاردنية.
۸. الزحیلی، وهبه. (۱۴۱۸ق). الفقه الاسلامی و ادلته (الطبعة الرابعة). دمشق: المكتبة الحیبیه.
۹. سبحانی، جعفر. (۱۳۸۹). استفتانات. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم.
۱۱. شمس، عبدالله. (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی. تهران: نشر میران.
۱۲. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۳۸۵). جامع الأحکام. قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیه الله صافی گلپایگانی.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: مکتبه المرتضویه.
۱۴. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۵. فراهیدی، احمد بن خلیل. (۱۴۲۴ق). العین. تهران: انتشارات اسوه.
۱۶. فیض، علیرضا. (۱۴۰۲). مبادئ فقه و اصول. تهران: نشر دانشگاه تهران.
۱۷. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۳). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۱۸. متین دفتری، احمد. (۱۳۷۸). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۹. معین، محمد. (۱۳۸۲). فرهنگ نامه معین. تهران: چاپ امیرکبیر.

۲۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتانات. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۲۱. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۳۸۱). فقه القضاء. قم: جامعه المفید.
۲۲. موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۹۳). مبانی تکمله المنهاج. قم: موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان.
۲۳. نجفی، محمدحسن. (بی تا). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۴. نیازی، عباس. (۱۳۹۱). «اعتبار امر قضاوت شده در رأی داور». نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۵۵، ۱۲۹-۱۵۰.
۲۵. هوشمند فیروزآبادی، حسین، و حکیمیان، علی محمد. (۱۴۰۳). «مشروعیت داوری در فقه مذاهب اسلامی». نشریه آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی، ۱، ۵-۲۲.

قوانین

۱. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹.
۲. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲.
۳. قانون داوری تجاری بین‌المللی، مصوب ۱۳۷۶.

References

•The Holy Quran

A. Books and Articles

1. Ibn Babawayh, Muhammad ibn Ali. (1992). *Man lā Yaḥḍuruhu al-Faqīh*. Qom: Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. (in Arabic).
2. Ardabili, Ahmed ibn Muhammad. (n.d.). *Majma' al-Fā'idah wa-al-Burhān*. Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic).
3. Ansari, Morteza. (1994). *Al-Qaḍā' wa-al-Shahādāt*. Qom: *Majma' al-Fikr al-Islāmī*. (in Arabic).
4. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2009). *Legal Terminology*. Tehran: Ganj-e Danesh Library. (in Persian).
5. Hurr al-Amili, Muhammad ibn Hasan. (1995). *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'ah*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). (in Arabic).
6. Hilli, Ja'far ibn Hasan. (1987). *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa-al-Ḥarām*. Qom: Esmaeilian Publishing. (in Arabic).
7. Al-Duri, Qahtan Abd al-Rahman. (n.d.). *'Aqd al-Taḥkīm fī al-Fiḥ al-Islāmī wa-al-Qānūn al-Waḍ'ī*. Jordan. (in Arabic).
8. Al-Zuhayli, Wahbah. (1997). *Al-Fiḥ al-Islāmī wa-Adillatuh* (4th ed.). Damascus: Al-Maktabah al-Ḥabībīyah. (in Arabic).
9. Sobhani, Jafar. (2010). *Istiftā'āt* (Inquiries). Qom: Imam Sadiq ('alayhi al-salām) Institute. (in Persian).
10. Sabzawari, Sayyid Abd al-A'la. (1992). *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa-al-Ḥarām*. Qom. (in Arabic).
11. Shams, Abdullah. (2006). *Civil Procedure*. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian).
12. Safi Golpaygani, Lotfollah. (2006). *Jāmi' al-Aḥkām*. Qom: Office for Compilation and Publication of Works of Grand Ayatollah Safi Golpaygani. (in Persian).
13. Tusi, Muhammad ibn Hasan. (1967). *Al-Mabsūṭ*. Tehran: Maktabat al-Murtaḍawīyah. (in Arabic).
14. Amili, Zayn al-Din ibn Ali (Shahid al-Thani). (1992). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyah. (in Arabic).
15. Farahidi, Ahmad ibn Khalil. (2003). *Al-'Ayn*. Tehran: Osweh Publications. (in Arabic).
16. Feyz, Alireza. (1983). *Principles of Jurisprudence and Fundamentals*. Tehran: Tehran University Press. (in Persian).
17. Kulayni, Muhammad ibn Ya'qub. (1984). *Al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah. (in Arabic).

18. Matin Daftari, Ahmad. (1999). Civil and Commercial Procedure. Tehran: Majd Scientific and Cultural Assembly. (in Persian).
19. Moein, Mohammad. (2003). Moein Dictionary. Tehran: Amirkabir Press. (in Persian).
20. Makarem Shirazi, Naser. (2006). Istiftā'āt. Qom: Madrassah al-Imam Ali ibn Abi Talib ('alayhi al-salām). (in Persian).
21. Mousavi Ardebili, Abdolkarim. (2002). Fiqh al-Qaḍā'. Qom: Jāmi'at al-Mufīd. (in Arabic).
22. Mousavi Khoei, Abu al-Qasim. (2014). Mabānī Takmilat al-Minhāj. Qom: Tebyan Cultural and Information Institute. (in Arabic).
23. Najafī, Muhammad Hasan. (n.d.). Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām. Beirut: Dār Ihya' al-Turāth al-'Arabī. (in Arabic).
24. Niazi, Abbas. (2012). The Validity of Res Judicata in the Arbitrator's Award. Judicial Law Perspectives Journal, 55, 129–150. (in Persian).
25. Houshmand Firouzabadi, Hossein, & Hakimian, Ali Mohammad. (2024). The Legitimacy of Arbitration in the Jurisprudence of Islamic Schools. Journal of Private Law Teachings of Islamic Countries, 1, 5–22. (in Persian).

Laws

1. Civil Procedure Code of Public and Revolutionary Courts, approved in 2000. (in Persian).
2. Criminal Procedure Code, approved in 2013. (in Persian).
3. International Commercial Arbitration Law, approved in 1997. (in Persian).