

The Nature of Arbitration in Imami and Hanafi Jurisprudence

Ali Reza Entezari Najafabadi¹

Khodad Karimi²

(Received on: 2023-09-16; Accepted on: 2023-11-26)

Abstract

Arbitration, as one of the most important methods of resolving disputes outside the courtroom, plays a significant role in conflict resolution. The most crucial stage in arbitration is understanding its true nature, because without a clear grasp of its essence, one cannot fully comprehend the conditions, effects, and functions of arbitration. There is no consensus on the nature of arbitration, and various theories have been proposed. This paper examines the nature of arbitration from the perspectives of Imami and Hanafi jurisprudence using a descriptive-analytical method and library sources.

In Imami jurisprudence, arbitration has a judicial nature, and the authority of the state supersedes the consent of the parties involved. Arbitration is executed and supervised only within the judicial framework of a country, based on its laws. This view provides a solid basis for the state's involvement in arbitration matters. However, the primary foundation of arbitration is the agreement between the parties in conflict. Therefore, different opinions regarding the nature of arbitration have emerged in legal studies.

The findings of this research indicate that a single, uniform definition of arbitration's nature cannot be applied in all cases. In some instances, justice is a prerequisite, indicating a judicial nature, while in other cases, no condition is specified for the arbitrator, which suggests that arbitration does not solely have a judicial nature. Instead, it involves both judicial and contractual elements, and the rulings and consequences of both natures apply to arbitration. According to theories of judicial and contractual nature, arbitration can be understood as a combination of both.

Keywords: Nature of arbitration, non-judicial methods, adjudication, Imami jurisprudence, Hanafi jurisprudence.

1 . Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Naragh, Markazi, Iran

Email: entezari.uni@gmail.com

2 . PhD Candidate in Private Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran (Corresponding Author)

Email: karimi4659@gmail.com

ماهیت داوری در فقه امامیه و حنفی

علیرضا انتظاری نجف‌آبادی^۱

خداداد کریمی^۲

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۰۵)

چکیده

«داوری» یکی از مهم‌ترین روش‌های حل اختلاف است که در خارج از دادگاه کاربرد زیادی در حل اختلاف‌ها دارد. مهم‌ترین مرحله داوری، شناخت صحیح ماهیت داوری است؛ زیرا بدون درک درست از ماهیت داوری، نمی‌توان شرایط، آثار و کارکردهای داوری را به خوبی فهمید. درباره ماهیت داوری اتفاق نظر وجود ندارد، بلکه نظریه‌های مختلفی مطرح شده است. در این مقاله، ماهیت داوری از دیدگاه فقه امامیه و فقه حنفی با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای بررسی شده است. داوری در فقه امامیه ماهیت قضایی دارد و حاکمیت دولت بالاتر از رضایت طرفین است. داوری تنها در حوزه قضایی یک کشور و بنا بر قوانین همان کشور اجرا و نظارت می‌گردد. این نظریه شرایط خوبی را برای دخالت دولت در امور داوری فراهم می‌کند، درحالی‌که رکن اصلی داوری، توافق طرفین اختلاف است؛ به همین دلیل دیدگاه‌های مختلف دیگری درباره ماهیت داوری در حقوق مطرح شده است.

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد در تمامی موارد فقه و حقوق نمی‌توان برای داوری ماهیت واحدی تعریف کرد؛ زیرا در برخی موارد عدالت را شرط کرده است که نشان از ماهیت قضایی دارد؛ اما در موارد دیگر شرطی را برای داور ذکر نمی‌کند که بیان می‌کند داوری ماهیت قضایی صرف ندارد، بلکه ماهیت قضایی و قراردادی درهم تنیده شده است و احکام و آثار هر دو ماهیت بر داوری مترتب است و ماهیت داوری بنا بر نظریه‌های ماهیت، قضایی و قراردادی بسیط هستند؛ اما در نظریه مختلط، ماهیت داوری ترکیبی از دو ماهیت قراردادی و قضایی است.

کلیدواژه‌ها: ماهیت داوری، روش‌های غیر قضایی، حکمیت، فقه امامیه، فقه حنفی

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نراق، نراق، ایران entezari.uni@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول) karimi4659@gmail.com

مقدمه

«داوری» یکی از روش‌های غیرقضایی است که نقش مهمی در حل و فصل اختلاف‌ها دارد؛ زیرا می‌تواند با هزینه کم و صرف زمان کمتر از رسیدگی در دادگاه، از تراکم پرونده‌ها در دادگاه‌ها و خسارات تأخیر در رسیدگی اختلاف‌ها بکاهد و اختلاف‌ها را به خوبی حل و فصل کند. داوری دارای مراحل مختلفی است که مهم‌ترین آن شناخت حقیقت داوری است؛ زیرا با درک درست از ماهیت داوری، می‌توان فهمید مشروعیت داوری برگرفته از توافق طرفین اختلاف است یا از قانون و اراده حاکمیت. دیگر اینکه شرایط، آثار و کارکردهای داوری چیست و چگونه می‌توان آن را به کار گرفت؟ در بیشتر کشورهای اسلامی قوانین و مقررات آن مبتنی بر فقه امامیه و فقه حنفی است؛ به همین دلیل بسیاری از دیدگاه‌های حقوقی درباره ماهیت داوری و احکام و آثار آن برگرفته از نظریات فقیهان است. بنابراین لازم است دیدگاه‌های فقیهان در فقه امامیه و فقه حنفی درباره ماهیت داوری به درستی تبیین گردد تا ماهیت داوری در قوانین و مقررات هم شاخته شود.

این مقاله در پی آن است که ابتدا به تعریف ماهیت داوری در فقه بپردازد و در ادامه مهم‌ترین دیدگاه‌های فقهی و حقوقی ماهیت داوری را با روش توصیفی - تحلیلی و منابع کتابخانه‌ای بررسی کند. پس از تعریف مفاهیم کلیدی، تحلیل نظرات اساسی و به دست آوردن تفاوت‌ها و مشابهت‌های فقهی و حقوقی این موضوع، ماهیت داوری از دیدگاه فقه امامیه و فقه حنفی تبیین شده است. مهم‌ترین تفاوت ماهیت داوری در فقه امامیه و حنفی در این است که بسیاری از فقیهان امامیه، ماهیت داوری را ماهیت قضایی می‌دانند؛ در حالی که بیشتر از فقیهان حنفی، ماهیت داوری را قراردادی می‌دانند که هر کدام آثار خاصی را دارد.

۱. ماهیت داوری در فقه امامیه

درباره ماهیت داوری و حکمیت دو دیدگاه اصلی میان فقیهان مطرح است؛ نظریه اول داوری و حکمیت را نوعی از قضاوت می‌دانند که آثار، احکام و شرایط قضاوت را دارد. در نظریه

دوم ماهیت داوری را وکالت داور از جانب طرفین اختلاف می‌داند که ریشه در توافق طرفین اختلاف دارد و احکام و آثار وکالت بر آن مترتب می‌گردد. در ادامه هر کدام از این دو نظریه فقهی جداگانه بررسی می‌شود.

۱-۱. ماهیت قضایی

بسیاری از فقیهان، داوری را نوعی از قضاوت می‌دانند و معتقدند داوری ماهیت قضایی دارد؛ زیرا منظور از داور در آیه تحکیم، حکم است. شهید ثانی می‌فرماید: «اگر برای حل اختلاف میان زن و شوهر دو شخص به عنوان داور و حکم انتخاب گردد، برخی گفته‌اند که داوران نمی‌توانند حکم صادر کنند؛ زیرا حکم بر غایب است، اما جواز صدور حکم بهتر است؛ زیرا حکم هر دو داور مبتنی بر اصلاح ذات‌البین است نه تفرقه. اگر تفرقه بود، نیاز به اذن داشت»^۱ (شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۸، ص ۴۶۱). بر اساس دیدگاه شهید ثانی، صدور حکم مبتنی بر این است که انتخاب داور از باب وکالت باشد؛ در این حالت حکم داور صحیح و نافذ است؛ زیرا تصرف وکیل در آنچه برای انجام آن وکیل شده نافذ است؛ چه موکل حضور داشته باشد یا غایب و چه در خصومت و شقاق باشد یا در صلح و آرامی؛ اما اگر داور را قاضی تحکیم بدانیم، چنانچه تصور می‌شود که همین‌گونه باشد، در صورت غیبت زوجین هر دو حکم نمی‌توانند بررسی را شروع کنند و حکم صادر نمایند؛ زیرا صدور حکم مبتنی بر این است که خصومت و شقاقی وجود داشته باشد، درحالی‌که اگر طرفین اختلاف غایب باشد، به راحتی نمی‌توان فهمید که آیا اختلافی است که حل و فصل گردد یا نه. دیگر اینکه هر کدام از طرفین دعوا می‌توانند محکوم‌له یا محکوم‌علیه باشد، درحالی‌که می‌توان به نفع شخص غایب حکم صادر کرد؛ اما نمی‌توان به ضرر آن حکم نمود. شیخ طوسی داوری را نوعی از حکمیت می‌داند؛ اما توکیل را هم بنا به نظر برخی از فقیهان دیگر مطرح می‌کند^۲ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ هـ، ج ۴، ص ۴۱۶). دلیلی که شیخ طوسی به آن استدلال می‌کند، این آیه است: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» (نساء: ۳۵). خداوند در این آیه می‌فرماید برای

حل اختلاف، حکم و داور انتخاب کنید نه اینکه وکیل بگیرید. دلیل دیگر اینکه اگر خطاب برای بیان احکام مطلق باشد، انصراف به ائمه و قضات دارند؛ مثل آیات «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (مائده ۵: ۳۸) و «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (نور ۲۴: ۲) که انصراف به زوجین ندارد؛ زیرا اگر زوجین مخاطب بود، باید می فرمود «فابعثوا وکیلاً» که هر دو طرفین اختلاف را دربر می گرفت، درحالی که «فابعثوا حکماً». پس وقتی مخاطب در این مطلقات قاضی است، داوری و حکمیت ماهیت قضایی دارد. دیگر اینکه هر دو حکم نافذ است، مگر اینکه حکم به افتراق کرده باشند. اگر حکم به افتراق زوجین باشد، نیاز به اذن دارد؛ درحالی که اگر داور وکیل طرفین اختلاف باشد، در تمامی تصمیم های خود باید بر مبنای نظر موکلان خود عمل کند (شیخ طوسی، ۴۰۷ هـ، ج ۴، ص ۴۱۶).

۱-۱-۱. دلایل این نظریه

بر اساس این نظریه که به نظریه صلاحیتی معروف است، نهاد داوری دارای ویژگی های قضاوت است. هرچه در قاضی منصوب شرط است، در قاضی تحکیم نیز شرط است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ هـ، ج ۱، ص ۱۲۸). حاکمیت دولت بالاتر رضایت طرفین قرار دارد؛ یعنی داوری فقط در حوزه قضایی یک کشور بر اساس اجازه قوانین آن کشور اجرا و نظارت می شود و نقش اراده طرفین محدود به انتخاب داور می گردد. انتخاب صرف به آن دلیل معتبر است که قانون آن را شناسایی کرده است و به رسمیت می شناسد. بر اساس صلاحیتی بودن داوری، رسیدگی و حل و فصل اختلاف ها، تفسیر و تطبیق قانون یکی از جلوه های حاکمیت و صلاحیت قضایی دولت ها است. اگرچه منشأ داوری، توافق نامه ای است که میان طرفین ایجاد شده است، اعتبار توافق نامه داوری و آیین داوری منوط به نظارت یک قانون ملی است. داوران شبیه قضات دادگاه هستند که اختیارات آنها ناشی از حکومت است که به وسیله قانون اعطا می شود. با توجه به اینکه فقه، عدالت را برای داور شرط می داند، حکمیت و داوری ماهیت قضایی دارد که بر اساس آن دولت ها نه تنها در ایجاد قراردادهای داوری مؤثر

هستند، بلکه در صلاحیت داورها جریان داوری و صحت آن نیز تأثیر گذارند. داوران موظف به رعایت قوانین کشوری هستند که داوری در آن برگزار می‌گردد و اگر موضوعات مختلف داوری مانند موافقت‌نامه داوری، شیوه رسیدگی، صلاحیت داور، قلمرو موضوعات قابل رسیدگی و حکم داور مخالف با قواعد آمره و نظم عمومی آن کشور باشد، توجیه ناپذیر و باطل است. دولت با ایجاد داوری درون سرزمین خود از طریق واگذاری صلاحیت خود، نظام‌های دادگستری را با مدیریت اشخاص خصوصی ایجاد می‌کند و داوران کارکرد وظیفه‌ای عمومی را به انجام می‌رسانند (جولیان دی‌ام لئو، ۱۳۹۱ ه.ش، ص ۹۸).

۱-۱-۲. ویژگی‌های ماهیت قضایی

ماهیت قضای ویژگی‌هایی دارد که او را از دیگر دیدگاه‌ها درباره ماهیت داوری متمایز می‌کند؛ مانند اینکه داور باید شرایط قاضی منصوب را داشته باشد و از صلاحیت‌های بیشتری برخوردار است. دیگر اینکه رأی او اعتبار امر مختومه دارد. برای شناخت ماهیت قضایی داوری، باید ویژگی‌ها، احکام و آثار آن به گونه‌ای شایسته بحث و بررسی شود.

۱-۱-۲-۱. داشتن شرایط قاضی منصوب

داور بر اساس این نظریه، از نظر ماهیت و ویژگی‌ها، احکام و شرایط مانند قاضی منصوب است و صلاحیت‌های قاضی منصوب را دارد؛ مانند اینکه داور باید مرد، عالم، عادل و مسلمان باشد. اما بر اساس دیدگاه‌های دیگر درباره ماهیت داوری، برخی از شرایطی که در قاضی منصوب شرط است، برای داور یا هیئت داوری شرط نیست، مثل اسلام و اجتهاد.

۱-۱-۲-۲. اعتبار امر مختومه

یکی دیگر از لوازم ماهیت قضایی داوری این است که آرای داوری باید از اعتبار آرای قضایی و دارای اعتبار امر مختومه باشد؛ یعنی اولاً این رأی برای اصحاب دعوا لازم‌الاجراست؛ ثانیاً

وقتی رأی صادر شد، دیگر نمی‌توان از آن عدول کرد مگر در موارد خاص؛ ثالثاً قاضی دیگر نمی‌تواند بدون دلیل، رأی صادر شده را نقض کند و به همان موضوع دوباره رسیدگی نماید (نجفی، ۱۴۰۴هـ، ج ۴۰، ص ۹۷).

۱-۱-۳. داریابودن صلاحیت‌های قاضی منصوب

قاضی صلاحیت‌های بیشتری از داور دارد. او می‌تواند ولیّ صغیر و مجنون باشد و در مورد مجازات مجرم تصمیم اتخاذ کند. دیگر اینکه قاضی می‌تواند در موضوعات مانند رؤیت هلال ماه حکم صادر کند؛ همچنین درباره‌ی دفاع از حقوق جامعه کارهای لازم را انجام دهد. داوری که ماهیت قضایی دارد نیز بر اساس نظریه صلاحیتی دارای چنین اختیارات و صلاحیت‌هایی است؛ درحالی‌که بر اساس نظریات دیگر، داور چنین اختیاراتی ندارد، بلکه تنها در محدوده اذنی که طرفین به او داده‌اند می‌تواند درباره‌ی حل و فصل اختلاف‌ها نظر دهد.

۱-۱-۳. اشکال‌ها

اشکال‌های متعددی بر نظریه ماهیت قضایی داوری وارد است. با توجه به این اشکال‌ها، پذیرش نظریه ماهیت قضایی داوری دشوار می‌شود. برای بحث و بررسی بیشتر لازم است برخی از اشکال‌های وارد شده بیان شود و برخی از نقدهایی که وارد نیست پاسخ داده شود.

۱-۱-۳-۱. قصور دلایل

دلایلی که برای اثبات نظریه ماهیت قضایی داوری ذکر شده است، نمی‌تواند ماهیت قضایی آن را ثابت کند، بلکه بیشترین چیزی که اثبات می‌کند، این است که ماهیت وکالتی ندارد و داوران وکیل زوجین نیستند. از کلام شیخ طوسی چنین برمی‌آید که ایشان احتمال وکالت را نفی می‌کند و با نفی احتمال وکالت نمی‌توان ماهیت قضایی داوری

را اثبات کرد؛ زیرا ممکن است داوری نه قضاوت باشد نه وکالت، بلکه ماهیت مستقل دیگری داشته باشد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷ ه.ش، ص ۷۷). این اشکال را می‌توان این‌گونه پاسخ داد که شیخ طوسی و بسیاری از فقیهان دیگر ماهیت داوری را به قسمت ثنایی تقسیم کرده است؛ به این بیان که ماهیت حکمیت یا قضایی است یا وکالتی و قسم سومی در کار نیست بر همین اساس وقتی وکالتی بودن آن را نفی می‌کند، به این نتیجه می‌رسد که ماهیتی قضایی دارد.

۱-۳-۲: دخالت بیش از حد حکومت

اشکال دیگر وارد در این نظریه عبارت است از اینکه به دولت اجازه می‌دهد در امور داوری بیش از حد دخالت کند و صلاحیت‌های آن را محدود نماید؛ درحالی‌که بر اساس واقعیت موجود در داوری، حدود اختیار داور به وسیله توافق طرفین مشخص می‌گردد و آنها می‌توانند با توافق یکدیگر صلاحیت داور را تعیین کنند. آزادی اراده طرفین بر اساس قرارداد داوری گاه می‌تواند تا آنجا پیش رود که داور را از مراجعه به مقررات آیین دادرسی و قوانین داخلی کشورها در حل و فصل اختلاف‌ها بی‌نیاز کند؛ یعنی می‌تواند رأی خود را بر اساس انصاف و بدون رعایت تشریفات دادرسی صادر نماید (مافی، ۱۳۹۶ ه.ش، ص ۱۹۰).

۱-۲. ماهیت قراردادی

بر اساس دیدگاه مذکور مکان داوری، آیین رسیدگی، قانون حاکم بر داوری، اسباب جرح داور و برخی از امور دیگر توسط توافق اراده طرفین دعوا معلوم می‌گردد؛ آنها با ایجاد قرارداد داوری، حل اختلاف‌های خود را به داور واگذار می‌کنند. قرارداد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر تعهد بر امری نماید و مقبول آنها واقع شود (صفایی، ۱۳۸۷ ه.ش، ص ۱۱). نقش مهم توافق اراده‌ها در ایجاد، هدایت و انحلال داوری بیان می‌کند

که داورى ماهيت قراردادى دارد. در داورى اختيارى يا قراردادى، طرفين دعوا اختيار دارند در اينكه براى حل اختلاف هاى خود به سيستم قضايى كشور خود مراجعه كنند يا با توافق طرف ديگر شخصى را داور انتخاب نمايند و منازعات خود را حل و فصل كنند (الدورى، ۱۴۲۲هـ، ص ۷۶).

۱-۲-۱. دلايل اين نظريه

از جمله دلايل اين ادعا آن است كه اجتهاد از شرايط قاضى است و رعايت چنين شرطى براى داور الزامى نيست؛ بنابراين بايد پذيرفت داور قاضى به شمار نمى آيد، بلكه وكيل محسوب مى گردد. دليل ديگر اينكه نهاد داورى مبتنى بر توافق طرفين است و داوران هيچ قدرتى جز آنچه طرفين به او اعطا کرده اند ندارد و رأى داور ارزش حقوقى خود را از قرارداد طرفين مى گيرد. سومين دليل بر وكيل بودن داور اين است كه بضع حق زوج و مال حق زوجه است و اين دو بالغ و رشيد هستند و هيچ كس بر آنها ولايت ندارد؛ بنابراين داور وكيل آنهاست. البته در جواب اين دليل گفته شده است مانعى نيست كه بر بالغ رشيد حكم كرد، در صورتى كه از قبول حق امتناع كرد (حسينى روحانى، ۱۴۱۲هـ، ج ۱۲، ص ۲۲۹). برخى در رد دلايل اين نظريه، گفته اند داورى سنخيتى با وكالت ندارد؛ زيرا در حقيقت وظيفه داور بيشتر از قانون ناشى مى گردد. قانون بنا بر نيازها و مصالحى كه وجود دارد، به اشخاص اجازه داده است براى حل و فصل اختلاف هاى خويش به جاى مراجعه به محكمه، شخصى را انتخاب كنند تا اختلاف ها را حل و فصل كند. بنابراين داور كسى است كه قانون به طور موقت و در مورد خاص وظيفه دادرسى را به او مى سپارد و در هنگام اجراى وظائف خويش يك مأمور عمومى است. قانون نظر داور را مانند رأى دادگاه داراى اعتبار امر قضاوت شده مى داند؛ يعنى موضوعى كه به داورى ارجاع مى شود و بعد از بحث و بررسى داوران در مورد آن حكم صادر شده است، ديگر در دادگاه قابل رسيدگى نيست (شمس، ۱۳۹۴هـ.ش، ص ۶). قاضى ابن براج تنها فقيهى است

که در کتاب الکامل خود آن را بیان می‌کند، اما در کتاب المذهب خود از آن عدول کرده است^۲ (قاضی ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۳هـ، ج ۲، ص ۲۶۶).

این نظریه نادر را تنها ابن براج در الکامل فی الفقه می‌پذیرد، اما در کتاب دیگر خود از آن عدول کرده است؛ ولی بسیاری از فقیهان این نظریه را در کتاب‌های خود بحث و بررسی کرده‌اند تا با نقد و رد نظریه وکالت، نظریه تحکیم را قوت بیشتری ببخشند. دلایلی که برای رد نظریه وکالت طرح می‌کنند، این است که خداوند فرمود: «فابعثوا حکما» نه «فابعثوا وکیلا». دیگر اینکه اگر داوران وکلای زوجین باشند، ملزم هستند از حدود اختیاراتی که زوجین به آنها داده است، تجاوز نکنند؛ در طلاق و وفاق نیاز به اجازه زوجین خواهند داشت، درحالی‌که بر اساس از روایات داوران تنها برای حکم به طلاق به اجازه زوجین نیاز دارند. دلیل دیگر برای رد نظریه وکالت این است که داوران ملزم هستند مصلحت هر دو طرف دعوا را در نظر بگیرند تا عدالت را تحقق بخشند و احقاق حق نمایند؛ درحالی‌که وکیل موظف است تنها مصلحت موکل خود را در نظر گیرد و تابع مقررات و شرایط وکالت باشد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳هـ، ج ۲، ص ۲۷۱). به جز ابن براج، اگرچه برخی دیگر از فقیهان امامیه به نظریه وکیل بودن داور اشاره کرده‌اند، ظاهراً آن را فقط برای رد نظر برخی اهل سنت آورده‌اند.

۱-۲-۲. لوازم این نظریه

اگر پذیرفتیم که داوران وکیل طرفین اختلاف هستند، آثار وکالت را باید بر آن مترتب کنیم. یکی از این آثار، رعایت مصالح موکل است که وکیل باید برای رسیدن به آن بکوشد، درحالی‌که داور نباید به دنبال مصلحت و منفعت یک طرف از طرفین دعوا باشد، بلکه او به عنوان داور و قاضی باید بی‌طرفی خود را حفظ نماید و عدالت را تأمین کند. لوازم دیگر عقد وکالت این است که اختیارات وکیل محدود است و تنها در حدود صلاحیت‌هایی که به او اعطا شده

است، حق اقدام و تصمیم‌گیری دارد. دیگر اینکه چون وکالت عقد جایز است، هرکدام از طرفین می‌توانند هر زمانی که بخواهند عقد را به هم بزنند و موکل در زمانی که احساس خطر کند، می‌تواند او را برکنار نماید. وکیل هم این حق را دارد که هر زمانی بخواهد، می‌تواند از ادامه کارش انصراف دهد و کنار رود. همچنین اگر موکل این‌گونه به وکیل اختیار دهد که تنها می‌تواند برای تأمین منافع او رأی دهد، اگر وکیل رأیی را صادر کند که خوشایند موکل نیست، رأی وکیل فصولی و منوط به تنفیذ موکل است (موسوی خمینی، [بی‌تا]، ج ۴۵، ص ۲۴۵). درحالی‌که هیچ‌کدام از این آثار با وضعیت داوری سازگاری ندارد؛ بنابراین ماهیت داوری نمی‌تواند تنها وکالتی باشد.

۲. ماهیت داوری در فقه حنفی

داوری و حکمیت در فقه سابقه‌ای طولانی دارد و از گذشته‌های خیلی دور حکمیت در جایگاه یک نهاد شرعی در فقه حنفی مورد پذیرش جامعه و مردم بوده است. رکن اصلی داوری را توافق طرفین اختلاف تشکیل می‌دهد. قاضی تحکیم این است که طرفین دعوی شخصی را برای برطرف کردن نزاع بر اساس حکم شرع، حکم قرار دهد (الزحیلی، ۴۰۹ هـ، ج ۱، ص ۲۳). داوری در فقه امامیه و حقوق که با عنوان عقد شناخته می‌شود، سه رکن دارد: الف) ایجاب و قبول؛ ب) طرفین اختلاف که داوری را برای حل اختلاف برگزیده است؛ ج) معقودعلیه که عقد بر آنها واقع شده است. اما فقیهان حنفی عقد را دارای ارکان ثلاثه نمی‌دانند، بلکه رکن عقد را تنها ایجاب و قبول می‌دانند. اما طرفین عقد و معقودعلیه را از لوازم ایجاب و قبول می‌دانند؛ زیرا از لوازم ایجاب و قبول بودن، موجب و قابلی است که آن را ایجاد می‌کند و دیگری آن را می‌پذیرد. همچنین این دو نیاز به محلی دارد که اثر ارتباط این دو در آن آشکار شود. عقد تحکیم و داوری با ایجاب و قبول محقق می‌گردد. اولین چیزی که برای ایجاد عقد از جانب یکی از طرفین عقد صادر می‌شود، ایجاب و دومی آن قبول است؛ اما نیاز به لفظ خاصی

ندارد، بلکه با هر لفظ دال بر تحکیم منعقد می‌گردد (الدوری، ۱۴۲۲هـ، ص ۱۲۱). با توجه به تعریفی که فقیهان حنفی از داوری کرده‌اند، معلوم می‌شود آنها ماهیت داوری را ماهیت عقدی و قراردادی می‌دانند که مبتنی بر رضایت طرفین اختلاف است و آثار و احکام قرارداد بر آن مترتب می‌شود.

آزادی طرفین اختلاف در انتخاب داور سبب شده است مردم به جای مراجعه به محاکم رسمی برای حل اختلاف‌ها و دیگر مشکلات، به عالمان، ریش سفیدان و متنفذان محل مراجعه کنند. هنوز هم این وضعیت به طور چشمگیری در مناطق مختلف به ویژه در مناطق دورافتاده از سوی مردم استقبال می‌شود و از این روش در جایگاه ابزاری مناسب برای حل و فصل اختلاف‌ها استفاده می‌کنند. قبل از تدوین قوانین، صدور حکم و فتوا و حل اختلاف‌ها بر اساس فقه امامیه یا با استفاده از کتاب‌های فقهی اهل سنت مانند مجله الاحکام الاسلامی عثمانیه انجام می‌گرفت که در آن حکمیت به خوبی بیان شده است.

قانون‌گذاران در برخی از کشورها به پیروی از فقه مذهب حنفی، به استفاده از شیوه داوری و حکمیت برای حل و فصل اختلاف‌ها توجه کرده‌اند و در برخی از مواد قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی این شیوه را پیشنهاد نموده‌اند و مقرراتی را برای شیوه رسیدگی از طریق داوری وضع کرده‌اند. اما اهتمام و توجه قانون‌گذاران معطوف به روش داوری یا حکمیت در دعاوی داخلی بوده است و برای حکمیت و حل اختلاف‌های تجارتي موادی را در مجموعه‌ای از قوانین به ویژه در بخش اخیر قانون تجارت به حکمیت تجارتي اختصاص داده است. برخی از کشورها در سال‌های اخیر قانون حکمیت تجارتي را تدوین کرده‌اند تا بتواند پاسخ‌گوی نیازهای داوری در عصر کنونی باشد و در صورتی که داوری بین‌المللی در قلمرو یک کشور برگزار گردد، قوانین حاکم بر داوری داخلی بر داوری بین‌المللی نیز حکومت خواهد داشت.

داوری بین‌المللی دارای نیازها، شرایط، پیچیدگی و دشواری‌هایی است که قوانین داخلی نمی‌تواند این نیازها را برآورده سازد و برای این دشواری‌ها راه حل پیدا کند. در راستای

پاسخ‌گویی به این نیازها و پرکردن خلأ قانونی ایجاد شده، قانون‌گذاران در بسیاری از کشورها با الهام از «قانون نمونه آنسیترال» سرانجام قانون داوری تجاری بین‌المللی را ایجاد کردند. تدوین و تصویب این قانون دستاورد مهمی در نظام حقوقی کشورها و نقطه عطفی در روند اصلاحات و تحولات مربوط به داوری است. قانون حکمیت تجاری، قوانین دیگر مربوط به داوری را تکمیل می‌نماید و تصویر نسبتاً روشنی را از نهاد داوری ترسیم می‌کند.

۱-۲. ماهیت مختلط

ماهیت قضایی و قراردادی بر اساس این نظریه، ماهیت واقعی داوری نیست، بلکه ماهیت داوری، ماهیت دوگانه‌ای است که از حاکمیت قانون محلی و توافق طرفین تشکیل می‌گردد و آثاری از هر دو ماهیت قضایی و قراردادی بر آن مترتب است. از یک سو طرفین برای انعقاد یک قرارداد داوری و انتخاب داور و تعیین قانون حاکم بر داوری آزاد هستند و از سوی دیگر نقش قضایی نهاد داوری در جریان رسیدگی و اعتبار توافق‌نامه داوری منوط به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی محل داوری است. در این نظریه، عناصر از ماهیت قراردادی و قضایی داوری درهم تنیده شده‌اند. هرچند اساس حل اختلاف و ارجاع آن به داوری ریشه قراردادی دارد، باید قانون‌محور باشد و در چارچوب مقرراتی صورت گیرد که طرفین بر حاکمیت آن توافق کرده است.

بنا بر نظر بسیاری از فقیهان در فقه حنفی، حکمیت و داوری را کسی می‌تواند انجام دهد و بر اساس آن اختلاف‌های طرفین را حل کند و در مورد مال یا حق دیگری تصمیم بگیرد و حکم صادر کند که عادل باشد؛ از این رو اشخاص فاقد این شرط صلاحیت رسیدگی به اختلاف‌ها را ندارد. بیان این شرط نشان می‌دهد فقیهان ماهیت حکمیت و داوری را دست‌کم در مورد رسیدگی به اختلاف‌های خانوادگی، ماهیت قضایی می‌دانند و احکام آثار آن را بر او مترتب می‌کنند؛ اما در حقوق برای داور هیچ شرطی را بیان نمی‌کند؛ یعنی طرفین اختلاف هر کسی را مناسب دید، می‌تواند برای حل اختلاف انتخاب کند و مشروعیت رسیدگی و صدور حکم

داور برگرفته از توافق اراده طرفین اختلاف است؛ ازاین‌رو می‌توان برای داوری در حقوق ماهیت دوگانه فرض کرد و آثار و احکام هر یک آن را بر آنها مترتب نمود. به این ترتیب که در برخی موارد مهم مثل حقوق خانواده، داوری ماهیت قضایی دارد و هر آنچه در قاضی شرط است، در داور هم شرط است؛ اما در موارد عرفی دیگر مثل تجارت، ورزش، صنعت ... داوری ماهیت قراردادی دارد و هر شخصی را که طرفین اختلاف انتخاب کرد، صلاحیت رسیدگی و حل اختلاف را دارد.

۲-۱-۱. ویژگی‌ها ماهیت مختلط

به نظر برخی از حقوق‌دانان، نهاد داوری دارای ماهیت مختلط است. بر اساس این نظریه، قاضی تحکیم کسی است که در ابتدا برای قضاوت نصب نشده است، بلکه در صورت توافق اصحاب دعوا حق قضاوت دارد؛ در نتیجه داور اختیار و صلاحیت خود را از توافق و اجازه طرفین به دست می‌آورد و با اجازه آنها شروع به رسیدگی می‌کند و با رعایت قوانین آمره و نظم عمومی محل داوری، رأی داور معتبر است. در تمایز بین نظریه مختلط و دو نظریه دیگر می‌توان گفت نظریه‌های قضایی و قراردادی بسیط هستند؛ اما نظریه مختلط، ترکیبی از دو ماهیت قراردادی و قضایی است که با قرارداد آغاز و با رأی داوری خاتمه پیدا می‌کند. در این نظام باید هنجارهای نظام قراردادی و قضایی هم‌زمان اجرا گردد. در نتیجه قبول نظریه مختلط از یک طرف رأی داور برای طرفین لازم الاجراست و در صورتی که رأی داور با رضایت و توافق طرفین اجرا نشود، ذی‌نفع می‌تواند با رجوع به دادگاه درخواست اجرای رأی داور را بخواهد و دادگاه موظف است رأی داور را مانند رأی قاضی به اجرا درآورد (مافی همایون، ۱۳۹۶ ه.ش، ص ۱۹۰).

۲-۱-۲. نقد ماهیت مختلط

اگرچه هر یک از نظریه‌های قضایی و قراردادی نقص‌هایی داشتند و بر همدیگر نقد‌هایی را وارد می‌کردند، هر کدام از این نظریه‌ها در برابر نظریه مختلط این امتیاز را دارند که بر اساس

هر کدام از این نظریات داوری تابع یکی از نظام‌های قضایی و قراردادی است و به واسطه حاکمیت نظام واحد به راحتی امکان شناخت نظام حقوقی حاکم بر موضوعات مورد اختلاف در نهاد داوری وجود دارد؛ اما بر اساس نظریه مختلط که ترکیب از هر دو نظریه قضایی و قراردادی است، برای تعیین احکام ابعاد مختلف این نهاد حقوقی با پرسش روبرو می‌شویم که موضوع مورد بحث تابع کدام رکن قراردادی یا قضایی است؟ نظریه مختلط خود به خود به پژوهشگران امر داوری هیچ رهنمودی ارائه نمی‌دهد، بلکه آنها را در انتخاب یکی از ارکان قراردادی یا قضایی آزاد می‌گذارد. این امر سبب آشفتگی در نهاد داوری می‌گردد؛ به همین دلیل شایسته است نهاد داوری را از وابستگی به مفاهیم بیگانه از آن رها کرد و به جای آن مفاهیمی را به کار برد که متناسب با نهاد داوری است؛ زیرا مفاهیم واژه‌ها ممکن است از یک نظام حقوقی با نظام حقوقی دیگر متفاوت باشد که سبب اختلاف‌های زیادی می‌شود. رهایی داوری از اختلاف‌ها سبب رشد مستقل داوری شده است و زمینه ایجاد نظام متحدالشکل را برای داوری فراهم می‌آورد. ایجاد این نظام در صورتی ممکن است که بدون استفاده از مفاهیم اختصاصی نظام‌های حقوقی - ملی، قواعد ویژه‌ای متناسب با ماهیت اصیل داوری وضع شود (بطحایی و شمس، ۱۳۹۴ ه.ش، ص ۷۰).

۲-۲. ماهیت کارشناسی

داوری ممکن است ماهیت متمایزی داشته باشد که بر هیچ‌یک از نظریات تحکیم و وکالت تطبیق نکند، بلکه متمایل به نظریه کارشناسی باشد؛ یعنی کسی می‌تواند عهده‌دار این مسئولیت گردد که توانایی و تجربه کافی در این مورد داشته باشد. همانند کارشناس و اهل خبره، تخصص و تجربه برای حکم هم شرط است؛ شرایطی که از آیه تحکیم برای حکمین استنباط می‌گردد، با شرایط کارشناس منطبق است. از فقیهان علاقه‌مند به این نظریه، سید عبدالاعلی سبزواری است که می‌گوید مراد از حکم کسی در مقام حاکم شرعی نیست، بلکه این کلمه برگرفته از احکام است که به معنای منع از تنافر و تخصاص میان

زوجین است. در قرآن کریم واژه حکم گاهی به معنای اتقان و استواری: «يُحْكِمُ اللَّهُ» (حج ۵۲: ۲۲) و گاهی به معنای داوری آمده است: «فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ» (بقره ۲: ۱۱۳). بنابراین واژه حکم غیر از معنای حاکم شرع، معنای دیگری نیز دارد و آن منع، استواری و تحکیم است. معنای اخیر می‌تواند معنا و مفهوم واژه حکم باشد. در این آیه با اینکه مولا در مقام بیان بوده است، شرط دیگری برای داوری ذکر نکرده است، مانند مرد بودن داور یا مجتهد بودن آن. از عدم بیان مولا می‌توان نتیجه گرفت که برای داور مرد بودن و اجتهاد شرط نیست (سبزواری، ۱۴۱۳هـ، ص ۲۳۲).

۲-۱. دلایل اتحاد ماهیت داوری با کارشناسی

قرآن کریم به خانواده‌های درگیر اختلاف، به جای مراجعه به محاکم قضایی، به انتخاب حکم توصیه نموده است؛ به این دلیل که حل و فصل قضایا از طریق داوری می‌تواند به راحتی و با هزینه کم انجام گیرد. از طرف دیگر می‌تواند اعتماد طرفین اختلاف را جلب کند و رسیدگی به صورت تخصصی و با دقت بیشتر انجام شود؛ زیرا داور مستقل و بی طرف است؛ یعنی هیچ ارتباط مالی و اجتماعی با طرفین اختلاف ندارد و به هیچ سمت و سویی گرایش ندارد (امیرمعزی، ۱۳۸۸هـ.ش، ص ۲۰۶). در حالی که رسیدگی قضایی تأثیر اندکی دارد و در برخی موارد می‌تواند مسئله را پیچیده‌تر کند. دلایل زیادی بیان‌کننده شباهت زیاد رسیدگی به شیوه داوری با کارشناسی است که در ادامه مهم‌ترین آنها بیان می‌شود.

۲-۱-۱. رسیدگی به اختلاف‌های غیر حقوقی

برخی از موضوعات مورد نزاع ماهیت غیر حقوقی دارد؛ شیوه‌های قضایی در این گونه موارد، نمی‌تواند مسئله را مدیریت کند و برای آن راه حل ارائه نماید؛ زیرا روش قضایی به مستندات قانونی و قواعد حقوقی نیاز دارد که در این گونه موارد موجود نیست، مانند برخی از امور که ماهیت اخلاقی دارد؛ برای مثال اگر زوج با همسر خود سوء رفتار یا سخت‌گیری‌های مالی

داشته باشد تا وقتی که به حرج یا ترک انفاق منتهی نشده است، برای آن راه حل حقوقی و قضایی وجود ندارد؛ اما داور یا کارشناس می‌تواند با اخلاق و رفتار کریمانه خود راه حل بهتری پیدا کند.

۲-۱-۲-۲. شناخت مشکلات پنهانی

برخی از مسائلی که در جامعه و خانواده‌ها اتفاق می‌افتد، جنبه‌های پنهانی دارد که حقوق و رسیدگی قضایی برای اثبات آن ابزاری در اختیار ندارد؛ مانند مردی که همسرش را آزار می‌دهد و پدری که تقاضاهای نامتعارفی دارد؛ ولی در محکمه آن را انکار می‌کند، اما زوجه برای اثبات آن دلیلی نمی‌تواند ارائه کند و برای محکمه هم راهی نیست که در حریم خصوصی افراد وارد شود؛ درحالی که حکمین با زوجه که رابطه خویشاوندی دارند و در ارتباط نزدیک با زوجین هستند، می‌توانند مشکلات رفتاری و اخلاقی پنهان را کشف و برای آن راه حل پیدا کنند (هدایت‌نیا، ۱۳۹۳ ه.ش، ص ۱۸۴).

۳-۱-۲-۲. حفظ حیثیت خانواده

زمانی که دعوا در محاکم قضایی مطرح می‌گردد، طرفین نزاع با تمام توان می‌کوشند بر یکدیگر پیروز شود و رأی دادگاه را به نفع خود تغییر دهند؛ به همین دلیل اسراری را به زنان می‌آورند که نباید فاش کنند تا دلیل برای پیروزی‌شان باشد. اظهار اسرار خانوادگی به قداست و حیثیت خانواده لطمه وارد می‌کند و سبب فروپاشی خانواده‌ها می‌گردد؛ اما در رسیدگی داور که معمولاً داوران از آشنایان و مورد اعتماد طرفین هستند، زوجین دوست ندارند اسرار خود را فاش کنند یا اگر چیزی گفته شد داوران از اسرار آنها مواظبت می‌کنند. شاید به همین دلایل قرآن کریم توصیه می‌کند برای حل و فصل نزاع خانوادگی، به جای مراجعه به دادگاه از روش داور استفاده کنید. با توضیحات پیش گفته روشن شد این سه ویژگی در داور و کارشناسی و مشابتهای دیگری که وجود دارد. نشان‌دهنده اتحاد ماهیت داور و کارشناسی است.

۲-۲. نقد نظریه کارشناسی

داوری اگرچه ویژگی‌هایی دارد که در کارشناسی نیز این خصوصیات وجود دارد، داشتن این ویژگی‌ها نمی‌تواند به تنهایی ماهیت قضایی و قراردادی دوری را تغییر دهد؛ زیرا رأی و نظر کارشناس الزامی ندارد، اما اطاعت از رأی دوری بر طرفین اختلاف لازم و ضروری است. همچنین کارشناسی بر اساس قوانین مشخصی انجام نمی‌گیرد، اما رسیدگی دوری الزاماً بر اساس قوانین حاکم بر آن انجام می‌پذیرد. تشریفات و اصول موجود در رسیدگی دوری، در کارشناسی وجود ندارد. دیگر اینکه هدف از کارشناسی رفع خصومت نیست، بلکه بیان حقیقت است؛ اما هدف اصلی در دوری، حل و فصل اختلاف‌ها بر اساس عمل به واقعیت است. بنابراین تفاوت‌های آشکاری که دوری از کارشناسی دارد، نشان‌دهنده تفاوت در ماهیت هریک از آنهاست. بدیهی است که با تفاوت در ماهیت آن دو احکام و آثار هریک نیز متفاوت می‌گردد؛ به این معنا که دوری نوعی از کارشناسی نیست، بلکه چیزی غیر از آن است.

۲-۳. ماهیت مستقل

نهاد دوری در علم حقوق، ماهیت قضایی و قراردادی ندارد، بلکه ماهیت مستقلی دارد که با قرارداد شروع و با صدور رأی داور خاتمه پیدا می‌کند. ماهیت این نظام تکمیل‌کننده هنجارهای نظام قراردادی و قضایی است و مستلزم یک سازوکار مستقل از عناصر دیگر نظام‌هاست؛ به همین دلیل رأی داور از نظارت قانون مقرر دوری رهاست و قانون مذکور کنترلی بر آن اعمال نمی‌کند، بلکه دوری در فضایی متفاوت وجود دارد که قلمرو قوانین و دادگاه‌های داخلی و بین‌المللی نیست. آثاری که بر این نظریه مترتب می‌شود عبارت است از اینکه انجام فرایند دوری به‌ویژه در دوری بین‌المللی، تابع تشریفات قانون داخلی نیست و دادگاه‌های داخلی فقط در شرایط استثنایی می‌توانند در فرایند دوری وارد شوند. همچنین نهاد دوری دارای ماهیت خودمختار و خاصی است که مستلزم سازوکار مستقل و خودآیین است و نمی‌توان آن را فقط

در یک شیوه قراردادی یا قضایی طبقه‌بندی کرد؛ زیرا نقش دوگانه داوری به طور بی‌سابقه‌ای درهم‌تنیده شده است؛ به گونه‌ای که جدایی آنها از یکدیگر امکان ندارد.

۲-۳-۱. دلایل این نظریه

طرفداران نظریه استقلال با استناد به فراملی بودن داوری و استقلال کامل طرفین در همه جزئیات داوری، کنترل یا نظارت دادگاه محل داوری را بر اجرای داوری انکار می‌کنند و معتقدند داوری باید از محدودیت‌هایی که قانون ملی ایجاد می‌کند، آزاد باشد و قانون ملی محل داوری یا محلی که شناسایی یا اجرای رأی از آن درخواست می‌شود، نباید نقش نظارتی داشته باشد. اشکال این نظریه آن است که رأی داور باید بر اساس قانون اجرا گردد و دارای ضمانت اجرایی باشد؛ به همین دلیل نقش قانون و دولت را نمی‌توان نادیده گرفت؛ زیرا موفقیت داوری بستگی به اجرای کامل رأی داوری دارد که بدون حاکمیت و قانون ممکن نیست.

در مورد قانون حاکم بر داوری، طرفداران نظریه استقلال می‌گویند ایجاد یک شخصیت فراملی برای داوری تجاری بین‌المللی ضروری است و تاجر نباید خود را در چارچوب نظام قانون ملی محدود کند؛ همچنین اختیار داور هم نباید در قلمرو قانون ملی محصور شود، بلکه می‌تواند بر اساس قانون ملی، اصول کلی حقوق بین‌المللی عرف تجاری یا انصاف باشند. (مافی، ۱۳۹۶ ه.ش، ص ۲۰۰).

۲-۳-۲. نقد نظریه

توافق‌نامه داوری نقش مهمی در ایجاد داوری دارد، درحالی‌که این نظریه جایگاه توافق داوری را نادیده می‌گیرد. بنابراین با واقعیت موجود منطبق نیست؛ زیرا موافقت‌نامه داوری که از حمایت قانون و حاکمیت برخوردار است، برای همه الزام‌آور است. اشکال دیگر این است که نبود تنظیم قواعد داوری به وسیله قانون ملی مطلوبیت فرایند داوری را نمی‌تواند تضمین کند. این نظریه نظامی تخیلی است که نمی‌تواند واقعیت‌های موجود را نادیده بگیرد و نظم حقوقی

کشور محل داوری را به چالش بکشد. دیگر اینکه مطابق این نظریه، رابطه بین داوران و طرفین رابطه ویژه‌ای است که تحت هیچ شرایطی از دید نظریه کلاسیک قراردادی توجیه پذیر نیست؛ زیرا در نظریه کلاسیک طرفین مرجعی را برای داور انتخاب می‌کند؛ درحالی‌که در این نظریه، توافق‌نامه داوری برای انتخاب داور پذیرفتنی نیست.

نتیجه

۱. داوری از دیدگاه فقه امامیه ماهیت قضایی دارد و بر اساس قوانین و مقررات حاکم بر یک کشور نظارت و اجرا می‌شود. نقش ارده طرفین محدود به انتخاب داور یا هیئت داوری است. دلایلی که برای اثبات ماهیت قضایی داوری ذکر شد، ماهیت وکالتی آن را نفی می‌کند، اما ماهیت قضایی بودن آن را اثبات نمی‌کند؛ زیرا ممکن است ماهیت داوری ماهیت مستقل باشد.

۲. درباره ماهیت داوری از دیدگاه حقوق نظریه‌های مختلفی مطرح است که از میان آنها نظریه ماهیت مختلط مناسب‌تر به نظر می‌رسد. بر اساس این نظریه، داوری ماهیت دوگانه‌ای دارد که مبتنی بر حاکمیت قانون ملی و توافق هر دو جانب اختلاف است و احکام و آثار هر دو ماهیت بر آن مترتب است. داوری اگرچه بسیاری از ویژگی‌های کارشناسی را دارد، تفاوت اصلی داوری با کارشناسی در این است که نظر کارشناس الزامی برای طرفین ایجاد نمی‌کند؛ اما عمل بر اساس نظر داور برای طرفین الزام‌آور است؛ پس داوری و کارشناسی ماهیت واحدی ندارد.

۳. با توجه به فقه حنفی می‌توان گفت برای داوری در تمامی موارد نمی‌شود ماهیت واحدی را در نظر گرفت و احکام و آثار واحدی را بر آن مترتب نمود؛ زیرا فقیهان در حل اختلاف‌ها میان زوجین عدالت را برای داور و حکم شرط می‌دانند، درحالی‌که در موارد دیگر برای داور شرطی را ذکر نمی‌کنند؛ یعنی داوری و حکمیت ماهیت یگانه ندارد، بلکه در مواردی که برای داور شروطی را قرار داده است، ماهیت قضایی دارد و در اموری

مانند تجارت، ماهیت مستقل دارد؛ زیرا شرطی مانند عدالت برای داوری ذکر نشده است، بلکه بی طرفی داور کافی است؛ از این رو احکام و آثار هر کدام مختلف است.

۴. ماهیت داوری از دیدگاه فقه امامیه و فقه حنفی مشابهت‌ها و تفاوت‌هایی دارد؛ مهم‌ترین مشابهت این دو در این است که در داوری برای حل اختلاف زوجین ماهیت داوری را ماهیت قضایی می‌دانند و احکام و آثار این ماهیت را مترتب می‌کنند.

۵. مهم‌ترین تفاوت آنها در این است که از دیدگاه فقه امامیه، داوری در همه زمینه‌ها ماهیت قضایی دارد؛ اما از دیدگاه فقه حنفی داوری ماهیت دوگانه قضایی و قراردادی دارد. تفاوت دوم اینکه در نظریه قضایی نقش داور تنها به انتخاب داور محدود می‌گردد و اعتبار این انتخاب هم به دلیل شناسایی قانون است؛ اما بنا بر نظریه مختلط انتخاب داور، قانون حاکم، صلاحیت آنها و موارد دیگر در داوری بر اساس توافق طرفین ایجاد می‌گردد نه اراده دولت. تفاوت سوم این دو نظریه در این است که در ماهیت قضایی به دلیل حاکمیت نظام واحد امکان شناخت آن به راحتی وجود دارد و معلوم است که هر موضوع تابع کدام رکن قضایی است؛ در حالی که در ماهیت دوگانه این پرسش وجود دارد که این موضوع تابع کدام رکن قراردادی یا قضایی است و این امر سبب آشفتگی در این مورد می‌گردد.

پی‌نوشت‌ها

۱. ولوقلنا إنه تحکیم - كما هو المتصور فقال الشيخ في المبسوط: لا يجوز الحكم مع غيبة أحدهما، لأن الحكم حينئذ مشروط ببقاء الشقاق والخصومة بينهما ومع الغيبة لا يعرف بقاء ذلك.
۲. «بعث الحكمين في الشقاق على السبيل التحكيم لا على التوكيل و به قال علی ع و ابن عباس والقول الاخر انهما على سبيل التوكيل و به قال ابو حنیفه».
۳. ذکرنا فی کتابنا الكامل فی الفقه فی هذا الموضوع انه على طريق التوكيل والصحيح انه على طريق التحكيم.

کتاب‌نامه

۱. قرآن
۲. ام‌لیو، جولیان دی؛ و لوکاس ای میست لیس، استفان ام کرول. (۱۳۹۱ هـ.ش). داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی. مترجم: محمد حبیبی مجنده. ج ۱. قم: دانشگاه مفید.
۳. امیرمعزی، احمد. (۱۳۸۸ هـ.ش). داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی. ج ۲. تهران: نشر دادگستر.
۴. بطحایی، فرهاد؛ و عبدالله شمس. (۱۳۹۴ هـ.ش). «ماهیت حقوقی داوری». نشریه تحقیقات حقوقی. ش ۷۰.
۵. حسینی روحانی، صادق. (۱۴۱۲ هـ). فقه الصادق. ج ۱. قم: دار الکتاب مدرسه امام صادق.
۶. الدوری، قحطان عبدالرحمن. (۱۴۲۲ هـ). عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی و القانون الوضعی. ج ۱. [بی‌جا]: دار الفرقان لنشر و التوزیع.
۷. الزحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ هـ). الفقه الاسلامی و ادلته. ج ۳. دمشق: دار الفکر.
۸. سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ هـ). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: مؤسسه المنار.
۹. شمس، عبدالله؛ و فرهاد بطحایی. (۱۳۹۴ هـ.ش). «ماهیت حقوقی داوری». نشریه تحقیقات حقوقی. ش ۷۰.
۱۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ هـ). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. ج ۱. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۱. صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۷ هـ.ش). قواعد عمومی قراردادها. ج ۶. تهران: نشر میزان.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ هـ). الخلاف. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. قاضی ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز. (۱۴۰۳ هـ). المهذب. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. مافی، همایون. (۱۳۹۶ هـ.ش). «ماهیت حقوقی نهاد داوری». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی. س ۶. ش ۲۱.
۱۵. مافی، همایون؛ و محدحسین تقی‌پور. (۱۳۹۶ هـ.ش). «ماهیت حقوقی نهاد داوری». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی. س ۶. ش ۱.
۱۶. محقق سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ هـ). کفایة الاحکام. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. [بی‌تا]. تحریر الوسیله. ج ۱. قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.
۱۸. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ هـ). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۷. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۹. هدایت‌نیا، فرج‌الله. (۱۳۸۷ هـ.ش). داوری در حقوق خانواده. ج ۱. قم: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۰. _____. (۱۳۹۳ هـ.ش). «ماهیت حکمیت (در دعاوی خانواده)». مجله قرآن و حقوق اسلامی. ش ۱.