

بررسی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف از منظر حقوق ایران و فقه امامیه*

سولماز هادی^۱

دکتر مرتضی حاجی پور^۲

چکیده

در حقوق مدنی ایران علیرغم سابقه دیرینه شیوه‌های جایگزینی حل و فصل اختلافات (Alternative Dispute Resolution) یا ADR وجود مقرراتی راجع به سازش و مصالحه، رجوع به این شیوه‌ها مورد استقبال اصحاب دعوا قرار نگرفته است. ارجاع اختلاف به شیوه‌های مذکور گاه در قالب قرارداد مستقل و گاه به صورت شرط ضمن عقد اصلی انجام می‌پذیرد. شروط ارجاع ممکن است حاوی رجوع اختیاری اختلاف به ADR باشد یا رجوع اجباری. شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات یا ADR به شیوه‌هایی اطلاق می‌گردد که جایگزین رسیدگی قضایی شده و هدف آن، حل سریع دعوی به وسیله اشخاص خصوصی است. این شیوه‌ها به رغم انواعی که دارند، همگی مبتنی بر تراضی طرفین بوده و در عین حال، نتیجه کار در غالب آنها الزام آور نیست. تصمیم شخص ثالث اصولاً الزام آور نیست و توافق طرفین بر الزام آور بودن آن تنها بدان جنبه تعهد قراردادی بخشیده است. تراکم کار در دادگاه‌های دولتی و تبعات ناشی از آن و مزایایی که حل و فصل اختلافات در خارج از دادگاه‌ها برای دولت‌ها و به ویژه طرفین اختلاف در بردارد سبب رونق بیش از پیش داورى و ایجاد و به کارگیری شیوه‌های جدید حل اختلاف گردیده است. میانجیگری، سازش، مصالحه، مذاکره، کارشناسی، داورى از مهمترین این شیوه‌هاست. کم هزینه بودن، سریع بودن، محرمانه بودن، انعطاف پذیری، راهگشا و مؤثر بودن و دقیق و کارساز بودن، غیر خصمانه بودن، ساده و غیر رسمی بودن رسیدگی موضوع از جانب متخصص و غیره از عمده‌ترین مزایای شیوه‌های مزبور است. الزام آور نبودن تصمیم حاصل از شیوه‌های مذکور و عدم قابلیت ارجاع برخی دعوی به ADR نیز از نقاط ضعف آن محسوب می‌شود. مشروعیت داورى و صلح و سازش اصولاً مورد تأیید فقهای بزرگ اسلام بوده، آیات و روایات زیادی مسلمانان را به صلح و سازش و حل منازعات از این طریق فرا می‌خواند. با توجه به اینکه در اسلام نیز بر حل و فصل دوستانه اختلافات تأکید شده است، شیوه‌های جایگزین حل و فصل با قواعد شرعی مطابقت دارد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که غیر از داورى مشروعیت و نفوذ سایر شیوه‌های جایگزین نیز از نظر شرعی با مشکلی مواجه نیست و اشخاص می‌توانند اختلافات خود را از طریق این شیوه‌ها حل و فصل نمایند. همانطور که در حقوق اسلام نظر اهل خبره به طور وسیع مورد توجه قرار گرفته و در ابواب مختلف فقه به نحو گسترده، به نظر اهل خبره استناد شده و مصادیق متعددی از موضوعات تخصصی که در آنها رجوع به اهل خبره ضرورت دارد مطرح شده است.

کلیدواژه‌ها: حل اختلاف، داورى، مذاکره، سازش.

* تاریخ دریافت: ۹۴/۹/۴ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۱۵

۱- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز. (نویسنده مسئول). solmaz_hadi66@yahoo.com

۲- استاد راهنما، استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان.

مقدمه

شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات که اختصاراً «ADR» Alternative Dispute Resolution نامیده می‌شود به تازگی وارد ادبیات حقوقی ما شده است، بسیاری از این شیوه‌ها سابقه‌ای طولانی در تاریخ حل و فصل اختلافات بشری دارد و در دهه‌های اخیر ضمن اینکه اهمیت و نقش شیوه‌های مزبور در حل و فصل اختلافات داخلی و بین‌المللی بیشتر گردیده است، شیوه‌های جدیدتری نیز در نظام حل و فصل اختلافات پا به عرصه وجود گذارده‌اند. عنصر اصلی و تأکید تعاریف ای. دی. آر بر حل و فصل اختلافات در خارج از دادگاه‌های دولتی است. شیوه‌های جایگزین حل اختلاف، مجموعه‌ای از مکانیسم‌ها و راه‌حلهای غیرقضایی و غیر دولتی به صورت دوستانه، خصوصی و محرمانه هستند که طرفین اختلاف آنها را به جای دادگاه به عنوان مرجع حل اختلاف خود بر می‌گزینند تا اختلافات خود را بدون مراجعه به دستگاه قضایی حل و فصل نمایند (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۸). تشریفات انعطاف‌ناپذیر قضایی در این شیوه‌ها رعایت نمی‌شود و خود طرفین هستند که با کمک شخص ثالث بی‌طرف، چگونگی حل و فصل اختلاف را معین می‌سازند. دعاوی به طور معمول با هزینه کمتر و سرعت بیشتری نسبت به دادگاه‌ها خاتمه می‌یابد.

تفاوت اصلی این روش‌ها در آیین‌های انتخاب، میزان رسمیت، نحوه رسیدگی و قدرت و اعتبار رأی آنها می‌باشد، مثلاً از میان این شیوه‌ها فقط آرای داور برای طرفین لازم‌الاجرا بوده و توسط دادگاهها قابلیت اجرا دارند ولی تصمیمات سایر شیوه‌های حل اختلاف غیر الزام‌آور بوده و این شیوه‌ها زمانی موفق می‌شوند که طرفین اختلاف از روی رضایت تصمیمات آنها را اجرا کنند. اتخاذ این شیوه‌ها توسط طرفین اختلاف نشانگر گرایش آنها از دادرسی دولتی به سمت دادرسی خصوصی می‌باشد (باقری، ۱۳۸۶، ص ۴۰). در بررسی روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات فقط به شیوه‌های اصلی در این زمینه اشاره می‌کنیم. داور، میانجیگری، مذاکره، سازش، حکم کارشناسی، هیأت بررسی اختلاف، جزو روش‌های مهم و پر کاربرد جایگزین حل و فصل اختلاف به شمار می‌روند و در دعاوی بیشتری قابلیت اعمال دارند. معمولاً نخستین روش متبادر به ذهن مذاکره می‌باشد در این شیوه گفت‌وگو به طور مستقیم توسط طرفین و گاهی اوقات توسط وکلای آنان صورت می‌گیرد.

روش دیگر میانجیگری است که شخص ثالث به عنوان میانجی از طریق برگزاری جلسات و گفتگو بین طرفین و بحث در خصوص موضوعات مورد اختلاف راه حل و فصل اختلافات را تسهیل می‌کند. اضافه بر این میانجیگر بدون اینکه همانند قاضی یا داور تصمیم اتخاذ و آن را به طرفین تحمیل کند آنان را به حل و اختلافات تشویق کرده و با روشن ساختن زوایای تاریک موضوع، تبیین منافع واقعی طرفین، شناسایی و محدود کردن موضوعات اختلافی، کشف گزینه‌های محتمل برای حصول توافق، به طرفین در برقراری ارتباط موثر با یکدیگر کمک می‌کند. سازش نیز همانند میانجیگری روشی است که در آن شخص ثالث بی‌طرف از طریق مصاحبه و گفت‌وگو با طرفین اختلاف سعی می‌کند دیدگاه‌های آنان را در موضوعات اختلافی به هم نزدیک کند و در صورت تمایل طرفین سازش‌نامه‌ای را تنظیم کند. وجه افتراق میانجیگری و سازش در میزان نقش شخص ثالث بی‌طرف و نیز کیفیت روابط طرفین اختلاف است. مورد آخر نیز داور است که مبتنی بر تراضی طرفین بوده و به عنوان یکی از طرق اصلی شیوه‌های جایگزین مطرح است.

با این حال در نظام حقوقی ما توجه لازم به این شیوه‌ها معطوف نشده است و اغلب این شیوه‌ها برای مردم و حتی بعضاً حقوقدانان شناخته شده نیست. از همین رو بنا به دلایل دیگر رجوع طرفین اختلاف به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات آن چنان گسترده و مؤثر نیست که بتواند نقش مهم و بایسته را در حل و فصل اختلافات و کاستن از بار دادگاه‌ها برعهده بگیرد. مهمترین اقدام در این خصوص، شناساندن و معرفی بیشتر این شیوه‌ها در جامعه و روشن ساختن مزایای استفاده از آن، فراهم کردن زمینه‌های لازم برای تأسیس مؤسسات فعال داور و ای. دی. آر می‌باشد.

با توجه به اینکه در اسلام نیز بر حل و فصل دوستانه اختلافات تأکید شده است و شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف با قواعد شرعی مطابقت دارد. مشروعیت و جواز سازش را می‌توان به سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز تسری داد. زیرا در این شیوه‌ها همچون سازش، اختلافات به صورت دوستانه و با تراضی طرفین اختلاف حل و فصل می‌گردد. نتایج حاصل از این شیوه‌ها که در غالب موارد در قالب قرارداد جای می‌گیرد. به لحاظ قراردادی بودن از نظر فقهی مورد تأیید است و بنابراین ادله‌ای که بر اعتبار قراردادها و لزوم وفای به عهد و پیمان دلالت دارد (مانند قاعده اوفوا بالعقود) نتایج مزبور در برمی‌گیرد.

بررسی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف از دیدگاه فقه امامیه

قلمرو جواز روش داوری در فقه

داوری از شیوه‌های بسیار قدیمی اختلافات است و به همین دلیل از اعتبار بسیاری بین افراد برخوردار است. داوری در اسلام نیز معمول بوده و وقتی دو نفر با هم در امور مالی یا غیر مالی اختلاف پیدا می‌کردند می‌توانستند توافق نمایند که برای فیصله دادن به اختلاف یک نفر را به عنوان حکم یا داور انتخاب کنند، داوری در فقه تحکیم نامیده می‌شود. تحکیم آن است که طرفین دعوی شخص یا اشخاصی را برای رسیدگی صدور رأی در مورد امر مورد نزاع خود برگزینند که در این صورت هر یک از طرفین را محکم و داور نیز قاضی تحکیم نامیده می‌شود. پس از دادن این اختیار به داور آن را در اصطلاح ولایت تحکیم می‌نامند.

هر چند در مورد قلمرو داوری میان مذاهب مختلف اسلامی اختلافاتی وجود دارد اما می‌توان گفت که اصل جواز داوری مورد قبول همه مذاهب مختلف قرار گرفته است. قرآن کریم در دعاوی خانواده از داوری به «حکیمیت» تعبیر نموده است. واژه «حکم» در اصل از آیه ۳۵ سوره مبارکه نساء گرفته شده است. در این آیه دستور داده شده است که در صورت وقوع اختلاف بین زن و شوهر، حکمی از دو طرف برگزیده شود: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِمَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا»: و اگر از ناسازگاری میان زن و مرد بیم دارید، داوری از اقوام مرد و داوری از اقوام زن تعیین کنید. اگر آن‌ها سر سازگاری داشته باشند، خدا میانشان آشتی خواهد داد. بی‌شک خداوند، دانای آگاه است، فقهای اهل سنت برای جواز داوری که در کلیه مذاهب با عنوان «قاضی تحکیم» از آن یاد می‌شود علاوه بر آیه مبارکه فوق، به حدیث نبوی «من حکم بین اثنتين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله» و نیز سنت پیامبر اکرم (ص) در عمل به داوری در بعضی از موارد از جمله داوری سعد بن معاذ در اختلاف بین پیامبر (ص) و قبیل بنی قریظه و هم چنین اجماع صحابه و عمل به آن از جمله در مورد داوری عبدالرحمن بن عوف برای تعیین خلیفه پس از فوت عمر و داوری ابوموسی اشعری و عمروعاص در جنگ صفین استناد کرده‌اند (ساکت، ۱۳۸۲، ص ۸۸).

مشروعیت داوری اصولاً مورد تأیید فقهای بزرگ اسلام بوده و دلیل عمده بعضی از فقهای امامیه نیز برای جواز و نفوذ داوری به روایت احمد بین فضل کناسی از کثی از امام صادق (ع) و نیز حدیث مرسله از پیامبر اسلام (ص) که می‌فرماید:

«من حکم بین اثنتين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله» یعنی «آن کس که بین دو نفری که او را برگزیده‌اند بدون رعایت عدالت حکم کند، لعنت خداوند بر او باد» استناد کرده‌اند. اما به دلیل اینکه ظاهر روایت احمد بن فضل کناسی دلالت بر تعیین قاضی تحکیم و ولایت وی ندارد و حدیث مرسله نیز از سوی اهل سنت نقل شده است و همچنین این حدیث نیز برای بیان کیفیت حکم و لزوم رعایت عدالت از سوی قاضی است و نه برای بیان جواز قضاوت تحکیمی، فقهای شیعه عمدتاً جهت مشروعیت قاضی تحکیم و جایز بودن آن به اجماع تمسک جسته‌اند (النجفی، ۱۳۶۲، ص ۲۷).

فقهها در آثار فقهی خود و در بخش «کتاب القضا» قضات را به دو نوع تقسیم می‌کنند: یکی قاضی منصوب است که از طرف امام منصوب می‌شود و دیگری قاضی تحکیم (داور) است که بدون داشتن اذن از سوی امام، اصحاب دعوی بر داوری وی توافق می‌کنند. قول مشهور فقها، کلیه شرایطی را که برای قاضی منصوب لازم می‌داند از قبیل بلوغ، عقل، اسلام، عدالت، علم (اجتهاد) و ذکوریت، در مورد قاضی تحکیم نیز لازم الرعایه می‌داند و تنها تفاوت این دو را لازم نبودن اذن و نصب از سوی امام در مورد قاضی تحکیم دانسته است.

در مورد اثر حکم داوری نیز باید گفت که بعضی از فقها در صورتی حکم داور را الزام آور می‌دانند که طرفین پس از صدور حکم بر آن تراضی نمایند (الموسوی خوئی، ص ۶). اما بعضی دیگر از فقها مانند صاحب شرائع، حکم داور را الزام آور می‌دانند بدون آنکه لزومی به توافق طرفین وجود داشته باشد. به گفته صاحب شرائع «اگر دو طرف دعوا بر (داوری) یک شخص توافق نمایند و دعوا را نزد وی طرح نمایند و آن شخص بین این دو داوری کند حکمش الزام آور است و به رضایت طرفین بعد از صدور حکم نیازی نیست». به هر حال صرف نظر از اینکه در مورد برخی از مسائل مربوط به داوری و به ویژه در مورد قلمرو آن و جایز بودن داوری در غیر اموال در میان فقها اختلاف وجود دارد، این نکته مسلم است که اصل داوری (تحکیم) از لحاظ فقهی جایز و بلاشکال است و طرفین می‌توانند حل و فصل دعوی خود را به قاضی تحکیم واگذار نمایند (سنگلجی، ۱۳۸۱، ص ۳۸).

مشروعیت سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف از لحاظ فقهی تبیین جایگاه صلح و سازش از نگاه فقه اسلامی

دین مبین اسلام دین صلح و دوستی است اسلام ذاتاً دین صلح است و مصلحت اجتماعی جامعه بشری را در زیباترین واژه ادبیاتی صلح بیان نموده است و تمام افراد جامعه را از بهترین اعمال انسانی برشمرده است به گونه‌ای که ایجاد صلح و آشتی در بین برادران دینی را از نیکوترین ویژگی‌های انسانیت و از اخلاق حسنه برشمرده است.

در مورد مشروعیت سازش (صلح) بین مسلمانان و جواز حل و فصل اختلافات از این طریق نیز همانند داوری، تردیدی وجود ندارد. آیات و روایات زیادی مسلمانان را به صلح و سازش و حل منازعات از این طریق فرا می‌خواند. در قرآن کریم آمده است: «و الصلح خیر» [سوره نساء، آیه ۱۲۸]. (صلح بهتر است). «انما المومنون اخوه فاضلحو بین اخویکم» [سوره الحجرات، آیه ۱۰] (همانا مومنان با هم برادرند پس میان برادران خود صلح و سازش برقرار نمایید). در آیات دیگری نیز همچون آیه ۳۶ و ۱۱۴ سوره نساء و آیه ۱ سوره انفال و آیه ۹ سوره حجرات تأکید قرآن کریم بر صلح و سازش مشاهده می‌شود. در روایات اسلامی نیز به این مقوله توجه زیادی شده است. در اصول کافی از امام صادق (ع) نقل شده است:

«ان الصلح لیس بکذاب» مصلح دروغگو نیست. هر چند در قرآن و روایات، دروغ گفتن مورد نکوهش قرار گرفته و این رذیله اخلاقی از گناهان کبیره به حساب می‌آید؛ اما به سبب اهمیت برقراری اصلاح میان مردم، اگر کسی بتواند به این وسیله میان دو نفر صفا و صمیمیت ایجاد کند، دروغ گفتن جایز است. بر این اساس، چنانچه شخصی برای ایجاد اصلاح میان مردم، سخن غیر واقعی بگوید؛ اما اصلاح به آن بستگی داشته باشد، سخن او دروغ به شمار نمی‌رود و این موضوع، دلیل وجوب اصلاح میان مردم است؛ زیرا ترک دروغ واجب بوده و واجب جز به واجب مهم‌تر و مؤکدتر ساقط نمی‌شود.

از پیامبر (ص) نیز نقل شده است که دروغ گفتن شایسته نیست؛ جز در ۳ مورد که یکی از آن موارد، صلح میان افراد است. و یا اصلاح ذات البین جزو بهترین عبادتهاست (اصلاح ذات البین افضل من عامه الصلاه و الصیام) و یا امام صادق (ع) اجازه داده بودند که نزاع بین شیعیان با پرداخت از مال آن حضرت رفع گردد. ایشان به مفضل بن عمر کارگزار مالی خود فرمودند: «إذا رأیت بین اثنین من شیعتنا منازعه فافتدها من مالی»: زمانی که بین دو نفر از پیروان ما نزاعی را دیدی از مال من بپرداز تا با یکدیگر آشتی کنند».

امام صادق(ع) به من دستور داده است که هرگاه میان دو نفر از شیعیان اختلاف و مشاجره‌ای پیش آمد، با پول آن حضرت، آشتی میان آن‌ها ایجاد کنم. اصلاح میان مؤمنان از چنان اهمیتی در نظر ائمه -علیهم‌السلام- برخوردار بود که امام صادق(ع) برای رفع اختلاف مالی شیعیان از مال خود مبلغی را اختصاص داده بودند تا با پرداخت آن نزاع خاتمه یابد. بعد از اسلام هم دادگاه‌هایی وجود داشته که به دادگاه صلح معروف بوده است. بعد از آن صلاحیت دادگاه صلح به مسایل خانوادگی منحصر شد و حال هم که شورا‌های حل اختلاف مسولیت این کار را بر عهده دارند (حر عاملی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۱).

آیات و روایت مزبور نشانه اهمیت صلح و سازش در اسلام و تأکید بر حل و فصل دوستانه اختلافات در این دین آسمانی است. بالاتر از آن در بسیاری از متون اسلامی تشویق به سازش از سوی قاضی به عنوان یکی از آداب شایسته قضاوت، مورد تأکید قرار گرفته است. به همین منظور قاضی می‌تواند بین اصحاب دعوا اقدام به میانجی‌گری نماید و آنها را به سازش و حل و فصل دوستانه اختلاف ترغیب نماید و این اقدام و اختیار که بعضی از فقها بر استحباب آن نظر داده‌اند، مختص امور مدنی نیست و امور کیفری (جرایم تعزیری) را نیز در بر می‌گیرد (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۱۶۵).

مشروعیت و جواز سازش را می‌توان به سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز تسری داد. زیرا در این شیوه‌ها همچون سازش، اختلافات به صورت دوستانه و با تراضی طرفین اختلاف حل و فصل می‌گردد. نتایج حاصل از این شیوه‌ها که در غالب موارد در قالب قرارداد جای می‌گیرد. به لحاظ قراردادی بودن از نظر فقهی مورد تأیید است و بنابراین ادله‌ای که بر اعتبار قراردادهای و لزوم وفای به عهد و پیمان دلالت دارد (مانند قاعده اوفوا بالعقود) نتایج مزبور در بر می‌گیرد. پس طرفین اختلاف باید قراردادی را که در خصوص حل و فصل اختلاف منعقد می‌کنند محترم شمارند و گرنه مسولیت قراردادی عهد شکن همچون سایر قراردادهای مطرح خواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۴۵۳).

به هر حال اگر در مورد داوری و جواز و نفوذ آن تردیدهایی ابراز شده است و فقها قاضی تحکیم را همانند قاضی منصوب مشمول بعضی از سختگیری‌ها دانسته و حکم کرده‌اند که قضات تحکیم نیز باید غالب شرایط قضات منصوب را دارا باشند، در مورد اشخاص ثالثی که در سایر شیوه‌های دوستانه حل اختلاف، اقدام می‌نمایند، حداقل کلیه شرایط و سختگیری‌های مزبور را نمی‌توان قابل اعمال دانست. این تفاوت ناشی از نحوه حل و فصل اختلاف در داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف است. همانگونه که گفته شد، داور همچون قاضی، به تمییز حق از ناحق می‌پردازد و رأی وی همچون حکم قاضی، حقوق طرفین دعوا را مشخص می‌سازد. بنابراین طبیعی است که در مورد روش داوری و شخصی که به داوری می‌پردازد حساسیتهای زیادی وجود داشته باشد که احیاناً حقوق اشخاص بازیچه افراد ناصالح قرار نگیرد و عدالت در برابر خواستها و یا ناآگاهی این اشخاص قربانی نشود. اما در سایر شیوه‌ها مسولیت تعیین و تمییز حقوق برعهده خود طرفین قرار می‌گیرد.

شخص ثالث هم اگر در این میان دخالت دارد، نقش وی تنها نزدیک کردن طرفین به هم و تسهیل حل و فصل اختلاف است. پس به عنوان مثال اگر در مورد داوری بسیاری از فقها عقیده دارند که شرط رجولیت در مورد قاضی تحکیم نیز جاری است، نمی‌توان این حکم را به میانجی نیز تعمیم داد. چرا که میانجی رأی الزام آور صادر نمی‌کند و تنها تلاش می‌کند که اختلاف را با تراضی طرفین فیصله دهد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که غیر از داوری مشروعیت و نفوذ سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز از نظر شرعی با مشکلی مواجه نیست و اشخاص می‌توانند اختلافات خود را از طریق این شیوه‌ها حل و فصل نمایند (ساکت، ۱۳۸۲، ص ۳۸).

حجیت نظر کارشناسی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه

در حقوق اسلام نظر اهل خبره به طور وسیع مورد توجه قرار گرفته و در ابواب مختلف فقه به نحو گسترده، به نظر اهل خبره استناد شده و مصادیق متعددی از موضوعات تخصصی که در آنها رجوع به اهل خبره ضرورت دارد مطرح شده است.

با توجه به تحول، توسعه و پیشرفت‌های حاصله در این دوران اثبات برخی از موضوعات از پیچیدگی خاصی برخوردار شده و تشخیص آنها نیازمند خبرویت و تخصص خاص است که با ارائه معلومات فنی و تخصصی، حقیقت موضوع روشن می‌شود از این رو رجوع به کارشناسان و خبرگان جهت انجام تحقیقات و کشف واقعیت در بسیاری از مباحث اعم از کیفری، حقوقی، خانوادگی و امور حسبی و... از اهمیت بالایی برخوردار است مانند ارزیابی و تعیین میزان خسارات ناشی از تصادفات و سوانح نقلیه، تعیین ارزش سهام و سهم الشریکه شرکتی و کارخانجات، کارشناسی خط و امضاء، تعیین اجاره بها و اجرت المثل و امور مربوط به ابنیه و برآورد خسارت آنها، تعیین سرقفلی و حق کسب و پیشه، تشخیص و تطبیق و تعیین حدود ثبتی و اختلافات ملکی، و بسیاری از امور دیگر از اهمیت خاصی برخوردار گردیده که می‌بایست توسط کارشناسان و ارباب فن معلوم گردد تا اینکه دادرسی با حصول شرایط دیگر نسبت به رسیدگی و صدور حکم قضیه اقدام نماید.

از آنجا که حکم تابع موضوع است و با تبدیل موضوع حکم نیز تغییر و با تقرر آن حکم نیز تقرر می‌یابد. لذا موضوع مجهول با تشخیص کارشناس معلوم و جهات تاریک و ابهام آن برطرف و چهره واقعی آن نمایان می‌شود. در واقع کارشناس، موضوع شناسی و دادرسی، حکم یابی می‌کند و حکم واقع را با حصول شرایط دیگر بر موضوع حمل می‌کند از این رو که حکم دادرسی تبعیت از موضوع شناسی کارشناسی می‌کند اهمیت آن روشن می‌شود امروزه قضات به لحاظ پیچیدگی امور را به کارشناس و اهل فن ارجاع می‌دهند سوال آن است که قاضی مجبور است بر اساس نظریه کارشناس رأی دهد یا نه به عبارت دیگر نظر کارشناس حجیت دارد یا خیر؟ در این نوشتار به جهت اهمیت موضوع؛ میزان اعتبار و حجیت نظریه کارشناس مورد بررسی قرار خواهد گرفت (درویشی هویدا، ۱۳۸۸، ص ۳۳۸).

ادله فقهی حجیت نظر کارشناس

رجوع به کارشناس از جمله ابزارهای است که در حل و فصل اختلافات بسیار کاربرد دارد و لذا در حقوق اسلام مربوط به احکام نیست بلکه در ابواب مختلف می‌توان آنرا مشاهده کرد و در منابع فقهی رجوع به کارشناس و اهل خبره به طرق مختلف به آن اشاره شده است می‌توان در آیاتی از قرآن کریم، روایاتی از رسول اکرم (ص) و دیگر معصومین (ع)، اجماع و بنای عقلاء جستجو کرد که در ذیل مختصراً بیان می‌گردد.

کتاب

از جمله آیات قرآن کریم که می‌توانند بر رجوع به اهل خبره (کارشناس) دلالت کنند عبارت است از: (وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ، فَسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) نحل (۱۶/۴۳). «و پیش از تو نفرستادیم جز مردانی که به آنان وحی می‌کردیم، پس از دانایان پرسش کنید اگر نمی‌دانید» اما آنچه در این آیه بدان ظهور دارد این است که شخص ناآگاه باید از افراد آگاه پرسش کند تا برای وی و لو به صورت اجمال، علم و آگاهی حاصل شود. در این آیه وجوب پرسش مستلزم وجوب قبول و ترتیب اثر بر اوست و الا پرسش بیهوده است و هنگامی که قبول جواب پرسش واجب باشد هر چیزی که پرسش از آن صحیح است [در صورتی که اهل ذکر- دانایان- بیان کنند] پذیرش آن واجب است، زیرا خصوصیتی در این نیست که حتماً قبل از پاسخ پرسش شود و در پاسخ پرسش مطلبی را گفته باشند.

همانا در کلام خداوند تعالی «اهل الذکر» ظهور در اهل خبره داشته از این رو دلالت بر حجیت و اعتبار نظریه و گزارش اهل خبره دارد. در خصوص اینکه «اهل الذکر» چه کسانی هستند تفسیرهای مختلفی در بین مفسران مطرح شده است. بعضی آن را به قرآن تفسیر نموده‌اند به جهت اینکه «ذکر» از اسامی قرآن است... و لکن نظر صحیح و صواب آن است که مقصود از «اهل الذکر» همان صاحبان علم و دانش و بینش هستند، هر یک از این احتمالاتی که در تفسیر «اهل الذکر» گفته‌اند، بیان مصداقی از مصداق آن بوده و در واقع تفسیر آیه به مصداق می‌باشد. چنانچه این شیوه متداولی در بسیاری از کتابهای تفسیری و نیز روایات است و اینکه چرا «اهل الذکر» همان اهل خبره می‌باشد این است که ذکر در لغت به معنای مطلق علم می‌باشد بدون تقید و خصوصیتی و ملاحظه موارد استعمال این ماده و مشتقات آن در قرآن کریم مانند کلام خداوند تبارک و تعالی «لعلکم یتذکرون» بر آن شهادت و گواهی می‌دهد. بنابراین منظور و مقصود از کلمه «اهل» در این آیه این است که هر کسی که عالم و دانا باشد در موضوعاتی از موضوعات و مسأله‌ای از مسایل، متخصص بودن نسبت به یک موضوع را بیان می‌کند که می‌توان جهت رفع جهل بدان رجوع کرد (مکارم شیرازی ۱۴۱۶، ص ۲۳۰).

(اُؤْتِ اِیُّی قَدْ جَاءَیْی مِنَ الْعِلْمِ مَا لَمْ یَأْتِکَ، فَاتَّبِعْنِی اُھْدِکَ صِرَاطًا سَوِیًّا) - مریم (۴۳/۱۹).

«ای پدر (به نقل از ابراهیم خلیل الرحمن (ع))» به من علومی داده شده که به تو داده نشده، پس مرا پیروی کن تا تو را به راه راست هدایت کنم.» در این آیه معنی مناقشه در استدلال به گفتار ابراهیم خلیل (ع) به پدرش روشن می‌گردد و آیه بر وجوب اطاعت و پیروی از افراد آگاه و دانا در مسائلی که می‌دانند دلالت دارد.

(وَ مَا کَانَ الْمُؤْمِنُونَ لَیَنْفِرُوا کَآفَّةً، فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ کُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لَیَتَفَقَّهُوْا فِی الدِّیْنِ، وَ لَیُنذِرُوْا قَوْمَهُمْ اِذَا رَجَعُوْا اِلَیْهِمْ لَعَلَّهُمْ یَحْذَرُوْنَ) - توبه (۹/۱۲۲).

چنین نیست که مؤمنان همه به یکباره کوچ کنند، پس چرا از هر فرقه‌ای از آنان افرادی کوچ نمی‌کنند تا مسائل دینی را فرا بگیرند -

در دین تفقه کنند و آنگاه که به نزد قوم و عشیره خود برگشتند آنان را انذار کنند، شاید از نافرمانی خداوند حذر کنند. در مورد این آیه نمی‌توان آن را فقط در مورد احکام الهی منحصر دانست، اگرچه مورد آن، ابتدا یادگیری و سپس بیان احکام الهی بوده است. روایت عبد المؤمن انصاری به نقل از امام صادق (ع) است که در تفسیر این آیه می‌فرماید: (فامرهم ان ینفروا الی رسول الله (ص) فیتعلموا ثم یرجعوا الی قومهم فیتعلموهم) «خداوند سبحان آنان را مأمور نموده که به نزد رسول خدا (ص) بروند و [مسائل اسلام را] فرا بگیرند، آنگاه به نزد قوم خود بازگردند و به آنان بیاموزانند» (عاملی، ۱۴۰۹، ص ۱۰۱).

سنت

روایاتی متعددی در مورد اهل خبره در ابواب مختلف وارد شده و ضمن آن برخی از شیعیان را به برخی دیگر ارجاع داده‌اند. و در مقام بیان افراد صاحب فن (اهل خبره) است که دارای تخصص و مورد اطمینان می‌باشند، این گونه روایات نیز زیادند که به مواردی از آنها اشاره خواهیم کرد. کلینی از محمد بن عبد الله حمیری و محمد بن یحیی جمیعا از عبد الله بن جعفر حمیری، از احمد بن اسحاق، از ابی الحسن امام علی نقی (ع) روایت نموده که از آن حضرت پرسش کردم و گفتم: با چه کسی مراوده داشته باشم یا از چه کسی برنامه‌ها و دستورات دین را بگیرم، و قول چه کسی را قبول کنم؟ حضرت فرمود: «عمری مورد اعتماد من است، آنچه را که از من به تو می‌رساند از من است و آنچه از من برای تو می‌گوید، از سوی من به تو گفته، پس از وی شنوایی داشته باش و او را پیروی کن، چرا که او مورد اطمینان و امین است». روایتی که عبد العزیز بن مهتدی و حسن بن علی بن یقظین هر دو از امام رضا (ع) نقل کرده‌اند که می‌گوید به آن حضرت عرض کردم: من نمی‌توانم هر موقع که خواستم خدمت شما برسم و آموزش‌های دینم را از شما سؤال کنم، آیا یونس بن عبد الرحمن مورد اعتماد است که آموزش‌های دینم را از وی سؤال کنم؟ فرمود: بلی.

روایت معروف از پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله به همین مسئله اشاره دارد: «انما اقصی بینکم بالبینات و الایمان، و بعضکم الحن بحجته من بعض، فایما رجل قطع له من مال اخیه شیئا، فانما قطعت له به قطعاً من النار»؛ در بین شما بر اساس سوگند و شاهد قضاوت می‌کنم، بعضی از شما در آوردن دلیل تواناتر از برخی دیگر است. اگر به ناحق و با توجه به دلیل، مالی را به او بدهم همانند این است که یک قطعه از آتش دوزخ را به او داده‌ام. (عاملی، ۱۴۱۳ ج ۲۷).

با توجه به این که روایات میزان اعتبار رجوع به اهل فن و متخصص مورد اطمینان برای رفع جهل مشخص می‌شود و برای روشن تر شدن نمی‌توان به قضاوت‌های محیر العقول امیر المومنین (ع) اشاره کرد. مبین این نکته‌اند که حاکم شرع برای کشف واقعیت و مجرم از وسایل و ابزارهایی بجز (بینات و ایمان) نیز می‌توان استفاده کند و ناگفته نماند که خصوصیات و مواردی که موضوع بررسی آن حضرت قرار گرفته‌اند، هر چند قابل تکرار نیستند و در حقیقت به عنوان (قضیه فی واقعه) بوده است. و با این حال می‌توان از آن بهره کلی گرفت.

قضاوت‌های حکیمانه مولا (ع) که با وسایل و ابزاری جز (بینات و ایمان) انجام یافته است به خوبی روشن می‌کند که دستگاه قضایی مفید و رافع؛ نیاز جامعه می‌بایست دست به ابتکارات محققانه بزند و صدور رأی صحیح و احقاق حق مظلومان و ستمدیدگان از اتخاذ روش‌های حکیمانه دریغ نرزد. و با صرف حوصله و دقت کمال جدیت برای کشف حقیقت بکوشد و از اشخاصی که در فنون مختلف تخصص دارند یاری بجوید زیرا حفظ جان مال و ناموس جامعه به عهده قضات نهاده شده و از آنان پیمان گرفته شده است که (لایقارواعلی کظه ظالم و لاسغب مظلوم) هرگز از تندروی‌های ستمگران و محرومیت‌های ستم‌گشیدگان چشم فرو نهند و آرامش نیابند. (باقر موسوی، ص ۲۶۶-۲۶۵).

فقهها، در موارد متعدد و موضوعات مختلف به نظر اهل خبره استناد کرده و از آن سخن به میان آورده‌اند در ابواب مختلف فقه مانند، معاملات، دیات، عبارات نظر اهل خبره و سایر اهل فن و مهارت، مورد توجه قرار گرفته است. این مطلب، اهمیت فراوان و کاربرد وسیع نظر اهل خبره در فقه را نمایان می‌سازد. وانگهی با توجه به شیوه فقهها که کمتر به بیان اصول و قواعد کلی به صورت متمرکز پرداخته‌اند در ضمن مسائل و مصادیق خاص، احکام و قواعد کلی را تبیین کرده‌اند در خصوص نظر اهل خبره نیز این مطلب به صورت متمرکز مورد بحث واقع نشده بلکه در ضمن مصادیق احکام کلی آن نیز بیان شده است. بنابراین در فقه، مباحث مربوط به نظر اهل خبره به ویژه در باب اجتهاد و تقلید و در باب معاملات مطرح شده است.

در حقوق موضوعه، قانونگذار جهت اعتبار نظر کارشناس شرایطی را قرار داده است که در صورت محرز شدن آن شرایط، نظر کارشناس را معتبر می‌داند ولی وجود این شرایط هیچگونه دلالتی بر مکلف بودن قاضی به ترتیب اثر دادن نظر کارشناس در غیر از موارد عدم مطابقت با اوضاع و احوال محقق ندارد. و لذا قاضی در صورت لزوم به نظر کارشناس استناد خواهد کرد چرا که نظر کارشناس، اظهار نظری بیش نیست و قاضی نسبت به قبول یا رد آن مخیر است. و در اصل قاضی بر اساس اختیار وسیع خود به بررسی و ارزیابی ادله خواهد پرداخت. در حقوق کشور ما، اگرچه در کتاب سوم قانون مدنی نامی از کارشناسی برده نشده، در قانون آئین دادرسی مدنی، کارشناسی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی مورد توجه قرار گرفته و احکام مربوط به آن در قانون یاد شده و در قوانین دیگر - از جمله قوانین مربوط به کارشناسی - بیان شده است. از مجموع مواد قانونی مربوط به کارشناسی چنین نتیجه گرفته می‌شود که چگونگی ارجاع به کارشناس و انتخاب کارشناس و موضوع کارشناسی و نظر کارشناس تابع احکام و شرایطی است که اعتبار نظر کارشناس مبتنی بر آنها است و عدم رعایت آنها موجب بی‌اعتباری نظر کارشناس می‌شود. در پایان به نظر می‌رسد که در شرایط فعلی و تخصصی شدن امور و تفکیک تخصص و همچنین با توجه به پیچیده شدن پرونده‌های دادگستری (مخصوصاً در زمینه‌های صنعتی، تصادفات، پزشکی و

غیره که قاضی هیچ تخصصی در این زمینه ندارد) چاره‌ای جز استناد به نظریه کارشناس متخصص نداشته باشد مگر اینکه با ایراد نظر و دلایل موجه، عدم مطابقت نظریه کارشناسی با اوضاع و احوال محقق و معلوم گردد.

اقسام شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

یکی از تقسیم بندی‌های مهم، تقسیم شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف بر مبنای الزام‌آور بودن یا نبودن نتیجه نظر شخص ثالث بی طرف است. به موجب این معیار شیوه‌های جایگزین به دو دسته قابل تقسیم است:

شیوه‌هایی که رأی شخص ثالث برای طرفین الزام‌آور است، این الزام می‌تواند اثر موقت داشته باشد و یا دائمی باشد:

۱- داوری^۳

۲- کارشناسی «راه حل‌های موقت الزام‌آور»^۴

۳- هیأت بررسی اختلاف^۵ «راه حل‌های موقت الزام‌آور»

شیوه‌هایی که حل و فصل اختلافات منوط به توافق طرفین است:

۱- مذاکره^۶

۲- میانجیگری^۷

۳- سازش^۸

حتی اگر به قلمرو قراردادی بسنده کنیم تعداد این روش‌ها قابل توجه هستند. دهها روش جایگزین را می‌توان بر شمرد، از میان شیوه‌های حل اختلاف جایگزین، روش‌های ذکر شده از روش‌های معمول و پرطرفدار برای حل اختلافات پیش‌بینی می‌شوند. که در مقاله حاضر سعی در بررسی این چند مقوله داشته و به توضیح و تفسیر مختصر این موارد می‌پردازیم (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۸).

داوری

با توجه به اهمیت این شیوه سعی می‌شود داوری را در حد امکان به طور مفصل توضیح دهیم. ویژگی‌های داوری که آن را از سایر روش‌های حل و فصل اختلاف جدا می‌کند، تشریح می‌گردد. امروزه داوری بخش جدایی ناپذیر حقوق تجارت بین‌الملل را تشکیل می‌دهد و بسیاری از نهادهای مربوط به حقوق تجارت بین‌الملل از طریق داوری توسعه و بسط یافته است. توافق بازرگانان و فعالان اقتصادی در عرصه بین‌المللی مبنی بر ارجاع اختلافات خود به داوری به جای دادرسی امری عادی تلقی می‌شود و مقاومت در برابر آن رفتاری خلاف متعارف تلقی می‌شود و باعث افزایش هزینه‌های معاملات می‌گردد. قدیمی‌ترین و مشهورترین روش جایگزین حل اختلاف داوری می‌باشد که در حقوق اکثر کشورها و همچنین در تجارت بین‌المللی، مقررات خاصی در مورد داوری تدوین شده است، معمولاً دعاوی بزرگ بین‌المللی از طریق داوری حل و فصل می‌شوند.

این شیوه بسیار به شیوه قضایی نزدیک می‌باشد. با این تفاوت که تعیین داور یا داوران به عهده طرفین اختلاف است حال آنکه در شیوه رسیدگی قضایی طرفین اختیاری در تعیین قاضی ندارند. ملاحظه می‌شود که ضمن کلی نگری به شیوه‌های جایگزین، به نتایج حاصل از آنها نیز اعتبار قراردادی داده شده است، و اکثر نویسندگان این کتب بر این باورند که چون نتیجه

- 1- Arbitration
- 2- Expert determination
- 3- Dispute review board
- 4- Negotiation
- 5- Mediation
- 6- Conciliation

چنین شیوه‌هایی رسیدگی در قالب یک سند یا یک قرارداد به امضای طرفین می‌رسد، ارزشی فراتر از یک قرارداد ندارد و در حکم رأی داور قرار نمی‌گیرند. لذا در صورت عدم اجرای چنین سندی، بر طرفین لازم می‌دانند تا در مراجع قضایی یا داوری طرح دعوا نمایند (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۶).

داوری تفاوت عمده و ماهوی با روش‌های جایگزین حل اختلاف دیگر دارد. زیرا: اولاً، بر خلاف روش‌های دیگر، داور رأی صادر می‌نماید در حالی که در روش‌های دیگر تنها پیشنهاد و مشاوره‌های متناسب برای نحوه حل اختلافشان داده می‌شود و تلاش می‌شود که طرفین با رضایت خودشان سازش نمایند. ثانیاً، رأی داور الزامی و به جزء در موارد استثنایی قطعی بوده و طرفین ملزم به اجرای رأی داور می‌باشند در حالی که تصمیمات شیوه‌های دیگر از قطعیت و قدرت الزام‌آور برخوردار نمی‌باشند. ثالثاً، مقررات خاصی در مورد نحوه انتخاب، رسیدگی، صدور رأی و اجرای رأی داور و همچنین در مورد نحوه اعتراض به رأی داور وجود دارد ولی در سایر شیوه‌ها چنین مقرراتی یافت نمی‌شود (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱، ص ۳۶۹).

تفکیک داوری از پاره‌ای نهادهای مشابه

تا دهه ۱۹۷۰ میلادی اصلی‌ترین روش حل اختلاف بود. اما از دهه ۱۹۷۰ به بعد با ابداع و رواج شیوه‌های جایگزین دیگر، به دلیل کم هزینه و سرعت بالا و سایر مزایایی که این روشها نسبت به داوری دارند روشهای مزبور نسبت به داوری از اولویت برخوردار بوده و تنها زمانی که سایر روشهای جایگزین با شکست مواجه شدند به داوری مراجعه می‌شود و در واقع داوری به عنوان آخرین گزینه برای حل اختلافات به کار گرفته می‌شود (Howard Klein, op.cit, p.3).

در ابتدا باید خود نهاد داوری را از قرارداد داوری جدا کرد و با وجود نزدیکی و ارتباط این دو نباید آنها را یکی دانست. قرارداد داوری عقدی است که بر طبق آن افرادی متعهد می‌شوند که اختلاف و دعوی تحقق یافته و یا احتمالی خود را به رسیدگی و اظهار نظر شخص یا اشخاصی غیر از مراجع رسمی قضایی واگذار نمایند. این تعریف با آنچه بین کارفرما و پیمانکار در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به صورت شرط ضمن عقد آمده مطابقت می‌کند. چرا که آنان اختلافات احتمالی خود را به رسیدگی و اظهار نظر شورای عالی فنی که از مراجع غیر قضایی است، واگذار نموده‌اند (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۲۹). اما خود داوری به عنوان یک تأسیس حقوقی، روشی است که اختلافات ارجاع شده را در خارج از دادگاه‌ها و به وسیله شخص یا اشخاصی که برگزیده طرفین اختلاف و یا منتسب به اراده طرفین که از نظر معلومات و اطلاعات فنی یا شهرت به درستکاری و امانت و مورد اعتماد مخصوص آنها هستند، می‌باشد. و به صورت توافقی حل و فصل می‌نمایند. در بعضی از تعاریف داوری مرز میان این دو نادیده گرفته شده است. طبق قاعده کلی ارجاع اختلافات به داوری باید با توافق طرفین همراه باشد و ارجاع اجباری جنبه استثنایی دارد. طرفین می‌توانند قبل از بروز اختلاف یا پس از آن و به صورت قرارداد مستقل و یا شرط ضمن عقد توافق کنند که اختلافات خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند (متین‌دفتری، ۱۳۷۸، ص ۷۶).

۲- کارشناسی

حضور کارشناسان با دانش ویژه در امور فنی، حقوقی، مالی و سایر زمینه‌ها می‌تواند در وضعیت‌های مختلف مفید واقع شوند. در تعریف کارشناسی آمده است که: «کارشناس شخصی است که به مناسبت علم یا شغل یا کسب دارای معلومات و تشخیص لازم باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۵۶۲). فقیهان از دیر باز اهمیت کارشناسی را دریافته بودند چرا که گاه قضات ناچار می‌شدند که برای تحقیق درباره دلایل تقدیم شده و شناخت اماره‌های واقع و حتی فهم خواست و دفاع دو طرف دعوا از آن استفاده کنند. به عنوان مثال از کارشناس معماری بخواهند که مساحت یا بهای زمینی را معین سازد یا قرینه‌های اختصاص یا اشتراک دیوار فاصل میان دو ملک را استخراج و از آنها نتیجه‌گیری کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۹).

امروزه با تخصصی شدن موضوعات و گستردگی موضوعات استفاده از تخصص این افراد نیز اهمیت ویژه‌ای یافته است. این شیوه در مقایسه با داوری و رسیدگی قضایی سریعتر و ارزانتر می‌باشد. در مورد اینکه حکم کارشناسی الزام‌آور است یا غیر الزام‌آور، باید گفت که گاه می‌توانند اثر الزام‌آور موقت داشته باشد. یعنی تا زمانی که طرفین درباره آن موضوع رسیدگی داوری را آغاز نکرده‌اند و رأی داوری حکم کارشناسی را نقض ننماید یا طرفین توافق جدید که متضمن شروط متفاوتی باشد منعقد ننمایند حکم کارشناسی میان طرفین معتبر و لازم‌الاجرا می‌باشد (درویشی هویدا، ۱۳۸۸، ص ۶۸).

حکم کارشناسی نیز همچون سایر شیوه‌های ای. دی. آر اصولاً مستلزم توافق طرفین است. طرفین می‌توانند قبل از حدوث اختلاف و به هنگام انعقاد قرارداد توافق نمایند که هر گونه اختلاف مربوط به آن قرارداد از طریق حکم کارشناسی حل و فصل شود. هم چنان که این اختیار را دارند که پس از حدوث اختلاف و بی آن که قراردادی میان طرفین وجود داشته باشد و اختلاف منشاء قراردادی داشته باشد حکم کارشناسی را به عنوان شیوه حل و فصل اختلاف برگزینند. به طور معمول موافقتنامه حکم کارشناسی که اختلاف طرفین را به این شیوه ارجاع می‌نماید در یک شرط که بخشی از قرارداد کتبی به شمار می‌رود گنجانده می‌شود. شروط ارجاع اختلاف نیز می‌تواند حسب توافق طرفین حالت‌های مختلفی به خود بگیرد. نکته‌ای که باید در خصوص ارجاع اختلافات بدان توجه داشت این است که حکم کارشناسی جهت حل و فصل کلیه اختلافات به کار نمی‌رود (جنیدی، ۱۳۸۱، ص ۳۲). این شیوه تنها برای اختلافاتی مناسب است که موضوع آنها فنی و تخصصی باشد. ماهیت این قبیل اختلافات به گونه‌ای است که به جای رسیدگی و تحقیقات قضایی، نظر تخصصی و کارشناسی را لازم دارد. دادگاه عالی استرالیای غربی در یکی از دعوی طرح شده اظهار داشته است که کلیه موضوعات نمی‌توانند به حکم کارشناسی ارجاع شوند. حکم کارشناسی یک شیوه جایگزین حل و فصل اختلاف است که برای حل و فصل اختلافات و مسائل ماهوی «موضوعی» که در آن کارشناس به نحو مقتضی دارای صلاحیت و تخصص باشد مناسب است. با توجه به این که در قوانین فعلی حکم کارشناسی، بر خلاف داوری، از حمایت‌های قضایی لازم برخوردار نیست. کارشناسی می‌تواند در زمینه‌های مختلفی از جمله برای رفع بلا تکلیفی و ابهام در فعالیت‌های تجاری، کمک به حل و فصل دوستانه اختلافات و یا در ارتباط با دعوی که در داوری طرح شده، به کار گرفته شود. خدمات کارشناسی چه به صورت مستقل و چه به عنوان نقش تکمیل-کننده سایر روش‌های حل اختلاف، هر دو ارزشمند است (Douglas Jones, expert determination and arbitration, p. 22).

۳- هیأت (کمیته) بررسی اختلاف^۹

هیأت بررسی اختلاف نیز همچون روش حکم کارشناسی یکی از شیوه‌های استفاده از کارشناسان در حل و فصل اختلافات می‌باشد و حتی بعضی از نویسندگان آن را جزئی از روش حکم کارشناسی به شمار آورده‌اند. مهد تولد کمیته حل اختلاف، ایالات متحده آمریکا است، جایی که بیش از ۳۰ سال از آن به عنوان ابزار جلوگیری از بروز اختلاف و حل اختلافات در امور مهندسی شهری به ویژه در پروژه‌های ساخت سد، مدیریت آبی و قراردادهای ساخت زیرزمینی استفاده می‌شده است. از قدیمی ترین نمونه پروژه در این زمینه، می‌توان به پروژه سد مرزی واشنگتن در دهه ۱۹۶۰ اشاره کرد که در آن از هیأت فنی مشاورین مشترک دو طرف خواسته شد تا عملیات ساخت را اداره و نسبت به اختلافات تصمیم گیری کنند. پس از موفقیت این شیوه در پروژه فوق در ایالات متحده آمریکا، به تدریج استفاده از کمیته حل اختلاف، در دیگر پروژه‌های آن کشور مرسوم شد. زادگاه کمیته‌های حل اختلاف "صنعت ساخت" بوده است هر چند حوزه استفاده از آن، به سایر زمینه‌ها تسری یافته و هم اکنون در صنعت خدمات مالی، پروژه‌های امتیاز بهره برداری بلند مدت، پروژه‌های سنگین ساختمانی که مستلزم، وقت و هزینه زیاد می‌باشد، مورد استفاده قرار می‌گیرد. (Peter H.J Chapman, "Dispute Boards")

International construction law Review, vol2, February 2005, p 24) همچنان که خواهیم دید الزام آور بودن یا نبودن نتیجه کار هیأت همانند حکم کارشناسی بسته به توافق طرفین است که در بیشتر اوقات بر الزام آور بودن نظر هیأت توافق می‌شود. این هیأت‌ها که متشکل از کارشناسان و غالباً مهندسان مجرب و مرتبط با موضوعی که ساخت و ساز در خصوص آن انجام می‌شود است، در آغاز پروژه فعالیت خود را آغاز می‌کند و بر کلیه امور مربوط به پیشرفت پروژه نظارت دارند.

اعضای هیأت به طور منظم از پروژه بازدید و جلسات منظمی را در محل پروژه برگزار می‌نماید. هرگونه اختلاف پیش آمده را می‌توانند با علم کافی حل و فصل نمایند که آن اصلی‌ترین ویژگی این هیأت‌هاست. به دلیل آشنایی هیأت با جزئیات کار و همچنین اعتماد طرفین به هیأت، میزان موفقیت این هیأت‌ها بسیار بالاست. به کارگیری هیأت‌های بررسی اختلاف به ویژه در پروژه‌های سنگین، پیچیده و زمان‌بر از اتلاف وقت و هزینه طرفین جلوگیری می‌کند. زیرا به دلیل اشراف هیأت بر پروژه و آشنایی آن با جزئیات کار و ارجاع اختلاف در مراحل اولیه شکل‌گیری آن به هیأت، اختلافات به سرعت حل و فصل می‌شوند. همچنین نقش نظارتی هیأت و ارائه پیشنهاد به طرفین در صورت وجود ناهماهنگی و اختلاف عقیده میان آنها موجب می‌شود که اختلافات فرصت بروز پیدا نکنند و از این لحاظ این هیأت‌ها نقش پیشگیری از ایجاد اختلافات را بر عهده دارند.

مهم‌تر از همه اینکه، به دلیل نقش پیشگیرانه هیأت و نیز حل اختلاف در زمان سریع، توقف کار و اختلال در اجرای پروژه رخ نخواهد داد: همین امتیازات سبب شده است که این هیأت مورد توجه بعضی از مؤسسات فعال در امر حل و فصل اختلافات قرار گیرد. اتاق بازرگانی بین‌المللی پس از قواعد داوری؛ ای. دی. آر و کارشناسی در آخرین اقدام خود، مقرراتی در خصوص هیأت‌های بررسی اختلاف وضع نموده است. (محبی و انیسی الهام، ۱۳۹۰، ص ۲۸).

ترکیب هیأت و نحوه انتخاب اعضای آن

همان گونه که هیأت داوری متشکل از یک یا چند داور مرضی الطرفین است، کمیته حل اختلاف نیز از یک یا چند نفر افراد آشنا با ماهیت و نحوه اجرای قرارداد تشکیل شده است. علی‌رغم تمام تلاش‌هایی که اعضای کمیته حل اختلاف برای جلوگیری از بروز اختلافات انجام می‌دهند، وقوع اختلاف امری اجتناب ناپذیر است. مبنای انتخاب اعضای کمیته حل اختلاف که همان تراضی طرفین است، بی‌طرفی و استقلال آنها را در تصمیم‌گیری تضمین می‌سازد.

قبل از بروز اختلاف، اعضای کمیته در بازدیدهای محلی، شخصاً اظهارات طرفین را استماع کرده و با لمس نزدیک واقعیت‌ها در مقام تصمیم‌گیری با سهولت بیشتری در خصوص صحت و سقم اظهارات تصمیم‌گیری می‌کنند. در طول مدت قرارداد، همراه طرفین باقی می‌ماند، حق الزحمه خود را نیز از آنها می‌گیرد و در صورت درخواست طرفین، به صورت غیر رسمی در حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد با آنها کمک می‌نمایند و چنانچه تصمیم‌گیری وی لازم باشد، نسبت به اختلاف موجود، متناسب با مفاد قرارداد، تصمیم مناسب و منصفانه‌ای اتخاذ خواهد کرد. در واقع، امروزه کمیته حل اختلاف به یک مکانیسم استاندارد برای حل و فصل اختلافاتی که در طول مدت اجرای قراردادهای بلند مدت و میان مدت به وجود آمده، تبدیل شده است. ("Dispute Board Rules", International Chamber of commerce. ICC no: publication 824, p5"). این چنین استنباط می‌شود که کمیته حل اختلاف مورد نظر، معمولاً در ابتدای قرارداد تشکیل شده و شروع به کار می‌کند که به کمیته دائمی حل اختلاف معروف است. رکن دیگر کمیته حل اختلاف بر اساس تعاریف فوق، لزوم درخواست هم‌زمان طرفین از کمیته برای رسیدگی به اختلاف است. اما باید توجه شود که موافقت نامه‌ای جهت ارجاع اختلاف به کمیته حل اختلاف، وجود دارد که پس از انتخاب اعضای کمیته در بدو قرارداد، به امضای طرفین و اعضای کمیته می‌رسد و به موجب آن حدود حقوق و تکالیف هر یک از آنها در قبال یکدیگر مشخص می-

شود، بنابراین به نظر می‌رسد پس از بروز اختلاف، لزومی به درخواست مجدد طرفین جهت رسیدگی به اختلاف از سوی کمیته مزبور وجود نداشته باشد. چون طرفین بدو با امضای قرارداد اصلی کمیته مزبور را به عنوان حل و فصل کننده اختلافات پذیرفته‌اند و سپس با امضای موافقتنامه ارجاع به آن کمیته که با هر یک از اعضای کمیته جداگانه منعقد می‌نمایند، مجوز لازم را به کمیته اعطا نموده‌اند تا در صورت بروز اختلاف، نسبت به آن تصمیم گیری کند.

لذا ارجاع اختلاف از سوی یک از طرفین و نه هر دو طرف، برای شروع رسیدگی کافی است. بنابراین از حیث اوصاف، اعضای کمیته حل اختلاف باید دارای دو وصف اساس، استقلال و بی طرفی (انصاف) که از اوصاف اساس یک داور است، باشند. صرف نظر از مبانی مشترک موجود در مرحله تشکیل کمیته حل اختلاف با نهاد داور، مهمترین فایده عملی در نزدیک کردن ماهیت نهاد داور با کمیته حل اختلاف، در مرحله آثار تصمیمات و اجرای تصمیمات کمیته حل اختلاف است (انیسی، ۱۳۹۰، ص ۶۶).

انواع هیأت‌های حل اختلاف

هیأت‌های حل اختلاف اتاق بازرگانی بین‌المللی سه گونه هیأت را در بر می‌گیرد که عبارتند از:

الف) هیأت بررسی حل اختلاف

هیأت بررسی اختلاف در مورد اختلافاتی که به آن ارجاع می‌شود و با طرز برخورد توافقی یا اجماعی به منظور حل و فصل اختلاف پیشنهاد ارائه می‌نماید. طرفین از قبل توافق می‌کنند که اگر ظرف ۳۰ روز از تاریخ دریافت پیشنهاد هیأت برای حل اختلاف هیچ یک از طرفین نارضایتی خود را نسبت به پیشنهاد ارائه شده اعلام نکند پیشنهاد میان طرفین الزام‌آور خواهد بود. در صورت اعلام نارضایتی ظرف مهلت مشخص شده، طرف نارضاضی می‌تواند در صورت توافق اختلاف را در داور و یا دادگاه طرح نماید. در طول تصمیم‌گیری دیوان داور و یا دادگاه طرفین ممکن است به طور اختیاری پیشنهاد را اجرا نمایند اما اجباری بدین کار ندارند (درویشی هویدا، ۱۳۸۸، ص ۷۷).

ب) هیأت حل اختلاف برای اتخاذ تصمیم^{۱۰}

طبق توافق قراردادی، طرفین باید تصمیم هیأت را بدون تأخیر به موقع اجرا گذارند. چنانچه یکی از طرفین نارضایتی خود را نسبت به تصمیم اعلام نماید تصمیم به داور و یا دادگاه ارجاع خواهد شد اما طرفین در این فاصله به اجرای تصمیم هیأت ملزم باقی می‌مانند. چنانچه ظرف ۳۰ روز از تاریخ دریافت تصمیم، هیچ یک از طرفین نارضایتی خود را اعلام ننمایند طرفین باید تصمیم هیأت را محترم شمارند (انیسی، ۱۳۹۰، ص ۷۳)

ج) هیأت حل اختلاف مرکب^{۱۱}

این هیأت به طور معمول نسبت به اختلافات ارجاع شده پیشنهاد ارائه می‌کند اما اگر هر یک از طرفین درخواست کند و طرف دیگر بدان اعتراض نکند می‌تواند تصمیم اتخاذ نماید. در صورت درخواست یکی از طرفین و اعتراض طرف دیگر، هیأت خود بررسی می‌کند که آیا پیشنهاد ارائه نماید یا تصمیم اتخاذ نماید. اختلاف اساسی میان پیشنهاد و تصمیم این است

8- Dispute Adjudication Board- DAB

9- Combined Dispute Board- CDB

که طرفین بلافاصله ملزم به رعایت و اجرای تصمیم هستند در حالی که پیشنهاد در صورتی جنبه الزامی پیدا می‌کند که هیچ یک از طرفین ظرف مهلت مشخص شده بدان اعتراض ننمایند.^{۱۲}

شیوه‌های مبتنی بر توافق طرفین

شیوه‌هایی که در این مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد شیوه‌هایی است که یا شخص ثالث حضور و دخالت ندارد (روش مذاکره) تا نظر الزام‌آور بر طرفین تحمیل نماید و یا اگر شخص ثالث هم در جریان حل اختلاف حضور دارد نقش وی تنها تسهیل حل اختلاف و کمک به طرفین در حصول توافق است. چنانچه در این روند، شخص ثالث نظر و راه حل نیز نماید جنبه الزام‌آور نداشته و تنها با توافق و رضایت طرفین لازم الاجرا می‌گردد.

۱- مذاکره^{۱۳}

اهمیت مذاکره در حل و فصل اختلافات

اختلافات در قراردادهای ساختمانی اکثراً از مسائل کوچک شروع می‌شوند و اگر طرفین بتوانند در همان ابتدا این اختلافات را بر طرف نمایند کمک بزرگی در اجرای پروژه خواهند نمود. مذاکره مستقیم طرفین یکی از بهترین ابزارهایی است که در همان ابتدا می‌تواند اختلاف را حل و فصل و جلوی پیشرفت آن را بگیرد به همین منظور طرفین قراردادهای ساختمانی نخستین راه حل برای حل اختلافات خود را مذاکره قرار می‌دهند. بدین ترتیب طرفین قبل از هرگونه اقدام و ارجاع اختلاف به داوری یا سایر روش‌های حل اختلاف باید به طور مستقیم در مورد حل اختلافات خود مذاکره کنند (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۱).

به عبارت دیگر طرفین قبل از انجام مذاکره حق انجام اقدامات بعدی را ندارند و تنها در صورت شکست مذاکرات و ادامه اختلافات می‌توانند اختلافات خود را در صورتی که مرجع خاصی را در قرارداد تعیین کرده باشند از طریق آن و در غیر این صورت با مراجعه به دادگاه حل نمایند (هنیزی، ۱۳۷۷، ص ۴۸۰). مهمترین مزیت مذاکره مستقیم و دوستانه طرفین، جنبه پیشگیرانه آن می‌باشد و در واقع طرفین با نشان دادن حسن نیت و انعطاف در مذاکرات می‌توانند از بروز اختلافات بزرگتر جلوگیری نمایند در این شیوه حل اختلاف، برخلاف دیگر روش‌های جایگزینی، شخص ثالث هیچ نقشی نداشته، بار انجام مذاکره و حل و فصل دعاوی تماماً بر دوش طرفین است. به طوری که می‌توان گفت مذاکره سریع و بدون تشریفات خاص، غیرالزامی، ارزاترین و محرمانه‌ترین روش حل اختلاف است. در میان شیوه‌های جایگزین معمولاً نخستین روشی است که برای حل اختلاف به ذهن می‌رسد، می‌باشد و از افتادن اسرارکاری و تجاری طرفین به دست ثالث جلوگیری می‌شود.

همچنین طرفین در مذاکره روابط تجاری خود را در نظر داشته و با حفظ روابط تجاری خود، از بهم خوردن روابط خود جلوگیری می‌کنند. طبق قرارداد ممکن است جزئیاتی را راجع به نحوه حل و فصل اختلافات از طریق مذاکره پیش بینی کنند. مثلاً پیش بینی کنند که مراجعه به داوری یا دادگاه منوط به انجام مذاکرات و عدم وصول نتیجه باشد. همچنین ممکن است برای انجام مذاکرات زمانی مقرر شود که قبل از انقضای آن هیچ کدام از طرفین نتواند به داوری یا دادگاه مراجعه کند. لزوم حسن نیت در انجام مذاکرات و پیگیری آن جهت حصول نتیجه از جمله شرایط دیگری است که ممکن است در قرارداد پیش بینی شود. در بسیاری از قراردادها متنی مشابه متن زیر در مورد مذاکره وجود دارد: چنانچه اختلافی میان طرفین درباره قرارداد و نحوه تفسیر و اجرای آن بروز کند، طرفین در ابتدا تلاش خواهند کرد که اختلاف را از طریق مذاکره و مشاوره و به صورت دوستانه حل و فصل کنند، هر کدام از طرفین می‌تواند اختلاف را به داوری ارجاع نماید. یعنی در مورد مذاکره و

۱۰- ر. ک. مجموعه مقررات هیأت‌های حل اختلاف سپتامبر ۲۰۰۴ نشریه ۸۲۹ اتاق بازرگانی بین‌المللی ترجمه شده توسط دکتر محسن محبی چاپ شده در انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی.

نتیجه آن می توان گفت اگر طرفین موفق به نتیجه رساندن مذاکره نگردند در این صورت مذاکره با شکست مواجه شده و طرفین قرارداد با توجه به توافقات قراردادی خود یا به دادگاه مراجعه می کنند یا به داوری یا به شیوه های دیگر (Howard Klein, op.cit. p4).

۲- میانجیگری

میانجیگری در لغت به معنای "وساطت" و "واسطه شدن میان دو نفر برای رفع اختلاف آن ها" است. میان اقسام شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف، میانجیگری پس از داوری، مهمترین و پر کاربردترین شیوه حل اختلاف است. میانجیگری روشی است که در آن شخص ثالث بی طرف به طرفین اختلاف کمک می کند تا از طریق مذاکره و گفتگو و سنجش راه حل های مختلف، اختلاف را به طور دوستانه و بر مبنای توافق، تا در خصوص یک راه حل قابل پذیرش به تفاهم برسند فلذا این آیین برای طرفین الزام آور نخواهد بود. روند حل اختلاف را تسهیل می نمایند. هدف میانجیگری این است طرفین با مشاوره و کمک میانجی اختلاف خود را به صورت خصوصی و مسالمت آمیز حل نموده و سازش نامه کتبی امضاء نمایند (Katharine v. w. stone, op.cit, p.1).

نحوه رسیدگی میانجی را اغلب طرفین تعیین می کنند بر خلاف داوری مقررات خاصی در این مورد وجود ندارد. ولی غالباً میانجی بعد از انتخاب شدن، اسناد، مدارک و دلایل طرفین را مطالعه نموده و بعد از آشنایی با موضوع اختلاف، در ابتدا با هر یک از طرفین اختلاف، به طور جداگانه ملاقات می کند و نقاط ضعف و قوت پرونده را به آنها اعلام نموده و با روشن ساختن زوایای تاریک موضوع و تبیین منافع واقعی طرفین، طی فرایندی غیر رسمی و غیر تشریفاتی و غیر ترافیعی، طی جریانی خصوصی و محرمانه آنها را در یافتن راه حل مسأله یاری کند (صباغیان، ۱۳۷۶، ص ۹۱).

او سعی می کند با کاستن از انتظارات طرفین، توقعات و خواسته های طرفین را به هم نزدیک کند و زمانی که مواضع و خواسته های طرفین به هم نزدیک شد طرفین را ملاقات و به مذاکره با هم دعوت می نماید تا طرفین با گفتگو اختلافات خود را حل نموده و توافق نامه سازش را امضاء نمایند. بنابراین میانجی برخلاف داور رأی صادر نمی کند بلکه سعی می کند با کاستن از انتظارات و خواسته های طرفین، آنان را به سازش ترغیب نماید (Howard Klein, op.cit, p.12).

اگر میانجی، شخصی متخصص و با تجربه در امر میانجیگری باشد احتمال موفقیتش زیاد می باشد به عنوان مثال بر اساس یک آمار جالب در آمریکا حدود ۹۵ درصد میانجیگری ها در حل اختلافات موفق عمل کرده اند. وقتی که میانجی نتواند طرفین را به سازش ترغیب نماید و آنها بر مواضع خود پافشاری نمایند میانجی به اقدامات و فعالیت های خود خاتمه می دهد و طرفین اختلاف خود را به روش نهایی که اغلب داوری و یا دادگاه می باشد ارجاع می دهند. از مزایای میانجیگر می توان به ارزان بودن و سرعت آن اشاره نمود همچنین یکی از فواید اصلی استفاده از این روش این است که اختلاف به نحوی حل می شود که منجر به قطع روابط تجاری طرفین نشود. در نتیجه با استفاده از این روش به حفظ روابط تجاری طرفین کمک می گردد و از میان رفتن حسن نیت موجود در رابطه طرفین جلوگیری می شود. در حالی که وصول به این هدف به وسیله تفسیر نوعی مفاد و شرایط قرارداد و تنها با در نظر گرفتن قانون و قرارداد و بدون توجه به روابط تجاری طرفین امکان پذیر نمی باشد. همچنین این روش سری بوده و میانجی حق افشاء اطلاعات پرونده را ندارد (Peter G.Merrill.2007).

(P.47) پس به طور کلی تفاوت موافقتنامه میانجیگری با موافقتنامه داوری این است که هر یک از طرفین به تنهایی نیز می تواند موافقتنامه میانجیگری را نادیده بگیرد و در هر زمان به جریان میانجیگری خاتمه دهد امری که در داوری ممکن نیست و هیچ یک از طرفین نمی تواند با چشم پوشی از موافقتنامه داوری، دعوی خود را در دادگاه مطرح نماید (درویشی هویدا، ۱۳۸۸، ص ۹۴).

۱- سازش^{۱۴}

آنچه از ظاهر واژه سازش به نظر می‌آید این است که این روش می‌تواند توسط طرفین بدون وجود شخص ثالث صورت گیرد لکن دخالت شخص ثالث در این روش امری ضروری است. سازش به عنوان آیینی تعریف شده که طی آن یک شخص ثالث بی‌طرف با طرفین مذاکره کرده و درصدد کشف یک راه حل برای اختلاف است. برای تمییز دو مفهوم سازش و میانجیگری برخی گفته‌اند که در آیین سازش شخص سازش‌دهنده معمولاً نظر غیر الزام‌آوری را در خصوص راه حلی که برای فصل اختلافات مناسب تشخیص می‌دهد پیشنهاد می‌کند در حالی که میانجی چنین نمی‌کند و صرفاً مذاکره میان طرفین را تسهیل می‌کند. البته برای رفع ابهام بهتر است طرفین نقش میانجی یا سازش‌دهنده را به وضوح ضمن شرط حل و فصل اختلافات در قرارداد خود تصریح کنند (اسکندری، ۱۳۸۴، ص ۳۱). تفاوت‌های کوچکی بین این دو روش موجود است برای مثال: نقش سازش‌دهنده در حل و فصل اختلاف بیشتر از میانجی است و میانجی فقط می‌تواند در چهارچوب تعیین شده توسط طرفین اختلاف حرکت کند. البته دو مفهوم میانجیگری و سازش غالباً به جای یکدیگر استفاده می‌شوند، به هر حال برای پیشگیری از این ابهامات بهتر است که طرفین نقش میانجی یا سازش‌دهنده را به وضوح ضمن شرط حل و فصل اختلافات در قرارداد خود تصریح کنند (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱، ص ۳۹).

تفاوت میان سازش با داوری و رسیدگی قضایی از هدف آنها ناشی می‌شود، رسیدگی سازش به صورت دوستانه و غیر ترافیعی است و با حل مسالمت‌آمیز اختلافات جریان می‌یابد اما رسیدگی‌های داوری و به ویژه رسیدگی‌های قضایی به صورت ترافیعی و بر مبنای سنجش ادله انجام می‌پذیرد، دعوا را با صدور رأی الزام‌آور خاتمه می‌دهند. این روش مانند سایر طرق داوطلبانه نسبت به داوری رسیدگی قضایی ارزاتر و سریعتر می‌باشد. این روش گاهی، به ویژه در مواقعی که مقرر می‌شود داور بر اساس انصاف و کدخدامنشانه رأی صادر نماید، با داوری اشتباه می‌شود ولی با آن یکسان نیست و برای خود ضوابط ویژه‌ای دارد که به مرور زمان شکل گرفته، به نحوی که هم اکنون در کنار مقررات مربوط به داوری، مقررات سازش هم تدوین گردیده است که نمونه آن مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی است در ایران هم مقررات و ضوابطی هم برای ایجاد سازش تدوین گردیده است (مصلحی، ۱۳۸۳، ص ۱۳۳).

شیوه‌های حل اختلاف در حقوق ایران «مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان»

مطالب را در دو قسمت توضیح می‌دهیم، ابتدا به داوری مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌پردازیم و سپس به بررسی محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌پردازیم. با نگاهی به شرایط عمومی پیمان در می‌یابیم که ماده ۱۵۳^{۱۵} به بحث حل اختلافات اختصاص داده شده است، ۳ روش مختلف برای حل اختلافات پیش بینی شده است:

۱- حل اختلاف توسط معاونت مدیریت و نظارت راهبردی ریاست جمهوری

12- Conciliation

۱۳- در ماده ۵۳ می‌خوانیم: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید دو طرف می‌توانند برای حل سریع، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) بر حسب مورد به روش تعیین شده در بندهای ۱ و ۲ عمل نماید. در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌خوانیم: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید هر یک از طرفها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نمایند. «در تبصره ۱ این ماده آمده است که: «چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود و تبصره ۲ این ماده مرقوم می‌دارد: «رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی در چارچوب پیمان و قوانین مربوط انجام می‌شود، پس از اعلام نظر شورای یاد شده طرفها بر طبق آن عمل می‌نمایند.»

بر اساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۷۵، بخشنامه‌هایی که از طرف معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری «سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق» ابلاغ می‌شوند جزء اسناد و مدارک پیمان (قرارداد) محسوب می‌شوند. قراردادهای پیمانکاری دولتی باید در قالب سند متحدالشکل پیمان منعقد شوند. طرفین قرارداد حق تغییر مفاد و شروط قرارداد متحدالشکل (شروط پیمان) را ندارند، به طور طبیعی ممکن است طرفین با توجه به منافع خود از بخشنامه‌های مزبور برداشت‌های متفاوت نموده و در تفسیر آنها با یکدیگر اختلاف پیدا نمایند، از طرف دیگر هر یک از طرفین برای تأمین منافع بیشتر خود ممکن است متن بخشنامه‌ای را به گونه‌ای تفسیر کند که به نفع خود و به ضرر طرف مقابل باشد. برای اینکه به چنین اختلافاتی پایان داده شود برای حل سریع موضوع، قانونگذار چگونگی اجرای بخشنامه مربوط را استعلام می‌نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه (به عنوان مرجع صدور بخشنامه) اعلام می‌شود، عمل می‌کنند.^{۱۶} (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ۴۲۷، ۴۲۶).

هم رجوع به سازمان برای حل اختلاف ناشی از تفسیر بخشنامه‌های سازمان مدیریت اختیاری بوده و هم عمل به نظر سازمان اختیاری می‌باشد. تفسیری که در اینجا، سازمان ذیربط انجام می‌دهد در واقع یک نوع تفسیر قانونی است. زیرا همان مرجعی که خود، قواعد و مقررات مربوط را تنظیم کرده است، خود بهتر به هدف واقعی ناشی از آن قانون یا مقررات، آگاه است. ولی ایرادی که بتوان بر این طریقه وارد آورد این باشد که نهادی که تصویب بخشنامه و تفسیر آن را بر عهده دارد از همان گروهی است که یک طرف قرارداد پیمانکاری را بر عهده دارد یعنی دولت. و این شاید بیم تفسیر به نفع طرف خود را برای اشخاص پیش آورد. در پاسخ به این ایراد دو دلیل می‌توان مطرح کرد: اول آنکه طرف دیگر قرارداد «پیمانکار» پیش از انعقاد قرارداد از مفاد، آن که از سوی سازمان مربوط چاپ و در دسترس عموم قرار گرفته کاملاً آگاه بوده و با علم به این موضوع، قرارداد فوق را پذیرفته است و دوم اینکه می‌توان دلیلی از دیدگاه حقوق عمومی برای آن مطرح ساخت با توجه به اینکه دولت به عنوان یک طرف قرارداد حافظ حقوق جامعه است، از مقدمات و ترتیبات خاصی پیروی می‌کند هدف از آن ابتدا حفظ منافع عمومی و یک استاندارد مطلوب برای انجام کارهای عمرانی می‌باشد (هاشمی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸). دو طرف می‌توانند برای حل سریع، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه بودجه ارائه نمایند. چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود، که رسیدگی و اعلام نظر شورای فنی در چارچوب پیمان و قوانین مربوط انجام می‌شود، پس از اعلام نظر شورای یاد شده طرفها بر طبق آن عمل می‌کنند (میلانی‌زاده، دادگری، ۱۳۸۶، ص ۴۳۰).

۲- اجرای موضوع پیمان به وسیله کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب

در این روش طرفین می‌توانند کلیه اختلافات خود را به استثناء اختلافات ناشی از تفسیر بخشنامه‌ها به کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب ارجاع دهند. در بخش ۱ چون بخشنامه توسط نهاد مشخصی صادر می‌شد تفسیر آن نیز به عهده همان مرجع قرار گرفته بود در حالی که در مواردی غیر از تفسیر حل اختلاف، بر عهده کارشناسی یا هیأت کارشناسی قرار گرفته است، که به نظر منطقی‌تر و عادلانه‌تر است. به نظر می‌رسد، این بند از بخش الف به عدالت حقوقی نزدیکتر باشد زیرا طرفین با اراده خود و بدون دخالت نهاد دولتی که توازن قراردادی را به هم می‌ریزد، می‌توانند با تعیین افراد اهل فن و متخصص خارج از نهاد دولت پردازند تا آنها با بررسی موضوع مورد اختلاف نظر خود را اعلام نمایند و اگر طرفین، اختلاف

^{۱۶} بند ۱ بخش الف ماده ۵۳ را بدین گونه نگاشته است: «در مورد مسائل ناشی از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخشنامه‌هایی که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه چگونگی اجرای بخشنامه مربوط را استعلام نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه (به عنوان مرجع صدور بخشنامه) اعلام می‌شود، عمل می‌کنند.»

خود را به کارشناس یا هیأت کارشناسی ارجاع دهند و نظر کارشناس یا هیأت کارشناسی بپذیرد محصول این رسیدگی سازش و مصالحه می‌باشد (موسویان، ۱۳۸۷، ص ۳۰۵). در مورد این شیوه نیز باید گفت که اولاً، دو طرف در رجوع به کارشناسی مختار می‌باشند، ثانیاً، در صورت توافق طرفین برای استفاده از این روش، باید با توافق طرفین انجام شود و در صورت عدم توافق طرفین، اختلاف به داوری ارجاع خواهد شد. ثانیاً بر اساس بند «ب» که نظر کارشناسی برای طرفین الزام-آور نیست و در صورت عدم اجرای رأی کارشناسی توسط هر یک از طرفین موضوع به داوری ارجاع خواهد شد.

۳- حل اختلاف به طریقه داوری «مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان»

مورد بعدی در خصوص آن بخش از بند ج است که اشاره کرده: هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هر یک از طرفین می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید. مطابق ماده فوق طرفین حق ارجاع مستقیم مورد اختلاف به داوری را ندارند و چنانکه یکی از طرفین خواهان ارجاع اختلاف به داوری باشد باید تقاضای خود را به رئیس سازمان برنامه و بودجه (معاونت طرح و برنامه ریزی رئیس جمهور) ارائه نماید و تنها بعد از موافقت وی موضوع به داوری ارجاع می‌شود. همچنین طرفین در انتخاب داور آزادی عمل نداشته^{۱۷}، در صورت موافقت رئیس سازمان با ارجاع اختلاف به داوری، شورای عالی سازمان مدیریت در هر حال داور خواهد بود.

در حالیکه برخلاف رویه اکثر قراردادهای متحدالشکل پیمانکاری متداول در دنیا که داوری به عنوان راه حل نهایی حل اختلاف محسوب شده و رجوع به آن برای طرفین الزامی می‌باشد. در شرایط عمومی پیمان ارجاع اختلاف به داوری برای طرفین اختیاری محسوب می‌شود و آنان می‌توانند با نادیده گرفتن این ماده اختلاف را مستقیماً به دادگاه ارجاع دهند. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۳۲). برخلاف دو شیوه قبلی که طرفین در اجرای نظرات سازمان مدیریت و کارشناس یا هیأت کارشناسی مختار بودند در مورد لازم‌الاتباع بودن رأی داور (شورای عالی فنی) ماده ۵۳ حکم صریحی ندارد. ولی مطابق مقررات عام حاکم بر داوری (ماده ۴۸۰ قانون آیین دادرسی) می‌توان گفت که طرفین ملزم به تبعیت از رأی داوری (شورای عالی فنی) و اجرای آن می‌باشند و فقط در مواردی که مقررات داوری تعیین کرده، می‌توانند به رأی داور در دادگاه صالح اعتراض نمایند (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۶).

شیوه اعلام شده در ماده ۵۳ برای ارجاع اختلاف به داوری به دلیل اینکه با هدف ارجاع اختلاف به داوری در تعارض می‌باشد قابل انتقاد است. زیرا: اولاً، لزوم موافقت معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور با ارجاع اختلاف به داوری مهمترین حسن داوری که همانا سرعت بالای آن می‌باشد را از بین می‌برد. چرا که تشریفات اداری تقاضا و موافقت معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور پیچیده و طولانی بوده و باعث از بین رفتن سرعت داوری خواهد شد. ثانیاً، اشکال دیگری که در عمل ممکن است به نحوه مقرر در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان وارد آید این است که یکی از اصول اساسی داوری، بی‌طرفی داور می‌باشد در حالی که مطابق ماده ۵۳ مرجع داوری منحصراً «شورای عالی فنی» می‌باشد که یک نهاد دولتی است. ارجاع اختلاف به داوری با تصویب او امکان پذیر است لذا محتمل است هر آنچه که از طرف کارفرما برای حل اختلاف از طریق داوری از سوی او تقاضا شود رئیس سازمان معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری موافقت، اما با درخواست پیمانکار مخالفت نماید. پس مداخله رئیس سازمان یاد شده در ارجاع مناقشه کارفرما و پیمانکار نفعاً و اثباتاً مخالف قاعده انصاف و بی‌طرفی نیز می‌باشد. این امر موجب نگرانی اشخاص خصوصی و خارجی اختلاف، به داوری و بی‌میلی آنها به این امر می‌شود. پیمانکاری که قرارداد پیمانکاری به او بصورت

۱۵- تبصره ۱ ماده مزبور «چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد

بود.»

یکطرفه ارائه می شود و چاره ای جز پذیرفتن آن ندارد عملاً در انتخاب شرایط داوری و داور نیز هیچ اختیاری ندارد (میلانی-زاده، دادگری، ۱۳۸۶، ص ۲۷۲).

ثالثاً، بر خلاف اکثر قراردادهای متحدالشکل ساختمانی مطرح در دنیا و حتی قراردادهای تجاری که ارجاع اختلاف به داوری را امری اجباری می دانند، مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، رجوع به داوری برای طرفین اختیاری می باشد البته به نظر می رسد که اختیاری بودن ارجاع به داوری با توجه به پیچیده و طولانی بودن تشریفات ارجاع به داوری و انحصاری و بی طرف نبودن مرجع داوری در پیمان، صحیح و موجه باشد (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۵). در هر حال باز هم باید تکرار کرد با توجه به اینکه طرفین توافق نموده اند و شرایط قراردادی را مطالعه کرده و ذیل آن را امضاء می کنند. امضاء قرارداد ظهور مادی آن توافق است پس ارجاع موضوع به داوری از طریق رئیس مربوطه صحیح می باشد. (از نکات مهم این توافق آن است که چون شرط داوری، ضمن عقد همان سند اصلی شرایط عمومی پیمان است جای دارد لزوم خود را از عقد اصلی کسب می کند و تا زمانی که عقد اصلی پا بر جاست، شرط داوری نیز برای طرفین الزام آور است (ایران دوست، ۱۳۸۹، ص ۷۸). همانطوری که از واژه «می توانند» استنباط می شود، حل اختلاف از طریق داوری برای پیمانکار و کارفرما اختیاری است و اجباری در کار نیست؛ لذا در صورت عدم اختیار هر یک از آنها به طریقه داوری حل اختلاف می تواند از طریق دادگاه به عمل آید (مراد اتحاد، ۱۳۸۸، ص ۱۳۱).

داوری و محدودیتهای آن در اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران

موضوع قابل بحث دیگر در خصوص اصل ۱۳۹ می باشد که می گوید: «ارجاع دعاوی ...» باید منظور از کلمه دعاوی را در اصل مزبور چنین تفسیر می شود که، دعوی دو معنا دارد: ۱- به معنی اعم و لغوی لفظ «دعوی» به هر نوع ادعا که صدق یا کذب آن محتمل است و نیاز به اثبات دارد اطلاق می شود. ۲- به معنی اخص و اصطلاحی لفظ دعوی به آن نوع تنازع یا منازعه با اختلاف اطلاق می شود که به منظور رسیدگی و صدور حکم یا قطع و فصل به دادگاهی که صلاحیت حکم را دارد رجوع شده باشد. این لفظ در این معنی مترادف با مرافعه است. حال باید دید که لفظ «دعوی» موجود در اصل ۱۳۹ با کدام یک مقرون می باشد. به نظر می رسد که این اصل تنها شامل اختلافاتی می باشد که در دادگاه به عنوان دعوی طرح شده اند (شهبابی، ۱۳۷۰، ص ۱۶).

زیرا: اولاً، واژه دعوی در معنای اخص و اصطلاحی خود به آن تنازع و اختلافی اطلاق می شود که به منظور رسیدگی و صدور حکم به دادگاه صالح ارجاع شده است. در فرهنگ حقوقی ایران نیز غلبه قطعی با مواردی است که لفظ دعوی به معنای اخص به کار رفته است. ثانیاً، اصطلاح (طرف دعوی) نیز که در اصل ۱۳۹ قانون اساسی بکار رفته است اماره بر این است که اصل ۱۳۹ تنها شامل اختلافاتی می شود که در دادگاه به عنوان دعوی مطرح شده اند. بدین ترتیب اختلافاتی که هنوز به عنوان دعوی در دادگاه طرح نشده اند مشمول اصل ۱۳۹ نمی شوند (توسلی جهرمی، ۱۳۸۰، ص ۳۸۲). در قرارداد پیمانکاری خصوصاً پروژه های عظیم، در حین انجام قرارداد ایرادات و اشکالات بسیاری پیش می آید که اگر قرار باشد همه آنها را «دعوی» توصیف کنیم باید در هر مورد مسیر اصل ۱۳۹ را طی کنیم که در این صورت اجرای پروژه و اتمام آن غیر ممکن خواهد بود. در صورتی که با شناخت معانی واژه های ادعا، اختلاف و دعوا به سادگی می توان موارد پیش آمده در قرارداد را حل و فصل کرد. بدیهی است که اگر تفسیر اصل ۱۳۹ به غیر از این باشد، یعنی همه اختلافات مشمول این اصل شود، عملاً اجرای پروژه های پیمانکاری عمومی به ویژه در مواردی که طرف قرارداد یک شخص خارجی باشد موقوف خواهد ماند و ضررهای اقتصادی زیادی بر کشورمان وارد خواهد نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۶۷).

نتیجه گیری و پیشنهاد

اختلافات در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در خارج از دادگاه‌های دولتی و به صورت دوستانه، خصوصی و محرمانه حل و فصل می‌گردند. طبق اصل کلی، دعاوی اصولاً با توافق طرفین به شیوه‌های جایگزین ارجاع می‌شود. طرفین خود، قواعد رسیدگی و چگونگی حل و فصل اختلاف و نیز اشخاص ثالث بی‌طرف را انتخاب می‌کنند و اصل بر حاکمیت اراده طرفین اختلاف خواهد بود. حل و فصل اختلاف مستلزم تراضی طرفین اختلاف می‌باشد. گاه، رسیدگی‌ها زیر نظر مؤسسه داوری یا ای. دی. آر جریان می‌یابد که در این صورت، قواعد مؤسسه بر نحوه حل و فصل اختلاف حاکم خواهد بود. داوری در عین حال که شباهت‌هایی با سایر شیوه‌ها دارا می‌باشد، در مواردی نیز از این شیوه‌ها فاصله می‌گیرد. تفاوت‌های داوری با سایر شیوه‌های ای. دی. آر که داوری را به روش قضایی و دادگاهی حل اختلاف نزدیک می‌سازد گاه به عنوان امتیاز داوری در مقابل سایر شیوه‌ها مطرح می‌گردد.

علل رجوع اشخاص به شیوه‌های جایگزین پس از بروز اختلاف یا پیش‌بینی اختلافات، سریع و ارزان بودن این شیوه‌ها، در مقابل گرانی و کندی رسیدگی‌های قضایی خصوصی و تنوع شیوه‌ها و امکان‌پذیری‌های مختلف برای طرفین، نبود تشریفات خشک و انعطاف‌پذیر دادرسی و حل و فصل دوستانه و مسالمت‌آمیز اختلاف است.

در ایران شیوه‌های جایگزین حل و فصل نقش مهم و تعیین‌کننده‌ای در حل و فصل اختلافات ندارد و اشخاص جهت حل اختلافات خود دادگاهها را انتخاب می‌کنند. این امر به نبود چارچوب قانونی لازم، ناشناخته بودن ای. دی. آر در جامعه، نبود مؤسسات داوری و ای. دی. آر، علل فرهنگی و اعتقاد بر ناکارآمدی شیوه‌های جایگزین حل و فصل در احقاق حق و حل و فصل اختلافات و در عین حال کارایی دادگاه‌ها و اجرای قاطعانه آراء و دستورهای دادگاه بر می‌گردد.

با توجه به اینکه در اسلام نیز بر حل و فصل دوستانه اختلافات تأکید شده است و شیوه‌های جایگزین حل و فصل با قواعد شرعی مطابقت دارد و با توجه به تراکم موجود در دادگاه‌های دادگستری و معضلات ناشی از آن، پیشنهاد می‌شود در جهت استفاده از ظرفیت شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در حل بخش مهمی از دعاوی، برنامه ریزی و بسترسازی لازم صورت گیرد. مهمترین اقدام در این خصوص، شناساندن و معرفی بیشتر این شیوه‌ها در جامعه و روشن ساختن مزایای استفاده از آن، فراهم کردن زمینه‌های لازم برای تأسیس مؤسسات فعال داوری و ای. دی. آر می‌باشد.

با توجه به اینکه در بسیاری از شیوه‌های ای. دی. آر، اختلاف با توافق طرفین خاتمه می‌یابد و حق مراجعه به دادگاه از طرفین سلب نمی‌شود، اجباری ساختن استفاده از این شیوه‌ها با قوانین و قواعد حقوقی منافات نخواهد داشت. بنابراین پیشنهاد می‌شود با تصویب قوانین لازم، استفاده از شیوه‌های جایگزین حل و فصل قبل از مراجعه به دادگاه و یا در موارد مقتضی در جریان رسیدگی دادگاه اجباری گردد. اجباری ساختن استفاده از شیوه‌های جایگزین حل و فصل به ویژه باید در مورد اختلافاتی انجام پذیرد که امکان حل و فصل دوستانه اختلاف در آنها زیاد است. تصویب قوانین در مورد شیوه‌های ای. دی. آر و تنظیم قواعد رسیدگی و حل اختلاف در این شیوه‌ها مقدمه اجباری ساختن آنها است. به هر حال اجباری کردن به کارگیری شیوه‌های جایگزین حل و فصل باید به گونه‌ای صورت گیرد که حقوق طرفین اختلاف در مراجعه به دادگاه‌ها سلب نشود و در صورتی که امکان حل و فصل اختلاف از طریق شیوه‌های مزبور نباشد دادگاه‌ها بلافاصله رسیدگی‌های قضایی را آغاز نمایند. شایسته است حل و فصل بعضی از اختلافات که به طور کامل جنبه تخصصی و فنی دارند، حل و فصل آنها در مراجع قضایی یا داوری بر پایه نظر کارشناس صورت می‌گیرد به کارشناسان دارای صلاحیت سپرده شود. به گونه‌ای که بدون نیاز به طرح دعوا در دادگاه نظر کارشناس مبنای حل اختلاف قرار گیرد و از درگیر کردن دادگاه‌ها با اختلافاتی که کار قضایی خاصی در آنها صورت نمی‌گیرد و در نتیجه از افزایش میزان دعاوی در دادگاه‌ها و تحمیل هزینه بیشتر بر طرفین جلوگیری شود.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- کتب:
 ۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، ۱۳۸۹، شرح حقوقی پیمان، سازمان مدیریت و برنامه ریزی، تبریز: چاپ سوم.
 ۲. _____، ۱۳۸۴، مبانی حقوق پیمان، تهران: یادآوران، چاپ اول.
 ۳. انیسی، الهام، ۱۳۹۰، حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین المللی، تهران: انتشارات موسسه حقوقی منشور مهر و داد، چاپ اول.
 ۴. اتحاد، علی مراد، ۱۳۸۸، دانستنی های حرفه پیمانکاری، چاپ چهارم، تهران: انتشارات کوه نور.
 ۵. الحلّی، المحقق (ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، ۱۴۰۳ ه.ق، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، النشر دار المهدی.
 ۶. النجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۲، جواهر الکلام فی شرح الاسلام، جلد ۴۰، چاپ سوم، تهران: دارالکتاب السلامیه.
 ۷. الموسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکلمه المنهاج، الجزء اول، بیروت: النشر دار الزهراء.
 ۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۳، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، شماره ۵۳۹۲.
 ۹. _____، ۱۳۸۱، دائره المعارف علوم اسلامی، قضایی، جلد اول، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم.
 ۱۰. جنیدی، لعیا، ۱۳۸۱، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران: نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ اول.
 ۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۳۹۳، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۳، تهران، انتشارات اسلامیه، ه.ق.
 ۱۲. درویشی هویدا، یوسف، ۱۳۸۸، شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
 ۱۳. ساکت، محمد حسین، ۱۳۸۲، دادرسی در حقوق اسلامی سرشت و سرگذشت نهاد دادرسی و سازمانهای وابسته از آغاز تا سده سیزدهم هجری، چاپ اول، نشر میزان.
 ۱۴. سنگلجی، محمد، ۱۳۸۴، قضا در اسلام، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم.
 ۱۵. شهابی، مصطفی، داوری و قانون اساسی، ۱۳۷۰، تهران: انتشارات کمیته ایرانی و اتاق بازرگانی بین المللی.
 ۱۶. صباغیان، علی، ۱۳۷۶، نقش میانجیگری در حل و فصل اختلافات بین المللی، تهران: نشر وزارت خارجه.
 ۱۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، اثبات و دلیل اثبات، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
 ۱۸. متین دفتری، احمد، ۱۳۷۸، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول.
 ۱۹. محبی، محمد، انیسی، الهام، ۱۳۹۰، مجموعه مقررات اتاق بازرگانی بین المللی برای حل و فصل اختلافات تجاری، تهران: جنگل، چاپ اول.
 ۲۰. محمدزاده اصل، ۱۳۷۹، حیدر. داوری در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، چاپ اول.

۲۱. محبی، محسن، ۱۳۸۹، **نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی**، تهران: انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، چاپ اول.
۲۲. مصباح ایران دوست، فرهاد، ۱۳۹۰، **کلیدهای شرایط عمومی پیمان**، چاپ اول، تهران: انتشارات شهر آشوب.
۲۳. معنوی، احمد، ۱۳۹۰، **داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی**، تهران: انتشارات دادگستر، چاپ سوم.
۲۴. موسویان، محمد رضا، ۱۳۸۷، **آشنایی با اصول مدیریت و ساختمان**، تهران: انتشارات دل آرنج، چاپ چهارم.
۲۵. هاشمی، ۱۳۸۸، **شرط داوری در مواد شرایط عمومی پیمان**، انتشارات چاپ دوم.
۲۶. هنیزی، جیمی، ۱۳۷۷، ترجمه: محمد تقی بانکی، **قراردادهای ساختمانی**، تهران: انتشارات اطلاعات، چاپ اول.

۳- منابع انگلیسی:

1. **"Dispute Board Rules" , International Chamber of commerce.** ICC no.: publication 824.
2. Howard Klein,(2006) , **alternative dispute resolution used to resolve construction dispute in the UK**, shaping the change XXIII fig congress, Munich, Germany, October 8-3.
3. Katharine v.w stone, **Alternative dispute resolution encyclopedia of legal history**, <http://ssrn.com/abstract=631346>, 2006.
4. Peter G. Merrill, December, **Dedicated exclusively to solving the problems of construction contract**, construction claims monthly, 2007.
5. Peter H.J Chapman, **"Dispute Boards" , International construction law Review**, vol 2, February 2005
6. Jones Douglas, **"Expert determination and Arbitration"**, **Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators**, Vol.67, No.1.2001

۴- نشریات یا مقالات:

۱. اسکندری، امیر محمد، ۱۳۸۴، بررسی نقش تکمیلی روشهای حل اختلاف جایگزین ADR در حل و فصل دعاوی مربوط به ضمان قهری، مجله کانون وکلا، شماره ۲۲ جدید و ۱۹۱ پیاپی.
۲. الحلّی، المحقق (ابولقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، ۱۴۰۳ ه. ق. ، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، النشر دار المهدي.
۳. آوانیسان، آیدا، ۱۳۹۰، **داوری در قراردادهای پیمانکاری** - مجموعه مقالات صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
۴. باقری، محمود، ۱۳۸۶، **حدود آزادی طرفین دعوی در تعیین صلاحیت قضایی بین المللی**، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۵. بی نا. فصلنامه مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، شماره ۱۴۵۲، ۱۳۹۱، ۱۳۸۵.
۶. توسلی جهرمی، منوچهر، ۱۳۸۱، **نگاهی به شیوههای جایگزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق تجارت بین الملل**، تهران: نشریه مرکز امور حقوق بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره بیست و ششم و بیست و هفتم.
۷. صادقی، محمدهادی، بهار و تابستان ۱۳۸۴، **قضازدایی در حقوق جزای اسلامی**، هیات و حقوق: مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۵ و ۱۶.
۸. مصلحی، علی حسین، صادقی، محسن، ۱۳۸۳، **نگاهی به شیوههای جایگزین حل و فصل اختلاف ADR** ، مقاله نامه مفید، شماره ۴۶.

۹. _____، ۱۳۸۵، بررسی جریان رسیدگی در شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات، مجله حقوقی تطبیقی، شماره ۱.

۱۰. مولایی، یوسف، ۱۳۸۹، روش های حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۱.

۵- سوره ها و آیات کریم:

۱. سوره انفال (آیه ۱).

۲. سوره توبه (آیه ۱۲۲).

۳. سوره الحجرات، آیه (۹ و ۱۰).

۴. سوره نساء، آیه (۱۲۸ و ۱۱۴ و ۳۶).

۵. سوره نحل آیه (۴۳).

۶. سوره مریم آیه (۴۳).

