

Analysis of the jurisprudential foundations of arbitration and comparison with similar arbitration concepts and institutions

Mansour Safari Moghaddam PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran. safarimoghaddam7@gmail.com

Amir Mullah Mohammad Ali (Supervisor) Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, University of Applied Sciences, Qom, Iran (Corresponding Author). dr.molla@gmail.com.

Mahmoud Qayyumzadeh (Consulting Professor) Full Professor, Department of Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran. maarefteacher@yahoo.com.

Abstract

Arbitration is known as an effective dispute resolution method for disputes and conflicts between individuals in civil societies, but this institution cannot meet contractual expectations in some contracts, such as international contracting contracts, due to the technical nature of such contracts and the need to complete their subject matter within strictly specified periods. Therefore, quasi-arbitral organizations and institutions such as judicial review, mediation, advocacy, and expertise have been envisaged. Two important features of these institutions are that, first, the individuals who are tasked with resolving disputes are primarily specialists and experts in the field of the contract in question, and second, the decisions of these individuals are binding, although it is possible to appeal their decisions to an arbitration court or courts of arbitration. In this study, after a brief introduction to arbitration and quasi-arbitration institutions, we will distinguish them from the arbitration institution and examine the effects of the conditions for resorting to quasi-arbitration methods on the right of the parties to resort to arbitration. In other words, we must search for the similarities and differences between quasi-arbitration and arbitration methods.

Keywords: Arbitration, legal, jurisprudence, expertise, mediation.

Received: 2023/02/29 ; **Revised:** 2023/05/01 ; **Accepted:** 2023/06/18; **Published online:** 2023/06/25

Article type: Research Article

Publisher: Qom Islamic Azad University

© the authors



واکاوی مبانی فقهی حقوقی داوری و تطبیق با مفاهیم و نهادهای مشابه داوری^۱

منصور صفری مقدم: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران.

safarimoghadam@yahoo.com

امیر ملا محمد علی: استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه علمی کاربردی، قم، ایران. (نویسنده

مسئول).

dr.molla@gmail.com

محمود قیوم زاده: استاد تمام، گروه حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران.

maarefteacher@yahoo.com

چکیده:

داوری به عنوان یک روش حل اختلاف مؤثر در اختلافات و منازعات فی مابین افراد جوامع مدنی شناخته شده است، اما این نهاد در برخی از قراردادهای نظیر قراردادهای پیمانکاری بین المللی نمی تواند توقعات قراردادی را با توجه به ویژگی فنی این گونه قراردادهای و نیز لزوم اتمام موضوع آنها در مدت های کاملاً تعیین شده برآورده سازد. از این رو سازمان ها و نهادهای شبه داوری نظیر رسیدگی قضایی، میانجی گری، وکالت و کارشناسی پیش بینی شده است. دو ویژگی مهم این نهادها این است که اولاً اشخاصی که مأمور حل اختلافاتند اصولاً متخصص و صاحب نظر در زمینه قرارداد مورد بحث هستند و ثانیاً تصمیمات این اشخاص لازم الاجراست، هر چند که امکان شکایت از تصمیمات آن ها در دیوان داوری یا دیوان های داوری امکان پذیر است. در این پژوهش، پس از معرفی اجمالی داوری و نهادهای شبه داوری به تمیز آن ها از نهاد داوری می پردازیم و آثار شروط مراجعه به شیوه های شبه داوری را در حق مراجعه طرفین به داوری مورد بررسی قرار می دهیم. به عبارت دیگر، باید وجوه اشتراک و افتراق روش های شبه داوری و داوری را جستجو کرد.

واژگان کلیدی: داوری، حقوقی، فقهی، کارشناسی، میانجی گری.

نوع مقاله: مقاله پژوهشی
ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم © نویسندگان
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۶/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۰۱ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۰۷/۰۵

^۱ - پژوهش حاضر برگرفته از رساله دکتری دانشجو: منصور صفری مقدم با عنوان: واکاوی مبانی فقهی حقوقی داوری و تطبیق با مفاهیم و نهادهای مشابه آن که در سال ۱۴۰۰ در دانشگاه آزاد اسلامی واحد خمین دفاع شده است.

مقدمه :

براساس آموزه‌های اعتقادی دین اسلام انسان موجودی مدنی‌الطبع است که هر قدر هم توانگر باشد نمی‌تواند به تنهایی به اداره امور خویش بپردازد. ناگزیر است به زندگی اجتماعی تن دهد، روابط خود را با سایرین حفظ نماید. و با گسترش روابط انسان‌ها و کشورها، گاهی اهداف و تمایلات آن‌ها در تضاد قرار گرفته و میل به احقاق حق و جلب منافع در قالب و محدوده کار داوری قرار می‌گیرد و بیشتر منازعات و مشاجرات که بین افراد و کشورها رخ می‌دهد قطعاً در سایه قبول امر داوری حل و فصل خواهد شد. امروزه قضاوت و داوری به عنوان مهم‌ترین روش‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز خصومت‌ها بوده، به‌ویژه روش داوری به دلیل دارا بودن برخی امتیازات از جمله صرف وقت و هزینه کمتر و محرمانه بودن و مبتنی بر موافقت طرفین با استقبال بیشتری روبه‌رو شده هدف پژوهش بررسی مبانی فقهی و حقوقی داوری و میانجی‌گری در فقه اسلام و مقایسه آن‌ها با سایر نهادهای قضایی و عام و خاص بودن داوری می‌باشد. نهاد داوری در نظام حقوقی ایران چندان کارآمد نیست و ابهاماتی دارد، در برخی موارد هزینه‌های آن بیشتر از هزینه ارجاع دعوا به دادگاه تمام می‌شود. و در خصوص داوری در قراردادهای دولتی مشکلاتی در فرآیند اجرای آن وجود دارد، چه هنگام تنظیم قرارداد و یا پس از بروز اختلاف که قانونگذار استفاده از داوری را منوط به تصویب هیأت وزیران نموده است. هدف از این تحقیق ایجاد رویکرد واقع‌گرایانه و فراهم کردن امکان استفاده صحیح از نهادهای شبه‌داوری از جمله رسیدگی قضایی، میانجی‌گری، وکالت، و کارشناسی به جای داوری در حل-وفصل اختلافات می‌باشد.

۱- تعاریف و مفاهیم

۱-۱- داوری در لغت و اصطلاح

در لغت‌نامه دهخدا، واژه (داور) در اصل (دادور) بر وزن دادگر، نامور، هنرور و سخنور به معنی صاحب داد، قاضی، عادل، قضاوت، انصاف درباره نزاع و مرافعه اختلاف بین دو یا چند نفر و نیز در تلفظ و تخفیف در نگارش به مرور "دال دوم" حذف شده و تبدیل به (داور) شده است (دهخدا، ۱۳۶۱: ۲۲۳). در فرهنگ عمید از داور به معنای دادور، حاکم، قاضی، کسی که برای قطع و فصل مرافعه دو یا چند تن انتخاب شود و از داوری نیز در لغت به معنای قضاوت و انصاف درباره نزاع و کشمکش و مرافعه دو یا چند تن آمده است (عمید، ۱۳۷۷: ۹۲۳).

۲-۱- مفهوم فقهی داوری :

در فقه و حقوق اسلامی بحث از داوری به صورت منسجم و تحت عنوان یک باب مستقل و مجزا مطرح نگردیده است، اما فقهای عظام در چند باب به آن پرداخته اند. یکی از این باب‌ها مربوط به نکاح و اختلافات زوجین است که به مناسبت آیه شریفه قرآن «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» و چنانچه بیم آن دارید که نزاع سخت بین آن‌ها پدید آید، از طرف کسان مرد و کسان زن داوری برگزینید، که اگر مقصود اصلاح داشته باشند خدا میان ایشان موافقت و سازگاری برقرار کند، که خدا دانا و آگاه است. (نساء : ۳۵)

۲-۳- مفهوم حقوقی داوری :

داوری در اصطلاح حقوقی، تعاریف متنوعی از آن ارائه شده است. از جمله مرحوم «متین دفتری» در تعریف داوری می‌نویسد: «زمانی که افراد از مداخله مراجع رسمی (قضایی) در قطع و فصل دعاوی مربوط به حقوق خصوصی خودشان صرف نظر نمایند و به حکومت خصوصی اشخاصی که از نظر معلومات و اطلاعات فنی یا درستکاری و امانت مورد اعتماد آن‌ها هستند تسلیم شوند». (متین دفتری، شمس، ۱۳۸۷: ۷۶)

۲- مبانی داوری در فقه و حقوق

۲-۱- مبنای داوری در فقه

در خصوص مبنای داوری در فقه فقهاء و دانشمندان اسلامی با استناد به بعضی از آیات شریفه قلم فرسایی نموده‌اند از جمله در آیه ۵۸ سوره نساء (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبانش بدهید! و هنگامی که میان مردم داوری می‌کنید، به عدالت داوری کنید، خداوند، اندرزه‌ای خوبی به شما می‌دهد. خداوند، شنوا و بیناست.

۲-۲- مبنای داوری در حقوق

در خصوص مبنای داوری در حقوق باید گفت رویه قضایی، ماده ۱۰ قانون مدنی و حاکمیت اراده را مبنای داوری می‌داند. آرای متعددی وجود دارد که صراحتاً مبنای داوری را به این ماده برمی‌گرداند. لذا برخی معتقدند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۲۳). مبنای داوری به اراده قانونگذار برمی‌گردد. قانون است که داوری را بخشی از نظام قضایی کشور می‌داند و برخی دعاوی را داوری‌پذیر و برخی را فاقد چنین قابلیت اعلام می‌کند. به همین ترتیب، فلسفه پیش‌بینی داوری‌های اجباری را باید در اراده قانونگذار جستجو کرد. لذا می‌توان گفت

اگر مبنای داوری، توافق طرفین باشد آن گاه توجیه داوری‌های اجباری دشوار می‌گردد، ولی اگر اراده قانونگذار را مبنا قرار دهیم آن گاه توجیه داوری‌های اجباری و نیز داوری‌ناپذیر بودن برخی دعاوی میسر خواهد بود.

۳-۲- نظر فقها در مورد داوری

نظر مشهور فقها این است که بعد از قضاوت و فصل خصومت توسط داوری که طرفین خودشان با تراضی وی را انتخاب کرده اند دیگر نیازی به قبول و رضایت مجدد آن‌ها به حکم نیست، و رأیی که داور صادر می‌کند برای آن‌ها لازم و معتبر است یعنی داور استقلال دارد. بنابراین برای متخصصین بعد از صدور رأی، اختیار و حق فسخی نیست (طوسی، ۱۴۰۷، ق: ۲۴۱) در میان علمای اهل سنت نیز ابوحنیفه و ابن قدامه همین نظر را دارند و یکی از دو قول شافعی نیز همین است (ابن قدامه، بی‌تا: ۱۳۷) همچنین است از نظر برخی حقوقدانان که هرچند تفاوت داوری با رسیدگی قضایی در این است که در داوری طرفین در انتخاب داوران و تا حدودی در انتخاب آیین دادرسی و قوانین ناظر بر ماهیت آزاد هستند، لکن این روش نیز همانند رسیدگی‌های قضایی، روشی الزام‌آور و به عبارت دیگر، دارای عنصر تعهدآور حقوقی به شمار می‌رود (در مقابل دیدگاه قبل، برخی استقلال قاضی تحکیم را نپذیرفته‌اند. اگرچه این نظر بیشتر به برخی فقهای عامه نسبت داده شده (فاضل هندی، ۱۴۱۶، جلد ۱۰: ۷). و یکی از دو قول منسوب به شافعی است. لکن در میان فقهای شیعه، برخی با نفوذ حکم قاضی تحکیم بعد از قضاوت و قبل از رضایت متخصصین به حکم قاضی، مخالفت کرده و آن را نپذیرفته‌اند (تبریزی، بی‌تا: ۲۵)

۳- منابع فقهی و قانونگذاری داوری در اسلام

۳-۱- قرآن:

قرآن کریم به موضوع داوری و میانجی‌گری و مصالحه و سازش در آیات مختلف سفارش نموده است که همگی تأکیدی بر دوستی، آشتی، مصالحه و سازش، داوری، پادرمیانی و میانجی‌گری می‌باشد. و این بیانگر توجه خداوند کریم به موضوع مصالحه و سازش و سفارش موکد به آن می‌باشد. روشن‌ترین آیه‌ای که با استفاده از واژه اصلاح به این مبحث پرداخته، نخستین آیه سورة انفال است: فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ. پس از خدا پروا دارید و با یکدیگر سازش کنید. (انفال: ۱)

۲-۳- سنت

وقوع داوری در دوران حیات پیامبر (ص)، دلیل بر مشروعیت آن است. نمونه بارز و برجسته آن، داوری سعد بن معاذ برای بنی قریظه؛ در سال چهارم هجرت است، پیامبر (ص) بعد از پایان جنگ به مدینه بازگشت. جبرئیل هنگام ظهور و نماز بر پیامبر (ص) نازل شد و امر حرکت به سوی بنی قریظه را ابلاغ کرد. با دستور پیامبر (ص)، مسلمانان با سرعت به سوی بنی قریظه حرکت کردند و نماز عصر را در محل سکونت بنی قریظه اقامه نمودند. پیامبر (ص) و مسلمانان، بنی قریظه را محاصره نمودند و این محاصره به مدت یک ماه ادامه داشت. بعد از محاصره یک ماهه، یهودیان بنی قریظه به پیامبر (ص) پیشنهاد کردند، ابالبابه بن عبدالمنذر انصاری را برای داوری به سوی آنان اعزام نماید. پیامبر (ص) موافقت نمود و ابالبابه را اعزام نمود. زنان و کودکان بنی قریظه هنگام ورود ابالبابه، او را با گریه و ناله استقبال نمودند و ابالبابه در برابر گریه کودکان آنان متأثر شد. بنی قریظه از او برای تسلیم شدن مشاوره طلبیدند و ابالبابه با اشاره به گردن خود، پاسخ داد بلی و با کنایه از کشته شدن آنها خبر داد. پس از آن که ابالبابه متوجه شد که به خدا و پیامبر (ص) خیانت کرده، اظهار نمود که به خدا قسم از جای خود حرکت نمی‌کنم، تا اینکه خداوند توبه مرا قبول نماید.

۳-۳- عقل

برای مشروعیت داوری به حکم عقل با چند بیان استدلال شده است.

۱- افراد بر سرنوشت خود اختیار داشته و برای استیفای حقوق خویش ولایت دارند. استفاده از این ولایت، متوقف بر امکان برخورداری حق انتخاب داور است. انتخاب داور از سوی افراد، از باب ولایت انسان در استیفای حقوق خویش است و بدون حق انتخاب داور برای انسان‌ها، استیفای حقوق ممکن نیست.

۲- محدود کردن حل اختلافات به شیوه قضاوت و عدم جواز داوری، موجب عسرو حرج در میان مسلمانان می‌شود، زیرا برای بسیاری از افراد، به‌ویژه در مناطق دوردست، مراجعه به قاضی ممکن نیست و یا مشقت‌آور است (دوری قحطان، ۱۴۰۵، ۸۴ و ۱۰۵).

۴-۳- اجماع

از دلایل مهم مشروعیت داوری، اجماع است. شیخ طوسی بر جواز داوری ادعای اجماع نموده است: «اذا تراضی نفسان برجل من الرعیه یحکم بینهما، وسألاه الحکم بینهما، کان جائزاً بلاخلاف، فاذا حکم بینهما لزم الحکم و لیس لهما بعد ذلک خیار» (طبرسی، ۱۹۹۲، ۸۰۷) طبق این تعریف برای داوری دو رکن اساسی

در نظر گرفته شده است و آن دو عبارتند از عمل حقوقی طرفین در توافق بر انتخاب داور و اقدام به انشاء حکمی که الزام آور نیز می باشد در مسالک و کفایه نیز ادعای عدم اختلاف شده است. (مصباح عاملی، ۱۹۹۶: ۴)

۴- مقایسه داورى با نهادهای مشابه داورى

داورى از برخى جهات مشابه قضاوت، از جهات ديگر مانند میانجیگری و ساير طرق حل و فصل اختلاف می باشد. پس لازم است مقایسه ای بین مفهوم داورى و مفاهیم مشابه به عمل آید تا تعیین حدود و ثغور آن امکان پذیر گردد.

۴-۱- مقایسه داورى با رسیدگی قضایى

داورى از بعضى جهات شبیه قضاوت (رسیدگی قضایى) می باشد. بدین معنی که در هر دو، شخصى اقدام به صدور رأى و اظهارنظر قضایى می کند. بدین معنی که رأى وی جهت حل و فصل یک اختلاف صادر می شود و مثل رأى قاضى پس از صدور غیرقابل تغییر است و به صورت خاص و جزئى صادر می گردد. بدین معنی که صرفاً ناظر به همان دعوائى است که در آن تعیین داور شده است. از لحاظ لازم الاتباع بودن رأى صادرشده نیز بین این دو شباهت تام وجود دارد، بدین معنا که رأى داور نیز مانند رأى قاضى لازم الاجراست. شیخ طوسى در مبسوط معتقد است که داور نیز باید همانند قاضى دارای کمال، عدالت و اجتهاد باشد. زیرا با توافق طرفین به قضاوت داور، وی نیز شبیه قاضى می شود و بنابراین باید صفات وی را داشته باشد (شیخ طوسى، م. ۱۴۱۹ه. ق ۱۶۵) امتیازات داورى نسبت به دادرسى در دادگاه ها باعث شده که داورى به شدت در تجارت بین الملل مقبولیت یابد. برخلاف آرای قضایى، اجرای آرای داورى در ساير کشورها از پذیرش زیادى برخوردار است (شیروى، ۱۳۹۱، ص ۵۰)

بااین حال نمی توان به تفاوت های داورى و قضاوت بی اعتنا بود. داورى تأسیسى است که ارتباط تام به توافق طرفین و ذوق آنها دارد. اساس داورى توافق طرفین است و به رغم وجود برخى مقررات ناظر به داورى اجبارى و داوران اجبارى هنوز هم این توافق طرفین است که به داورى و داوران صلاحیت اعطاء می کند، درحالى که در قضاوت این قانون است که صلاحیت محاکم و حاکم را معین می سازد. حتى گاهى توافق طرفین مبنی بر عدم مراجعه به دادگستری را باطل می شمارد. طرفین هر لحظه می توانند با تراضی داور رسیدگی کننده را تغییر دهند، درحالى که در قضاوت به مفهوم مصطلح خود چنین اختیاری متصور نیست. به رغم وجود برخى مقررات ناظر بر صلاحیت داور در نهایت این طرفین هستند که بر صلاحیت داور صحه

می‌گذارند، درحالی‌که درخصوص قاضی، دولت (یا شارع) است که صلاحیت قضاوت را اعطا می‌نماید، قاضی نیاز به اذن در قضاوت دارد و صلاحیت شخص او، باید در کمیسیون گزینش قضاوت پس از سیر مراحل مختلف احراز و تأیید گردد. درحالی‌که داور چنانچه دارای اهلیت قانونی باشد و واجد شرایط باشد به داوری انتخاب می‌شود (محمدی خورشیدی، م. ۱۳۹۰، ص ۲۶)

همچنین رأی داور دست‌کم در برخی موارد می‌تواند مستند به عدل و انصاف یا به صورت کدخدا منشانه باشد (بند ۲ ماده ۲۷ ق.د.ت.ب) درحالی‌که رأی قاضی درهرحال مستند به قانون، منابع معتبر اسلامی یا اصول حقوقی است که مغایر موازین شرعی نباشد (ماده ۳ ق.آ.د.م). قاضی باید جریان دادرسی را بر اساس قانون آیین دادرسی مربوطه اداره نماید (ماده ۱ ق.آ.د.م.ف) درحالی‌که داور اصولاً تکلیفی در رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد (ماده ۴۷۷ ق.آ.د.م) و صرفاً باید اصول دادرسی را رعایت نماید (کریمی، ع. پرتو، ح، ۱۳۹۱، ص ۲۷)

تفاوت دیگر به محرمانه بودن داوری برمی‌گردد. ماهیت قضایی داوری، لزوم حمایت از استقلال داور ایجاب می‌نماید تا جریان داوری محرمانه بماند. البته اصل محرمانه بودن داوری در مرحله اعتراض به رأی یا در دعاوی که مرتبط به اموال یا مصالح عمومی می‌باشد مراعات نمی‌گردد (خزاعی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۱) ولی در قضای دولتی اصل برعلنی بودن محاکمات است (ماده ۱۰۱ ق.آ.د.م و ماده ۱۸۸ ق.آ.د.ک). ذات داوری به نحوی است که در غالب موارد طرفین تمایلی به افشای اختلاف ندارند، این امر به‌ویژه در مورد اختلافات شرکت‌های تجاری و کلاً اختلافاتی که به شهرت و اعتبار شرکت‌های تجاری مربوط است یا اینکه علنی بودن دادرسی ممکن است به افشای اسرار تجاری دچار بیانجامد صادق است. همین خصیصه غیرعلنی بودن محاکمه انگیزه بسیاری از اشخاص در مراجعه به داوری است.

۲-۴- مقایسه داوری با میانجی‌گری و تمیز آن‌ها از یکدیگر

داوری از میانجی‌گری نیز باید تفکیک شود. میانجی‌گری روشی است که طرفین اختلاف با پادرمیانی و مساعدت شخص ثالثی مشکلات و اختلافات موجود را حل و فصل می‌کند. مهم‌ترین مشخصه این روش دخالت، وساطت و مساعدت شخص یا اشخاص ثالث در انجام مذاکرات بین طرفین اختلاف است. (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۶۷) راه حلی که میانجی پیشنهاد می‌کند باید مورد قبول اشخاص ذینفع قرار گیرد و تا زمانی که طرفین راه حل مزبور را قبول نکرده باشند برای آنان الزام‌آور و لازم‌الاجراء نخواهد بود. درحالی‌که تصمیم داور برای طرفین بدون نیاز به پذیرش آن الزامی است (محمدی خورشیدی، م. ۱۳۹۰، ص ۲۶). داور رأیی

صادر می‌کند که براساس مفاد مواد ۴۸۸ و ۴۹۳ ق.آ.د.م لازم‌الاتباع بوده و لازم‌الاجراست. بدین معنی که رأی داور تا زمانی که نقض نشده است لازم‌الاجراء بوده و مطابق مقررات قانونی مربوط به اجرای احکام محاکم به موقع اجراء گذارده می‌شود، ولی در میانجی‌گری، شخص میانجی بیشتر در مقام صلح و سازش است تا فصل خصومت. بنابراین اصولاً صدور رأی از جانب وی منتفی است. به علاوه نظر وی فاقد قدرت اجرایی بوده و طرف ذینفع نمی‌تواند اجرای نظر وی را از دادگاه بخواهد. همچنین داوری در قوانین موضوعه یک نهاد حقوقی تلقی شده و دارای احکام و آثار خاص است، ولی چنین امری در مورد میانجی‌گری (دست‌کم در حقوق ایران) صادق نمی‌باشد (کریمی، ع. پرتو، ۱۳۹۱، ص ۳۵) داور بیشتر به دنبال یک راه حل حقوقی است ولی در میانجی‌گری تلاش بر پیدا کردن راه حلی است که مورد قبول هر دو طرف اختلاف باشد. تفاوت دیگر به نقش مصلحت‌اندیشی برمی‌گردد. میانجی سعی می‌کند تا راهی را پیشنهاد کند که غیر از جنبه حقوقی آن به صرفه و صلاح طرفین باشد، ولی در داوری اهمیتی به این قضیه داده نمی‌شود. در مورد هزینه‌ها نیز تفاوت زیادی بین این دو وجود دارد.

اگر چه در برخی مقررات (برای نمونه در مقررات مربوط به طلاق) نوعی از میانجی‌گری پیش‌بینی شده است، ولی نمی‌توان میانجی‌گری را روشی عمومی در حل و فصل منازعات دانست، در ماده ۱۴ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ وظیفه اول انجمن حمایت از مصرف‌کنندگان کمک به حصول سازش عنوان شده است بر اساس این ماده «به منظور تسهیل و تسریع در رسیدگی به تخلفات و در راستای استیفاء حقوق مصرف‌کنندگان، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان می‌توانند شکایات واصله از افراد حقیقی و حقوقی را در حدود موارد مذکور در بندهای (۲)، (۳) و (۴) ماده (۱۲) این قانون بررسی نموده و در صورت عدم توافق طرفین (شاکی و مشتکی عنه) یا جهت رسیدگی قانونی به سازمان تعزیرات حکومتی ارجاع نمایند». رأی داور براساس مفاد مواد ۴۸۸ ق.آ.د.م لازم‌الاتباع است و مطابق مقررات مربوط به اجرای احکام به اجرا گذارده می‌شود. ولی شخص میانجی بیشتر در مقام صلح و سازش است تا فصل خصومت، داوری یک نهاد حقوقی تلقی شده و دارای احکام و قوانین خاص خود است ولی در میانجی‌گری در حقوق ایران این طور نیست. در میانجی‌گری، فرد میانجی دنبال راه حلی است که مورد قبول هر دو باشد. اما داور براساس یک راه حل حقوقی اقدام می‌کند. همچنین، در داوری به نقش مصلحت‌گرایی توجه نمی‌شود اما این درحالی است که در میانجی‌گری غیر از جنبه حقوقی سعی می‌شود به صرفه و صلاح دو طرف هم توجه شود. بحث هزینه‌ها هم یکی از مسائلی است که بین این دو نهاد متفاوت است. چرا که در میانجی‌گری مستلزم هزینه پایین‌تری می‌باشند.

به طور خلاصه تفاوت‌های این دو نهاد شامل موارد زیر است:

۱- از لحاظ لازم‌الاجرا بودن

۲- نوع نهاد حقوقی

۳- نقش مصلحت

۴- بحث هزینه‌ها

داور نمی‌تواند دعوا را به صلح و سازش ختم کند مگر اینکه چنین اختیاری داشته باشد در این صورت چنانچه از این اختیار استفاده کند میانجی و اگر با توسل به اصول حقوقی اقدام به صدور رأی کند داور تلقی می‌شود (کریمی، ۱۳۹۲، ص ۴۰)

اما این نظر قابل نقد است:

چرا که داور تکلیف ندارد که از این اختیار استفاده کند ولی اگر استفاده کرد باز هم عنوان داوری را دارد. چرا که دو طرف قصد صلح دارند و از حقوق خود تا حدی کوتاه آمده‌اند و چون خودشان به نتیجه نمی‌رسند به داور می‌دهند داور فصل خصومت می‌کند و در این جا سازش در کنار خصومت است. البته داور باید به اختیار خود مبنی بر اجازه صلح و سازش در حکم اشاره کند چرا که رأی داور مفاد ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی باید موجه و مستدل باشد، اما دکتر قدرت الله واحدی ذیل ماده ۴۸۳ ق.ا.د.م سؤالی را مطرح کرده، اگر طرفین اختلاف به داور، حق صلح و سازش داده باشند و با تفویض چنین حقی به او حق هرگونه اعتراض را از خود سلب کنند، آیا می‌توانند هر کدام برحسب مورد نسبت به نظریه داور اعتراض کنند و این اعتراض پذیرفتنی است یا خیر؟

در پاسخ دفتر حقوقی وزارت دادگستری به شرح زیر اعلام کرده تعیین داور با حق صلح و سازش مانع از آن نیست که در ظرف مدت قانونی به رأی داور اعتراض شود و ماده ۴۸۹ شامل موردی هم که داور حق صلح و سازش داشته است می‌شود و داور را نمی‌توان مصدق دانست.

رند دیوید: داوری از سازش دادن نیز باید تفکیک شود زیرا بین داوری و سازش دادن اختلاف اساسی وجود دارد راه حلی که سازش‌دهنده یا میانجی پیشنهاد می‌کند مورد قبول اشخاص ذینفع قرار گیرد و تا زمانی که طرفین راه حل مزبور را قبول نکرده باشند برای آنان الزامی و لازم‌الاجرا نخواهد بود درحالی که تصمیم داور برای اشخاص ذینفع بدون نیاز به پذیرش آن الزامی است (صفایی، ۱۳۷۷، ص ۷۰)

دکتر مرتضی نصیری: به هر حال صلح‌نامه لازم نیست که موجه و مدلل صادر شده باشد زیرا ماده ۴۸۳

اشاره به دلیل نشده، مضافاً بر آن گاهی ذکر دلیل مباین با ماهیت صلح‌نامه است (نصیری، ۱۳۸۷، ص ۲۴۹)

۳-۴- مقایسه داوری با کارشناسی و تمییز آن‌ها از یکدیگر

یکی از مفاهیم نزدیک به داوری، مفهوم کارشناسی است. کارشناسی یکی از وسایلی است که اصحاب دعوی می‌توانند برای اثبات ادعای خود به آن متوسل شوند. در قراردادهای تجاری بین‌المللی، طرفین ترجیح می‌دهند که برخی از مسائل و مشکلات را به جای ارجاع به داوری یا دادگاه از طریق ارجاع به کارشناسی حل‌وفصل کنند. این مسائل عمدتاً جنبه فنی و حرفه‌ای دارد و مستلزم اظهارنظر حقوقی و قضایی نیست. در قرارداد قید می‌شود که چنانچه در مورد حساب‌ها بین طرفین اختلاف بروز کند، نظر یک سازمان حسابرسی بین‌المللی اخذ شود. (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۶۰) کارشناس شخصی است که به مناسبت علم، شغل یا کسب خود دارای معلومات لازم بوده و اظهارات او درخصوص موضوع مورد ارجاع می‌تواند مبنای تصمیم‌گیری قاضی یا داور واقع شود. (محمدی خورشیدی، م، ۱۳۹۰، ص ۲۶) کارشناسی تحقیقی است که دادگاه، به منظور تمییز حق یا تمهید مقدمات آن به عهده شخص صلاحیت‌داری به نام کارشناس می‌نهد و از او می‌خواهد که اطلاعات فنی و حرفه‌ای را که در دسترس دادگاه نیست در اختیار دادرس قرار دهد یا اعتقاد و استنباط خود را از قرائن فنی بیان کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، صص ۳۱۷-۳۱۸) ماده ۲۵ ق.د.ت.ب مقرر می‌کند: «داور می‌تواند در مواردی که لازم بداند موضوع را به کارشناسی ارجاع کند...». ماده ۴۷۶ ق.آ.د.م نیز به اختیار داور در ارجاع امر به کارشناس اشاره دارد. براساس این ماده داوران نیز می‌توانند... اگر برای اتخاذ تصمیم جلب نظر کارشناس ضروری باشد، کارشناس انتخاب نمایند». در این دو قانون تعریفی از کارشناسی نشده و حتی موارد رجوع به آن هم مشخص نشده است. از مواد ۲۵۷ به بعد ق.آ.د.م و نیز از مفهوم کارشناسی چنین برمی‌آید در مواردی که اظهارنظر قضایی موکول به داشتن دانش تخصصی باشد به کارشناسی مراجعه می‌گردد. کارشناس صرفاً در مورد مسائل موضوعی اظهارنظر می‌کند (کریمی، ۱۳۸۶ ص ۱۷۲) و در خصوص نتایج این موضوعات نمی‌تواند اظهارنظر کند (شمس، ۱۳۸۶، ص ۳۰۸)

بنابراین به نظر من با توجه به توضیحات مذکور کار داور نتیجه‌گیری از مسائل موضوعی است. او مانند قاضی اظهارنظر قضایی می‌کند و رأی وی به خودی خود دارای قدرت اجرایی است، درحالی‌که اعتبار نظر کارشناس موکول به مطابقت آن با اوضاع و احوال محقق قضیه و پذیرش کارشناسی از سوی دادرس است البته به استناد (ماده ۲۶۵ ق.آ.د.م).

همچنین نظر به ماهیت کارشناسی، کارشناس نمی‌تواند نظر خود را مستند به عدل و انصاف نماید بی‌آنکه در جهت صلح و سازش طرفین اقدامی نموده یا آنکه قاضی چنین امری را به وی محول نماید (ماده ۲۴۰ ق.آ.د.م.ف) ولی داور می‌تواند دست‌کم در موردی که طرفین چنین اجازه‌ای به وی داده باشند رأی خود

را براساس عدل و انصاف صادر کند (بند (۳) ماده (۲۷) ق.د.ت.ب و ماده ۱۴۹۷ ق.آ.د.م.ف (کریمی، ع. پرتو، ح، ۱۳۹۱، ص ۴۰)

ماهیت کارشناسی در جایی به مفهوم داوری نزدیک می‌شود که طرفین شخصی را به عنوان کارشناس تعیین نمایند و نظر وی را در رابطه با یک امر فنی و تخصصی لازم‌الرعایه قلمداد نمایند. به عنوان مثال در رابطه با مطابقت کارخانه خریداری شده با مشخصات مندرج در قرارداد، اگر متعاقدین فرد یا مؤسسه‌ای را به عنوان کارشناس مرضی‌الطرفین تعیین نمایند، نظر وی برای آنان و حتی برای دادگاه در رابطه با این امر موضوعی (مطابقت یا عدم مطابقت با قرارداد) لازم‌الاتباع است و آراء مستند به این نظریه کارشناسی قابلیت تجدید نظرخواهی (تبصره ماده ۳۳۱ ق.آ.د.م) و قابلیت فرجام خواهی (بند ۲ ماده ۳۶۹ ق.آ.د.م) ندارد. باوجوداین هیچ‌گاه نظر کارشناسی مانند نظر داور بدون وجود رأی قضایی و داوری قابل اجراء نیست. کارشناس الزام‌آور نیست و بستگی به توافق طرفین دارد درحالی‌که رأی داور لازم‌الاجراست (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۶۰) داوری سبب عدم صلاحیت دادگاه در ورود به دعوی است اما پیش‌بینی کارشناسی، به معنای عدم صلاحیت دادگاه نیست. البته نباید از نظر دور داشت که طرفین هر چند الزامی به پذیرش نظر کارشناس ندارند اما به قرارداد حاوی کارشناسی ملزم هستند (خدابخشی، ۱۳۹۱، ص ۵۰)

باین‌وجود، مشابهت‌هایی بین داوری و کارشناسی وجود دارد. در هر دو در خصوص موضوع منازعه اظهارنظر می‌شود، هر دو ممکن است مبتنی بر توافق طرفین باشند و داور و کارشناس هم توسط طرفین انتخاب گردند. طرفین می‌توانند مانند داور، کارشناس را با توافق یکدیگر عزل نمایند (ماده ۲۶۸ ق.آ.د.م). همچنین در حالت‌های خاصی مراجعه به داوری و کارشناسی به ابتکار دادگاه آغاز می‌شود. گاهی دیده می‌شود که در قراردادهای اداری شرطی مبنی بر ارجاع اختلافات آتی به داوری گنجانده می‌شود و در ضمن نظر کارشناس یا هیأت کارشناسی قاطع اختلاف قرار داده می‌شود. دراین‌رابطه باید گفت چنین شرطی نیز در حکم داوری یا صلح دعوی خواهد بود که دست‌کم در خصوص اموال عمومی و دولتی مشمول منع اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد. نمونه این موضوع در پیمان‌ها دیده می‌شود. در این گونه قراردادهای روش دوم حل اختلاف که در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان پیش‌بینی شده است، مراجعه به کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب می‌باشد (کریمی، ع. پرتو، ح، ۱۳۹۱، ص ۴۳)

کارشناسی تحقیقی است که دادگاه به منظور، تمیز حق یا تمهید مقدمات آن به عهده شخص صلاحیت‌داری به نام کارشناس می‌نهد و از او می‌خواهد که اطلاعات فنی و حرفه‌ای را که در دسترس دادگاه نیست در

اختیار دادرس قرار دهد یا اعتقاد و استنباط خود را از قرائن علمی و فنی بیان کند (کاتوزیان، ۳۸۲، صص ۳۱۷)

۴-۴- مقایسه داورى با مفهوم وکالت و تمییز آن‌ها از یکدیگر

برخی از اساتید رشته حقوق گفته‌اند که قرارداد داورى مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، نوعی وکالت است (بازگیر ۱۳۸۲، ص ۱۰۴) ولی می‌توان گفت بین داورى و وکالت تفاوت‌های زیادی وجود دارد، زیرا داور وکیل کسانی نیست که او را به داورى برگزیده‌اند. وکیل موظف به رعایت صلاح و غبطه موکل خویش است درحالی‌که داور مأمور دادرسی و حق‌گذاری است و وظیفه‌ای در جهت رعایت صلاح و غبطه افرادی که او را به داورى انتخاب نموده‌اند ندارد. وکیل به نیابت از طرف موکل خود اقدام می‌کند درحالی‌که داور در مقابل اصحاب دعوی شخصیت مستقل دارد (محمدی خورشیدی، م، ۱۳۹۰، ص ۲۶) داور رأی صادر می‌نماید و به دستور دادگاه، لازم‌الاجراء می‌باشد، اما وکیل در حدود نمایندگی، عمل حقوقی انجام می‌دهد و نتیجه اقدام او تنها متوجه موکل می‌شود، بدون اینکه لازم‌الاجراء باشد و بنابراین باید براساس آن اقدام به طرح دعوی در دادگاه نمود (خدابخشی، ۱۳۹۱، ص ۳۶)

وکالت و داورى تفاوت‌های اساسی دارند از نظر تحقق، جوهره وکالت با نمایندگی عجین شده است و قواعد آن را با این نظریه تحلیل می‌کنند اما جوهره داورى نمایندگی نیست و تسلط است و قواعد آن را با این نظریه تحلیل می‌کنند و ریشه در قانون و حاکمیت نیز دارد در وکالت، امری را می‌توان اعطا نمود که اصیل از عهده آن برآید درحالی‌که می‌دانیم، قضاوت از شئون خاص است و خود اصیل نمی‌تواند در این خصوص دخالت نماید، این در حالی است که قضاوت از طریق داورى به شخص حقوقی واگذار می‌شود. از لحاظ آثار هم تفاوت دارند، اولاً داور رأی صادر می‌نماید و به دستور دادگاه، لازم‌الاجراء می‌باشد اما وکیل در حدود نمایندگی عمل حقوقی انجام می‌دهد و نتیجه اقدام او تنها متوجه موکل می‌شود بدون اینکه لازم‌الاجراء باشد.

ثانیاً، اقدام داور برای حل و فصل اختلاف است ولی غایت اقدام وکیل، منصرف از این مقصود است (خدابخشی، ۱۳۹۱، ص ۳۷)

تمایز داورى و وکالت در رویه قضایی هم به چشم می‌خورد ممکن است در قرارداد آمده باشد که هیأتی (به نمایندگی از طرفین) اقدام به حل اختلاف می‌نماید در این صورت نباید این هیأت را وکلای طرفین دانست بلکه منظور از نمایندگی، تعیین شخص یا اشخاصی به عنوان داور است.

۵-۴- تمییز داوری از قاضی تحکیم

این مفهوم در قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷ به کار رفته است، اصطلاحی است که ریشه در فقه دارد، قاضی تحکیم، فردی جامع شرایط قضاوت ولی غیرمنصوب از ناحیه متولی قضاست که توسط طرفین دعوا برای دادرسی برگزیده می‌شود.

تفاوت این دو نهاد این است که برخی از فقها مراجعه به قاضی تحکیم را در دوران غیبت جایز نمی‌دانند. چرا که با عنایت به اینکه در قاضی به طور مطلق اجتهاد را شرط می‌دانند، لذا وجود قاضی تحکیم را در عصر غیبت منکر شده‌اند. چرا که در صورت قائل شدن به اجتهاد به معنای منصوب بودن است، و یکی از شرایط قاضی تحکیم، غیرمنصوب بودن است (نجفی، ۱۴۱۲، ه. ق، ص ۱۲۹) تفاوت دیگر، در حوزه‌های قضاوت این دو است، به عقیده برخی از فقها، قضاوت قاضی تحکیم در برخی از امور مانند نکاح، قذف، لعان، قصاص، جایز نیست و برخی دیگر مثل شهید ثانی قضاوت قاضی تحکیم را فقط در حق الناس پذیرفته‌اند. البته در خصوص داوری هم این مسائل از آنجا که از مصادیق اعمال حاکمیت دولت است، قابل پیگرد توسط داوری نیست.

دکتر کریمی عقیده دارند که بین داوری و قضاوت قاضی تحکیم تفاوت وجود ندارد و تفاوت‌هایی هم که ذکر شد در رابطه با شرایط قاضی تحکیم نمی‌تواند وجه فارقی بین او و داور باشد و در حقیقت هر دو قاضی منتخب طرفین دعوایند و نقش اراده خصوصی افراد و عدم وابستگی مستقیم به نظام حکومتی ماهیت آن دو را آن چنان به هم پیوند داده که به نظر ما باید داوری همان قضاوت قاضی تحکیم در فقه به شمار آید. همچنین در قانون تشکیل دادگاه‌ها، در ماده ۶ قاضی تحکیم را همان داور دانست بعد از آن در سال ۷۴ بخشنامه‌ای شد که در مورد رجوع به قاضی تحکیم، دادگاه‌ها مکلف در آماده کردن مکان و تابع تشریفات داوری و قضاوت باشند و با استفاده از منابع فقهی و حقوقی موجود از مزایای داوری استفاده کنند؛ البته هرچند از نظر هدف و بسیاری از جهات به هم شبیه‌اند. ولی دارای تفاوت‌های زیادی‌اند:

- ۱- با توجه به موارد قانون آیین دادرسی مدنی داوری یک نوع قرارداد است که در مورد مسائل حقوقی کارساز است اما قاضی تحکیم به عقیده برخی هم در دعاوی حقوقی و هم کیفری کارساز است.
- ۲- در مورد داور، منعی جهت اینکه داور شخصیت حقوقی باشد وجود ندارد اما در مورد قاضی تحکیم باید گفت، فقط باید شخص حقیقی باشد.

۳- در داوری اصل بر صلاحیت، همه افراد در به عهده گرفتن آن است و ضرورتی ندارد دارای شرط‌های قاضی تحکیم باشد، مگر شرط بلوغ و عقل که از جمله شروط اصلی است لذا زن می‌تواند عهده‌دار منصب داوری باشد.

باین وجود باید گفت، بین داوری و نهاد قضاوت قاضی تحکیم در فقه تطابق کامل وجود ندارد اما می‌توان آن را نزدیک‌ترین نهاد به داوری در حقوق دانست.

۴-۶- مزایای داوری در مقایسه با دادگاه‌های دادگستری

به طور کلی انگیزه‌های رجوع به داوری و قضات را می‌توان این‌گونه برشمرد:

در داوری رضایت هر دو طرف برای رجوع به داور لازم است. اما برای رجوع به دادگاه‌های دادگستری طرح دعوا از جانب یکی از دو طرف کافی است. پشتوانه آراء صادرشده از محکم دادگستری، اجرای احکام حقوقی و کیفری دادگستری است. درحالی‌که ضمانت اجرای آرای داوری بیشتر به طرفین بستگی دارد. باین همه، چنانچه محکوم‌علیه رأی داوری طوعاً آن را اجرا نکند، مقررات خاصی برای اجرای آراء داوری وجود دارد. چون داور از تشریفات مقرر در آیین دادرسی مدنی معاف است. بنابراین سرعت رسیدگی بیشتر از رسیدگی قضایی در دادگاه است.

هزینه دادرسی دعاوی در دادگستری به تناسب ارزش خواسته است. و در زمان ارائه دادخواست باید پرداخت شود. درحالی‌که هزینه رسیدگی در داوری‌ها با تراضی تعیین می‌شود و در داوری‌های سازمانی تابع جدول خاصی است که در مجموع کم هزینه‌تر است. در دادگستری، قضات از طرف دولت منصوب شده‌اند و از دولت حقوق می‌گویند، درحالی‌که داوران را طرفین دعوا تعیین می‌کنند. داوران معتمد طرفین هستند و در نظر آن‌ها گاه در موضوع دعوا از تخصص فنی نیز برخوردارند، درحالی‌که قضات دادگستری لزوماً تخصص فنی ندارند و اغلب متخصص در امور حقوقی هستند.

داوری، جنبه خصوصی دارد و اصل علنی بودن رسیدگی در آن‌ها رعایت نمی‌شود و ازاین‌رو، برای تجار بهترین سیستم برای حل و فصل دعاوی است، چون اسرار تجاری آن‌ها حفظ می‌شود، درحالی‌که در دادگستری اصل بر علنی بودن رسیدگی است. قاضی ناگزیر است مقررات قانونی را اجرا کند و گاه امکان خروج از حاکمیت قانون را ندارد و درحالی‌که داوران این اجازه را دارند که به اصول کلی حقوقی، انصاف یا عرف تجاری نیز مراجعه کنند. در داوری‌ها به حل دوستانه اختلاف توجه بیشتری می‌شود و فضای رسیدگی در داوری بیش از آنکه ترافعی و تنازعی باشد، دوستانه است. به همین لحاظ در داوری ممکن است هر دو طرف

راضی باشند. این برای تجار بهتر است چون نمی‌خواهند اختلافات آن‌ها عمیق شود و دوست دارند موضوع زودتر دوستانه‌تر حل شود.

در صورتی که قرارداد موضوع اختلاف با ابهام یا نقص یا خلاء مواجه باشد و محتاج تعدیل باشد، قاضی دادگاه اجازه ندارد شرایط قرارداد را تغییر دهد یا آن را تعدیل کند (مگر در شرایط خاص در نظام حقوق عرفی). اما در داوری‌های تجاری چنانچه طرفین حق سازش را به داور داده باشند، داوری می‌تواند به تعدیل شروط قراردادی رأی دهد و به کمک تفسیر حاصل از قرارداد و عرف تجاری اختلاف را حل کند.

بدون شک داوری همچون روش حل اختلاف خصوصی و خارج از دادگاه از مزایای متعددی در مقایسه با رسیدگی در دادگاه‌های دولتی برخوردار است. متخصصان داوری به‌ویژه بر سرعت و کم‌هزینه بودن و نیز انعطاف‌پذیری مبنای حقوقی حکم داوری) داوری بر مبنای قانون و داوری بر مبنای کدخدانمشی^۳ تأکید دارند. با این حال، رجوع به داوری همواره مطلوب نیست. در قراردادهای درازمدت به‌ویژه در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، مراجعه مستقیم به داوری اساساً پاسخگوی نیازهای قراردادی طرفین نیست. در این گونه قراردادهای که غالباً دارای پیچیدگی‌های فنی و فناوریانه خاص هستند نه تنها دعوی اصولاً متعذرند، بلکه اکثر قریب به اتفاق آن‌ها نیز جنبه فنی و تکنیکی دارند و کمتر دارای جنبه حقوقی صرف هستند. بدیهی است در چنین قراردادهایی، رجوع به داوری با سرعت لازم برای انجام تعهدات موضوع قرارداد منافات دارد. در واقع اگر قرار باشد هر بار که دعوایی بین پیمانکار و کارفرما حادث می‌شود موضوع بلافاصله به داوری ارجاع شود، اجرای قرارداد ممکن است در انتظار رأی داوری ماه‌ها، بلکه سال‌ها به تعویق بیفتد. از سوی دیگر همان‌طور که گفته شد با توجه به جنبه فنی اغلب دعوای پیمانکاری بین‌المللی، حتی اگر موضوع به داوری ارجاع شود در صورتی که داور در زمینه موضوع دعوا تخصص نداشته باشد ناگزیر از مراجعه به یک کارشناس یا اهل فن خواهد بود و مسلماً چنین امری مستلزم صرف وقت و هزینه اضافی است.

به منظور پاسخگویی به مقتضیات قراردادی و امتناع از کاستی‌های داوری، تنظیم‌کنندگان قراردادهای نمونه پیمانکاری بین‌المللی و برخی از سازمان‌های تجارب بین‌المللی، نظیر اتاق بازرگانی بین‌المللی^۴ به روش‌های جانشین داوری روی آورده‌اند شهرت دارند عمدتاً پیش از رجوع «روش‌های جانشین حل اختلاف»^۵ این روش‌ها که امروزه به داوری مورد استفاده طرفین دعوا قرار می‌گیرند. البته ذکر این نکته ضروری است

^۱ - arbitrage en droit

^۲ - arbitrage en amiable composition

^۴ - international chamber of commerce

^۵ - alternative dispute resolution (ADR) modes alternatifs règlement des conflits (MARC)

که روش‌های جانشین حل اختلاف بسیار متعدد هستند، ولی آن دسته از روش‌هایی که در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرند به سه دسته تقسیم می‌شوند: روش‌های منتهی به راه حل‌های موقت اجباری، نظیر رجوع به، سازش و میانجی‌گری^۱ (دستور، مهندسان مشاور) فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور^۲ و کمیته حل اختلاف موقت پیش از داوری از میان این روش‌ها سازش و میانجی‌گری شبه‌داوری تلقی نمی‌شوند، زیرا منظور از نهادهای شبه‌داوری نهادهایی هستند که در آن‌ها، ثالثی حل اختلافات ناشی از قرارداد را به عهده می‌گیرد و همانند داور رأی صادر می‌کند که به طور موقت تا زمان مراجعه طرفین به داوران یا دادگاه‌های دولتی لازم‌الاجرا هستند، با این تفاوت که رأی داوری اصولاً قطعی و لازم‌الاجراست، حال آنکه رأی که توسط ثالث در چارچوب نهاد شبه‌داوری صادر می‌شود ممکن است توسط داور یا دادگاه دولتی نقض شود و الزام‌آور بودن آن موقتی است. مطالعه رابطه بین سایر نهادهای شبه‌داوری و نهاد داوری از آنجا که همگی از روش‌های حل دعاوی خارج از دادگاه به شمار می‌آیند اهمیت دارد. این رابطه از دو حیث قابل بررسی است. نخست باید دید جایگاه هر یک از این راه‌حل‌ها در مجموعه سیستم حل اختلاف قراردادهای پیمانکار بین‌المللی کدام است. به عبارت دیگر باید وجوه اشتراک و افتراق روش‌های شبه‌داوری و داوری را جستجو کرد.

۵- نتیجه‌گیری :

چنانچه در این مقاله ذکر شد داوری به خاطر توافقی که در آن طرفین دعوا در انتخاب داور و قوانین حاکم بر آن با هم می‌کنند دارای خصوصیتی انعطاف‌پذیر می‌باشد که در قالب آن می‌توانند به راه حلی برای پایان دادن به اختلاف فی‌مابینشان دست یابند، و این ویژگی باعث شده است که این شیوه در دعاوی بین اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی بسیار کارساز واقع شود چون در آن طرفین می‌توانند از چهارچوب دادرسی‌های کلاسیک که می‌تواند بسیار طولانی‌تر و پرهزینه‌تر باشند رهائی یابند و همچنین گرفتار قوانین سختگیرانه دادرسی‌های دادگاه‌های رسمی نشوند ولی این توافقی بودن به این معنا نیست که طرفین می‌توانند یک ساختار جدیدی ایجاد کنند که بتوانند در قالب آن به یک قانون‌گزینی دست بزنند بلکه داوری با تمام شرایط توافقی‌اش باید قانون‌مدار باشد و در چارچوب مقررات و قوانین صورت گیرد که بر آن به توافق رسیده‌اند و این خود باعث می‌شود که آن‌ها ملزم باشند به قوانینی که مربوط به نظم عمومی جامعه می‌شود بی‌تفاوت نباشند و خود را مقید به رعایت این موازین کنند. امروزه در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی،

^۱- conciliation, mediation

^۲- Fédération Internationale des Ingénieurs conseil

نهادهای شبه‌داوری از اهمیت بسیار برخوردار هستند. مراجعه به این نهادها از یکسو با مدت زمان طولانی لازم برای اجرای قراردادهای بین‌المللی ساخت و از سوی دیگر با ماهیت پیچیده فنی و حقوقی این‌گونه قراردادهای فنی دعاوی ناشی از آنها قابل توجیه هستند. بالاخره با جنبه عمدتاً فنی دعاوی ناشی از آنها قابل توجیه هستند. مراجعه مستقیم به داوری نمی‌تواند توقعات طرفین دعاوی قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی را به شرحی که گذشت برآورده سازد. به عبارت دیگر، در سیستم حل اختلاف قرار دادهای پیمانکاری بین‌المللی، نقش خاصی برای هر یک از نهادهای پیش از داوری و یا شبه‌داوری و داوری در نظر گرفته شده است که با وضعیت خاص این قرار دادهای هماهنگی کامل دارد. باین‌حال، قرار دادهای مورد بحث به هیچ وجه مراجعه به داوری را ممنوع و متفی نمی‌سازند، بلکه آن را موکول به سپری کردن مرحله پیش از داوری و رجوع به نهادهای شبه‌داوری می‌کنند. از طرف دیگر، لزوم مراجعه به نهادهای شبه‌داوری مطلق نیست، زیرا طرفین قرارداد همان‌طور که گفته شد، تحت شرایطی می‌توانند شروط ناظر بر این نهادها را نادیده گرفته، به داوری مراجعه کنند.

منابع و مآخذ

قرآن کریم

الف) بخش عربی :

ابن قدامه، عبدالله، (بی تا)، **المغنی**، بیروت: دارالکتب العربی، چاپ اول، جلد ۱۱، ص ۴۸۴

بازگیر، ی. (۱۳۸۲). **صلاحیت داوری**. چاپ دوم. تهران: انتشارات بازگیر (چاپ دریا)

تبریزی، جواد بن علی، بی تا، **اساس الاقضا و الشهادات** قم: دفتر مولف

خزاعی، حسین، ۱۳۸۲، **مصونیت قضائی و اجرایی در حقوق کامن لا**، بی جا، شماره ۳۴

دوری قحطان، عبدالرحمن، (۱۴۰۵) **عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی**، ج ۱، الاحیاء التراث، بغداد

طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن (۱۹۹۲) **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، ج ۱، داراحیاء التراث العربی،

بیروت

طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷) **الخلاف**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین،

قم

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶) **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، چ اول، مؤسسه

نشراسلامی، قم

مصباح عاملی، سید محمد جواد (۱۹۹۶) **مفتاح الکرامه**، ج ۲، مؤسسه فقه الشیعه، بیروت

نجفی، م.ح. (۱۴۱۲) ه.ق. **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**. بیروت: انتشارات دار احیاء

ب) بخش فارسی

خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۱)، **حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی**، تهران، شرکت

سهامی انتشار

شمس، عبدالله، (۱۳۸۶). **آیین دادرسی مدنی**. تهران: انتشارات دراک

دهخدا، علی اکبر، (۱۳۶۱)، **لغت نامه دهخدا**، انتشارات تهران، جلد ۱

شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱) **داوری تجاری بین المللی**. سمت، تهران.

صفایی، ح. (۱۳۷۷). سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون دآوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۰

عمید، فرهنگ فارسی عمید، (۱۳۷۷) انتشارات امیر کبیر، تهران جلد سوم. ایران

کاتوزیان (۱۳۸۲) قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، تهران

کریمی و پرتو، عباس و حمیدرضا، (۱۳۹۱)، حقوق دآوری داخلی، نشر دادگستر، تهران، ایران

کریمی، عباس، (۱۳۹۲)، حقوق دآوری داخلی، تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم
متین دفتری، شمس، احمد، عبدالله (۱۳۸۷) آیین دادرسی مدنی، ج ۱، چ ۱۲، انتشارات دراک، بی‌جا

محمدی خورشیدی، م، (۱۳۹۰)، دآوری در حقوق ایران، تهران، انتشارات بهنامی

نصیری، علی، (۱۳۸۷)، مجله مطالعات معرفتی در دانشگاه اسلامی، سال ۱۲، شماره

ج (بخش قوانین

۱-قانون آئین دادرسی کیفری

۲- قانون آئین دادرسی مدنی

۳-قانون مجازات اسلامی

References

The Holy Quran A) Arabic section:

1-Ibn Qadameh, Abdullah, (Bi Ta), Al-Mughni, Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi, First Edition, Volume 11, Page 484

2- Bashir, Y. (1382). Jurisdiction. second edition. Tehran: Bazgir Publications (Darya Printing)

3- Tabrizi, Javad Ibn Ali, Bita, Basis of Quds and Martyrs of Qom: Author's office

4- Khazaei, Hossein, 2003, Judicial and Executive Immunity in Common Law, Bija, No. 34 .

- 5- Dori Qahtan, Abdul Rahman (1405) Aqd al-Tahkim fi al-Fiqh al-Islami, vol. 1, Al-Ahya Al-Tarath, Baghdad:
- 6- Tabarsi, Abu Ali Fadl Ibn Hassan (1992) Majma 'al-Bayan fi Tafsir al-Quran, vol. 1, Darahiyah al-Tarath al-Arabi, Beirut
- 7- Tusi, Abu Ja'far, Muhammad ibn Hassan (1407) Al-Khalaf, Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers, Qom:
- 8- Fadhil Hindi, Muhammad Ibn Hassan (1416) Discovery of Latham and Ambiguity on the Rules of Rulings, Vol. I, Islamic Publishing Institute, Qom:
- 9- Mesbah Ameli, Seyyed Mohammad Javad (1996) Muftah al-Karama, vol. 2, Institute of Shiite Jurisprudence, Beirut:
- 10- Najafi, M. H. (1412) ق. The jewel of speech in the explanation of Islamic law. Beirut: Revival Publications B) Persian section
11. Khodabakhshi, Abdullah, 2012, Arbitration Law and Related Lawsuits in Judicial Procedure, Tehran, Anteshar Co.
12. Shams, Abdullah. (1386). Civil Procedure Code. Tehran: Drak Publications
13. Dehkhoda, Ali Akbar, (1361), Dehkhoda Dictionary, Tehran Publications, Volume 1
14. Shirvi, Abdul Hussein (2012) International Business Arbitration. Location: Tehran:
15. Safaei, H. (1377). A few remarks on the innovations and shortcomings of the International Commercial Arbitration Law, Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 40
16. Amid, Farhang Persian Amid, (1998) Amir Kabir Publications, Tehran, Volume 3, Iran
17. Katozian (2003) Civil Law in the Current Legal Order, Mizan Publishing, Tehran:
18. Karimi and Parto, Abbas and Hamidreza, (2012), Internal Arbitration Law, Justice Publishing, Tehran, Iran
19. Karimi, Abbas (2013), Internal Arbitration Law, Tehran: Justice Publishing, Second Edition
20. Matin Daftari, Shams, Ahmad, Abdullah (2008) Civil Procedure, Vol. 1, Ch. 12, Drak Publications, Bija:
21. Mohammadi Khorshidi, M., (2011), Arbitration in Iranian Law, Tehran, Behnami Publications .

۲۲. Nasiri, Ali, (۲۰۰۸), Journal of Epistemological Studies at Islamic University,

Volume 12, Number C) Rules section 1- The law of criminal procedure

23- Civil Procedure Code 3- Islamic Penal Code End