



۷.....	مقدمه
۱۱.....	<b>فصل اول: کلیات مرتبط با داوری</b>
۱۲.....	بخش اول: مفاهیم مرتبط با داوری و قرارداد داوری
۱۲.....	مبحث اول: مفاهیم مرتبط با داوری
۱۲.....	گفتار اول: تعریف داوری
۱۵.....	گفتار دوم: تفاوت داوری با سایر روشهای حل و فصل اختلافات
۱۵.....	بند اول: تفاوت داوری و سازش و میانجیگری
۱۶.....	بند دوم: تفاوت داوری و قضاوت
۱۶.....	بند سوم: تفاوت داوری و تأسیس حقوقی کارشناسی
۱۷.....	بند چهارم: تفاوت داوری با مذاکره
۱۷.....	بند پنجم: تفاوت داوری با مساعی جمیله
۱۸.....	گفتار سوم: پیشینه تاریخی داوری
۲۰.....	گفتار چهارم: ماهیت داوری
۲۶.....	گفتار پنجم: اقسام داوری
۲۶.....	بند اول: بر حسب وجود اراده یا عدم آن
۲۷.....	بند دوم: تقسیم بر حسب زمان تعیین داور
۲۸.....	بند سوم: تقسیم‌بندی بر حسب شکل داوری
۲۹.....	بند چهارم: تقسیم‌بندی بر حسب تعلق آن به یک کشور و یا تعلق به جامعه‌ی بین‌المللی
۳۰.....	مبحث دوم: مفاهیم مرتبط با قرارداد داوری
۳۰.....	گفتار اول: تعریف
۳۱.....	گفتار دوم: شرایط
۳۱.....	بند اول: شرایط شکلی
۳۲.....	بند دوم: شرایط ماهوی

۳۵	فصل دوم: اصول و قواعد داوری تجاری بین‌المللی
۳۶	بخش اول: اصول
۳۶	مبحث اول: استقلال و بی طرفی داوران
۳۹	مبحث دوم: خصوصی بودن داوری
۴۰	مبحث سوم: محرمانه بودن داوری
۴۰	گفتار اول: مفهوم محرمانه بودن داوری
۴۲	گفتار دوم: وجه تمایز آشکار بودن و محرمانه بودن داوری
۴۲	بند اول: مبانی آشکار بودن داوری
۴۶	بند دوم: مبانی محرمانه بودن داوری
۴۹	گفتار سوم: استثنائات قاعده محرمانه بودن داوری
۴۹	بند اول: ضرورت‌ها
۵۱	بند دوم: استثناء اموال عمومی
۵۴	بند سوم: حمایت از حقوق طرفین
۵۷	گفتار چهارم: محرمانه بودن داوری در حقوق داخلی و ضمانت اجرای نقض آن
۵۷	بند اول: محرمانه بودن داوری در حقوق داخلی
۶۰	بند دوم: ضمانت اجرای نقض قاعده
۶۳	بخش دوم: قواعد
۶۳	مبحث اول: قاعده آزادی اراده طرفین در تعیین شروط داوری و انتخاب داوران
۶۵	مبحث دوم: قواعد مربوط به مکان داوری
۶۵	گفتار اول: مفهوم مکان در داوری
۶۵	بند اول: مفهوم کلاسیک
۶۶	بند دوم: مفهوم مدرن
۶۸	گفتار دوم: تعیین مکان در داوری بین‌المللی
۶۸	بند اول: تصریح طرفین اختلاف
۶۹	بند دوم: عدم تصریح طرفین اختلاف
۷۱	گفتار سوم: قواعد تعیین مکان در داوری الکترونیک
۷۳	مبحث سوم: قواعد مرتبط با جرح داور و اصول کلی مرتبط با آن در داوری تجاری بین‌المللی

- گفتار اول: قواعد کلی جرح و رد داوران در دعاوی تجاری بین المللی..... ۷۳
- گفتار دوم: اصول کلی مرتبط با جرح و رد داوران در داوری تجاری بین المللی..... ۷۶
- بند اول: اهلیت..... ۷۶
- بند دوم: تابعیت..... ۷۷
- بند سوم: سو رفتار..... ۷۹
- بند چهارم: اصل برابری طرفین و عواقب عدم رعایت آن..... ۸۱

### فصل سوم: بررسی نقش و کارکرد داوری تجاری الکترونیک..... ۸۵

- بخش اول: مفاهیم مرتبط با داوری مجازی و موافقتنامه داوری مجازی..... ۸۶
- مبحث اول: اصطلاحات رایج در داوری الکترونیک و تاریخچه ظهور آن..... ۸۶
- گفتار اول: اصلاحات رایج داوری الکترونیک..... ۸۶
- بند اول: داوری مجازی..... ۸۶
- بند دوم: موافقت نامه داوری مجازی..... ۸۶
- بند سوم: رای داوری مجازی..... ۸۶
- گفتار دوم: تاریخچه ظهور داوری مجازی..... ۸۷
- مبحث دوم: مقایسه داوری سنتی و مجازی..... ۸۸
- مبحث سوم: نقش داوری مجازی در دادرسی عادلانه..... ۸۹
- بخش دوم: بررسی مزایا و معایب احتمالی داوری در فضای مجازی..... ۹۱
- مبحث اول: مزایای داوری مجازی..... ۹۱
- گفتار اول: سرعت بالا..... ۹۲
- گفتار دوم: کاهش هزینه ها..... ۹۲
- گفتار سوم: منع بوروکراسی و کاغذ بازی..... ۹۳
- گفتار چهارم: صرفه جویی در زمان..... ۹۴
- گفتار پنجم: قابلیت بایگانی طولانی مدت اوراق و مدارک..... ۹۴
- گفتار ششم: بهره گیری از امضای الکترونیکی..... ۹۴
- مبحث دوم: معایب احتمالی داوری مجازی..... ۹۶
- گفتار اول: خلاءهای مرتبط با داوری مجازی..... ۹۶

- گفتار دوم: ضعف مقررات قانونی در خصوص تعیین اقامتگاه در محیط سایبر..... ۹۷
- گفتار سوم: ضعف امنیتی در سیستم مجازی..... ۹۸
- گفتار چهارم: ضعف آموزشی در بین داوران..... ۹۹
- گفتار پنجم: ضعف در خصوص شناسایی هویت طرفین دعوی..... ۱۰۰
- گفتار ششم: ضعف فرهنگی و بی اعتمادی عمومی..... ۱۰۰
- بخش سوم: احکام و شرایط اعتبار انعقاد موافقتنامه داوری در فضای مجازی..... ۱۰۱
- مبحث اول: تعریف موافقتنامه داوری مجازی..... ۱۰۲
- مبحث دوم: شرایط اعتبار انعقاد موافقتنامه داوری مجازی..... ۱۰۳
- گفتار اول: شرایط قانونی..... ۱۰۳
- گفتار دوم: شرایط شکلی..... ۱۰۴
- بند اول: شرط کتبی بودن موافقت نامه داوری مجازی..... ۱۰۴
- بند دوم: شرط استفاده از امضای الکترونیک..... ۱۱۷

## فصل چهارم: نتیجه گیری و پیشنهادات..... ۱۲۳

- بخش اول: نتیجه گیری..... ۱۲۴
- بخش دوم: پیشنهادات..... ۱۲۷

## فهرست منابع..... ۱۲۹

- ۱- منابع فارسی..... ۱۲۹
- الف) قوانین ومقررات..... ۱۲۹
- ب) کتب وجزوات..... ۱۲۹
- ج) مقالات..... ۱۳۱
- د) پایان نامه و رساله..... ۱۳۴
- ۲- منابع عربی..... ۱۳۵
- ۳- منابع لاتین..... ۱۳۵

تجار در سطح بین‌المللی معمولاً رغبتی به حل و فصل دعاوی و اختلافات در معاملات تجاری خود از طریق سیستم‌های قضایی کشور خود ندارند و علل آن، اطلاع دادرسی در محاکم، تخصصی بودن امر و عدم شناخت قضات برای بررسی و رسیدگی دقیق اختلافات می‌باشد؛ لذا بازرگانان غالباً روش‌هایی دیگر از قبیل: سازش، میانجیگری در مذاکرات و گفتگو جهت مصالحه و توافق در داوری را برای حل و فصل اختلافاتشان پیش‌بینی می‌نمایند که راهکار داوری و حکمیت (رسیدگی توسط داور) از رایج‌ترین این روش‌هاست. رسیدگی به دعاوی از طریق داوری و حکمیت، معایب اخیرالذکر در رسیدگی قضایی را در بر ندارد. لذا امروزه می‌توان شاهد آن بود که استفاده از نهاد داوری و گرایش به داوری‌های بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات تجاری گسترش فوق‌العاده‌ای یافته است و کاربرد آن به حدی افزایش یافته که کمتر قرارداد تجاری بین‌المللی را می‌توان یافت که حل و فصل اختلافات در مورد آن به داوری ارجاع نشده باشد.

لازم به توضیح است که سوابق زیادی از نهاد داوری در فقه اسلامی و عرف وجود دارد و از احکام امضایی محسوب می‌شود و نمونه‌های بسیاری از عمل به آن، قبل از ظهور اسلام و نیز در زمان پیامبر اکرم و ائمه معصومین مشاهده می‌شود و چنانچه امروزه بتوان این تاسیس حقوقی را با استفاده از تحلیل صحیح و شناساندن مبانی فقهی و حقوقی آن در میان عامه مردم نهادینه کرد می‌توان شاهد حل و فصل اختلافات، قبل از ارجاع به دادگاه و جلوگیری از افزایش حجم پرونده‌های ورودی به دادگستری بود. داوری یک دادرسی خصوصی و مورد تایید قانون است که ارجاع اختلاف به آن برخلاف دادگاه، مستلزم توافق طرفین است که ممکن است قبل و یا بعد از بروز اختلاف، انجام شود. قوانین جدید داوری متضمن قواعدی راجع به نقش طرفین، داور یا داوران و محاکم در کلیه مراحل داوری از ابتدا تا انتهای فرایند آن می‌باشند. آنچه باعث تمایز داوری از سیستم قضایی شده، این است که قضات دادگاهها از ناحیه‌ی حکومت انتخاب می‌گردند ولی داوران عموماً از سوی طرفین دعوی انتخاب

می‌شوند. اساسی‌ترین وظیفه و نهایت هدف داوری احقاق حق و فصل خصومت در سریعترین زمان با حداقل هزینه است. قاضی تحکیم، حکمین، داوران مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی و داوری تجاری بین‌المللی و ایجاد نهاد تازه تاسیس شورای حل اختلاف، همه در جهت نیل به اهداف موصوف تشکیل و تصویب شده‌اند. قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی اولین قانون ایران در خصوص حکمیت (داوری) بوده است. پس از قانون مذکور، داوری دستخوش تغییرات گوناگون گردیده است. نهایتاً قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱ خود را به این موضوع اختصاص داد. به لحاظ اهمیت بحث داوری در بازرگانی بین‌المللی، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در تاریخ ۷۶/۶/۲۶ با الگوگیری از قانون نمونه آنسیترال (کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی) به تصویب رسید. در شرایط فعلی بیشتر روابط حقوقی و حل معضلات ناشی از اعمال تجاری بین بازرگانانی که در صحنه بین‌المللی فعالیت می‌کنند، متضمن توافقنامه‌های داوری می‌باشد که شامل تعهدات طرفین دایر به ارجاع اختلافات به داوری می‌باشد و با توجه به سهولت داوری نسبت به حل و فصل دعاوی از طریق توسل به مقامات قضایی، امروزه این شیوه به صورت بهترین وسیله حل و فصل اختلافات بازرگانی بین‌المللی درآمده است

دلیل اقبال نسبت به داوری، وجود مزایایی مانند سرعت در رسیدگی، هزینه اندک، قابلیت اعمال اراده طرفین در ارکان آن می‌باشد. با این وصف، حفظ روابط میان طرفین اختلاف، ایجاب می‌نماید قبل از صدور حکم نهایی داوری و یا حتی پس از صدور آن، از افشای اطلاعات مرتبط با داوری و حتی رای صادره، توسط هر یک از افراد مربوط به آن اختلاف اعم از طرفین و داوران و نهاد داوری سازمانی، جلوگیری به عمل آید و همه طرفها به جنبه محرمانه بودن داوری که از وجوه تمایز داوری و دادگاه است و از جنبه خصوصی بودن داوری ناشی می‌شود پایبند بمانند. همچنین یکی دیگر از اصول مرتبط با داوری که از اهمیت زیادی برخوردار است اصل استقلال و بی‌طرفی داوری است. بنابراین سه اصل مهم محرمانه بودن، خصوصی بودن و استقلال و بی‌طرفی داور، به عنوان مهمترین اصول داوری تجاری بین‌المللی در این کتاب در کنار قواعد مهم داوری از جمله تعیین مکان داوری و قواعد مربوط به جرح داور بررسی گردید.

ازسوی دیگر با توسعه روزافزون کاربرد جهانی اینترنت و دسترسی انسانها به نوع جدیدی از وسایل ارتباطی، ماهیت ارتباطات نیز دگرگون شده و مسایلی از قبیل تجارت الکترونیک و پدید آمدن دلایل الکترونیکی، باعث شده است این دگرگونی در ماهیت ارتباطات منجر به دگرگونی در ماهیت اختلافات

گردد بنابراین بهتر است حتی المقدور از روشهای سنتی برای حل اختلافات پرهیز نموده و با در نظر گرفتن عواملی چون صرفه جویی در زمان و مسافت، صرفه جویی در هزینه‌ها و... تمامی مراحل حل اختلاف از طریق نهاد داوری را اعم از انعقاد موافقتنامه داوری، ارائه لایحه به دیوان داوری، ارائه دلایل و مستندات، جریان رسیدگی و نهایتاً صدور رای، در فضای مجازی و از طریق شبکه‌های اینترنتی صورت پذیرد. بنابراین در این کتاب پس از بیان کلیاتی پیرامون داوری و مفاهیم مرتبط با آن و اصول و قواعد مهم داوری تجاری بین المللی به تعریف موافقتنامه داوری در فضای مجازی و قوانین داخلی و مقررات بین المللی و نیز شرایط شکلی و قانون حاکم بر چنین داوری‌هایی خواهیم پرداخت.





**فصل اول:**

**کلیات مرتبط با داوری**

## **بخش اول: مفاهیم مرتبط با داوری و قرارداد داوری**

در این بخش، در مبحث اول به بیان کلیاتی پیرامون مفهوم داوری و تفاوت این نهاد با سایر مفاهیم مشابه خواهیم پرداخت و سپس توضیحاتی در خصوص پیشینه داوری خواهیم داد و پس از آشنایی با پیشینه داوری به بیان ماهیت و اقسام داوری خواهیم پرداخت. پس از توضیح این کلیات که در ۵ گفتار بیان خواهد شد در مبحث دوم قرارداد داوری را تبیین نموده و شرایط آن را توضیح می‌دهیم. بنابراین این بخش را در ۲ مبحث بیان خواهیم نمود.

### **مبحث اول: مفاهیم مرتبط با داوری**

در این مبحث برای بیان مفهوم داوری و معرفی آن بدو به تعریف داوری خواهیم پرداخت و در آن سعی می‌نماییم از مجموع تعاریف ارائه شده از ناحیه حقوقدانان و قانون تعریفی جامع و مانع ارائه دهیم سپس جهت هرچه بهتر معرفی نمودن مفهوم داوری به بیان تفاوت آن با برخی از مفاهیم از قبیل قضاوت در دادگستری، کارشناسی و سازش که بعضاً با مفهوم داوری مشتبه می‌شود می‌پردازیم و در ادامه پیشینه تاریخی داوری را تبیین نموده و پس از بیان ماهیت داوری به ارائه توضیحاتی پیرامون اقسام داوری خواهیم پرداخت. بنابراین این مبحث، شامل ۵ گفتار خواهد بود.

### **گفتار اول: تعریف داوری**

داوری یکی از تاسیس‌های پیش‌بینی شده در قانون است که برای تعریف آن، تعاریف گوناگونی ارائه شده که در ذیل از لحاظ لغوی و اصطلاح حقوقی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. داوری در لغت به معنای عمل داور، قضا، حکومت، قضاوت، حکمیت، محاکمه کردن<sup>۱</sup>، انصاف درباره نزاع و کشمکش و مرافعه دو یا چند نفر، آمده است.<sup>۲</sup> همچنین تعاریف متعددی توسط حقوقدانان داخلی و خارجی از آن

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید ۱۳۷۷، جلد هفتم، صص ۴۳۹ - ۱۰۴۴۰

۲. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ هیجدهم، ۱۳۶۲، ص ۴۸۳

ارائه شده است که در مجموع یک مفهوم را می‌رساند، تعدادی از تعاریف ارائه شده را به شرح زیر بیان می‌داریم:

«داوری و حکمیت عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم اشخاص که اطراف دعوی معمولاً آن را به تراضی انتخاب می‌کنند و یا مراجع قضائی با قرعه برمی‌گزینند»<sup>۱</sup>

«داوری عقدی است که با قصد و رضای طرفین منعقد می‌شود و به موجب آن دو یا چند نفر متعهد می‌شوند که رفع اختلاف و منازعه میان خود را به یک یا چند نفر از اشخاص خصوصی (اعم از حقیقی یا حقوقی) واگذار کنند.»<sup>۲</sup>

«نهاد داوری که فنی برای حل و فصل اختلافات توسط یک یا چند شخص به نام داور یا داوران است و طریقی غیرقضایی بوده...»<sup>۳</sup>

«داوری فنی است که هدف آن حل و فصل یک مسئله مربوط به روابط بین دو یا چند شخص است به وسیله یک یا چند شخص دیگر به نام داور یا داوران که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می‌گیرند و بر اساس آن قرارداد رأی می‌دهند بی آن که دولت چنین وظیفه‌ای را به آنان محول کرده باشد.»<sup>۴</sup>

از مجموع تعاریف متعددی که از داوری شده است، اینطور استنباط می‌گردد که داوری طریقی برای رسیدگی به اختلافات بین اشخاص است که طرفین طوعاً این روش را برمی‌گزینند و می‌خواهند به هر دلیلی که خودشان مصلحت می‌دانند به اختلافات آن‌ها توسط شخصی یا اشخاصی رسیدگی گردد که رسماً مرجع حل اختلاف دولتی یعنی مراجع قضائی نمی‌باشند. البته ممکن است این توافق جهت حل اختلافات قبل از وقوع و یا بعد از وقوع آن باشد. چنین تعریفی را می‌توان از ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ به شرح ذیل نیز استنباط نمود: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌های دادگستری طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.» و همچنین تعریفی در خصوص داوری در بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶ به شرح ذیل آمده است: «... الف: داوری، عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین

۱. مدنی، سیدجلال الدین، آیین دادرسی مدنی، انتشارات پایدار، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۲۳۸

۲. صدرزاده افشار، محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۵، ص ۴۱۲

۳. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۹

۴. داوید، رنه، داوری در بازرگانی بین‌المللی، ترجمه دکتر سید حسین صفائی (از مقدمه و فصل اول کتاب) مندرج در کتاب حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۰، ص ۸۴

در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی...» البته به نظر می‌رسد در تکمیل تعریف فوق می‌توان اینطور بیان نمود که «داوری» عبارت است از تراضی بر رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی. یعنی قید «تراضی» را به ابتدای تعریف اضافه می‌کنیم تا مشخص شود ارجاع به داوری با تراضی طرفین است و اجباری نمی‌باشد ولی ممکن است پس از محقق شدن اینکه دعوی بایستی از طریق داوری رسیدگی گردد داور رسیدگی کننده انتصابی باشد و نه انتخابی. در اینجا لازم به توضیح است که در برخی از قوانین<sup>۱</sup> حل و فصل اختلافات توسط داور یا داوران اجباری می‌باشد. البته برخی از حقوقدانان نهادن نام داور به چنین اشخاصی را به معنی داوری به شرحی که آمده است نمی‌دانند:

«هر طریق حل و فصلی که به وسیله قانون و یا دادگاه به طرفین تحمیل می‌شود، داوری تلقی نمی‌شود. در اغلب کشورهای جهان تاسیسات حقوقی مختلفی وجود دارد که تحت عنوان داوری از آن‌ها یاد می‌شود، بدون آنکه داوری به مفهوم درست کلمه باشند. در ایران مثلاً، قانون دادگاه‌های مدنی خاص قاضی را تکلیف به ارجاع امر به داور کرده است که طرفین نمی‌توانند از آن عدول کنند. قانون تشکیل «شوراهای داوری سابق» نیز تشکیل دادگاه‌های خاص را تحت این عنوان پیش‌بینی کرده بود که صلاحیت الزامی داشتند و برای رسیدگی نیاز به آن نداشته که طرفین به صلاحیت آن‌ها رضایت داشته باشند.»<sup>۲</sup>

البته ممکن است با توجه به عدم قید تراضی در بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶، عمدی بوده و مقنن قصد داشته تا مواردی که داوری به موجب قوانین پراکنده اجباری است را از حیث مقررات از قبیل نحوه انتخاب، رسیدگی، اجراء حکم و غیره مانند مقررات راجع به داوری غیر اجباری بداند. مثلاً اگر اختلاف از نوعی باشد که رسیدگی کننده به آن طبق قانون اجباراً بایستی داور باشد چنین داوری از لحاظ دریافت دستمزد همانند داوری با تراضی خواهد بود.

۱. رجوع شود به ماده ۱۴ قانون تخصص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور، فلات قاره مصوب ۱۳۳۶/۵/۷، و قانون

اکتشاف توسعه صنایع پتروشیمی مصوب ۱۳۴۴/۴/۲۰، ماده ۵

۲. اسکینی، ربیعا، جزوه درسی داوری تجاری بین‌المللی، مجتمع آموزش عالی قم، نیمسال اول سال تحصیلی ۷۵-۷۶، ص ۲

### گفتار دوم: تفاوت داوری با سایر روشهای حل و فصل اختلافات

داوری دارای خصوصیتی است که بیان این خصوصیات و همچنین بیان تفاوت آن با برخی از مفاهیم باعث روشن شدن هرچه بیشتر تعریف و مفهوم داوری می‌گردد.

#### بند اول: تفاوت داوری و سازش و میانجیگری

سازش و میانجیگری روشی است که طرفین اختلاف با پادرمیانی و مساعدت شخص ثالثی مشکلات و اختلافات موجود را حل و فصل می‌کنند. مهمترین مشخصه این روش، دخالت، وساطت و مساعدت شخص یا اشخاص ثالث در انجام مذاکرات بین طرفین اختلاف است.<sup>۱</sup> نکته مهمی که سازش را از رسیدگی قضایی و یا داوری جدا میکند این است که سازش دهنده نمیتواند خود راساً موضوع اختلاف را فیصله دهد و یا نظر خود را بر طرفین تحمیل کند. سازش دهنده تنها مجاز است تا بکوشد که طرفین اختلاف به یک راه حل دوستانه نایل شوند.<sup>۲</sup> در این خصوص، مطالبی از یکی از حقوقدانان فرانسوی<sup>۳</sup> عیناً نقل می‌گردد:

«داوری از سازش دادن (میانجیگری) نیز باید تفکیک شود. از آنجا که داوران غالباً اختیار دارند که بر اساس انصاف رای بدهند و چه بسا ممکن است در اندیشه تعیین راه حلی باشند که برای همه اشخاص ذینفع قابل قبول به نظر برسد. در زمینه تفکیک مذکور ابهامی ایجاد شده است با وجود این بین داوری و سازش دادن یک اختلاف اساسی وجود دارد. راه حلی که سازش دهنده یا میانجی پیشنهاد می‌کند باید مورد قبول اشخاص ذینفع قرار گیرد و اجباری نمی‌شود مگر هنگامی که آنان راه حل مزبور را قبول کنند، لیکن تصمیم داور برای اشخاص ذینفع بدون نیاز به پذیرش آنان الزامی است.»<sup>۴</sup>

بنابراین وقتی طرفین، میانجیگری شخص را قبول می‌کنند این بدان معنا نیست که اظهار نظر وی حتماً مورد تایید طرفین باشد و این تراضی باید نسبت به وی در دو مرحله انجام گیرد. قبل از تصمیم‌گیری و بعد از تصمیم‌گیری، در صورتی که این مرحله اخیر نسبت به احکام داور ضرورتی ندارد و بخودی خود دارای ارزش و اعتبار خواهد بود و اگر هریک از طرفین از آن عدول نماید و طوعاً حاضر به اجرای آن نباشد، طرف مقابل می‌تواند مانند حکم قاضی دادگاه دادگستری تقاضای اجرای آن را بنماید.

۱. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، نشر سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۲، ص ۶۷

۲. همان منبع، همان صفحه

3. Rene DAVID

۴. داوید، رنه، منبع پیشین، ص ۸۶

### بند دوم: تفاوت داوری و قضاوت

باید توجه داشت منشأ اقتدار داور اراده طرفین دعوی است و این طرفین دعوی و اختلاف هستند که وی را جهت حل اختلاف و صدور حکم مقتضی برمی‌گزینند و وی مأمور دولت نبوده و حتی حق الزحمه خویش را نیز بنا به شرایطی از طرفین اخذ می‌نماید در صورتی که قاضی که در دادگاه دادگستری به اختلافات رسیدگی می‌نماید، منصوب از طرف دولت متبوع خویش بوده و ملزم به رعایت قوانین کشورش می‌باشد و اراده طرفین نقشی در انتخاب او نداشته و او حق الزحمه و به عبارتی حقوق خویش را از دولت دریافت می‌نماید. و حتی اگر داور به صورت سازمانی نیز عمل نماید، باز هم خصوصی محسوب می‌شود چون به انتخاب طرفین است.

البته بحثی که در این خصوص پیش می‌آید این است که اگر بنا به قوانین متفرقه حل اختلاف به وسیله داور اجباری باشد، باز هم اختلاف فوق با توجه به این که منشأ اقتدار داور تراضی نخواهد بود باقی است و داوری با قضاوت قضات در دادگاه فرقی نخواهد داشت. در این خصوص عیناً مطلب احدی از حقوقدانان به نام فرانسه را عیناً نقل می‌کنیم: «تفکیک بین داوری قراردادی و دادرسی دولتی همیشه آسان نیست و گاهی این کار کمی ساختگی است. هنگامی که قانونگذار رجوع طرفین به داوری را تحمیل می‌کند، چه بسا اتفاق می‌افتد آنان بی آنکه در انتظار تعیین داور از طرف مقام دولتی باشند، در انتخاب شخصی که به دعوی آنان رسیدگی خواهد کرد توافق می‌کنند. در این مورد، بر فرض این که داوری که در شرایط مذکور تعیین شده است مجاز به اخذ تصمیم به نام دولت همانند قاضی نباشد، ما در مقابل یک داور حقیقی داریم.»<sup>۱</sup>

به هر روی، مهمترین وجه تفاوت داوری و قضاوت را همانطور که پیشتر ذکر نمودیم، متکی بودن قدرت داوری به اراده طرفین دعوی است. قدرتی که اگر چه در تمامی مراحل داوری اعم از رسیدگی، صدور و اجرای رای وجود دارد اما نمی‌توان آن را مطلق فرض نمود. زیرا قانونگذار در مواقعی محدودیتهایی را برای این اراده طرفین در ارجاع اختلاف به داوری وضع نموده است.

### بند سوم: تفاوت داوری و تأسیس حقوقی کارشناسی

کارشناس شخصی است متخصص که نسبت به موارد تخصص خویش اظهار نظر می‌کند بدون این که نظر وی قاطع دعوی و لازم‌الاتباع باشد، در صورتی که داور مانند قاضی رأی صادر می‌کند و تصمیم وی

لازم‌الاتباع است.<sup>۱</sup>

### بند چهارم: تفاوت داوری با مذاکره

آسانترین راه حل اختلافات تجاری، توسل به مذاکره و گفتگو است. این روش برای حل بیشتر اختلافات سرمایه‌گذاری، معمولترین و در عین حال ساده‌ترین روش محسوب شده و امروزه به عنوان قاعده تاریخی در حل اختلافات مورد توجه قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> به واقع باید گفت یکی از کم هزینه‌ترین و غیر رسمی‌ترین طرق حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی انجام مذاکره و گفتگو است. اصولاً مذاکره و گفتگو نه تنها به روابط تجاری موجود لطمه نمی‌زند بلکه باعث تقویت روابط می‌گردد. گفتگو و مذاکره به طرفین اجازه می‌دهد که اختلافات را با حفظ روابط تجاری خود حل و فصل کنند.<sup>۳</sup> و اینجاست که بارزترین تفاوت میان داوری و مذاکره به زعم نگارنده این کتاب نمایان می‌گردد و آن این است که در طی روند داوری، ممکن است علی‌رغم اینکه داوری نیز یک روش مسالمت‌آمیز محسوب می‌شود اما به روابط تجاری طرفین، لطمه وارد کند. همچنین با توجه به اینکه حل و فصل اختلافات از طریق مذاکره و گفتگو یک روش غیر رسمی است تشریفات خاصی برای انجام آن وجود ندارد، حال آنکه در داوری علی‌الاصول رعایت برخی تشریفات از قبیل ابلاغ اوراق و اخطاریه‌ها و یا تشریفات مربوط به جرح داور و... الزامی است.

### بند پنجم: تفاوت داوری با مساعی جمیله

**مساعی جمیله** یکی از روش‌های حل اختلافات بین‌المللی است که به موجب آن، طرف سوم با رضایت دولت‌های دارای اختلاف به صورت وساطت دوستانه تلاش می‌کند مذاکره بین طرفهای مربوط را امکان‌پذیر کند بدون اینکه لزوماً پیشنهادهای اساسی برای حل اختلاف به آنها ارائه نماید.<sup>۴</sup> مساعی جمیله و داوری به علت اینکه هر دو به دخالت یک شخص ثالث در حل اختلافات بر می‌گردد، از وجه مشترک برخوردارند. اما تفاوت آنها در این است که داور یا حکم می‌کوشد تا با اتخاذ تصمیم در موضوع مناقشه، به طرف‌های منازعه کمک کند. فی‌الواقع تصمیم‌گیری، وجه بارز و مشخصه داوری است که در واقع به احاله اولیه اراده طرفین منازعه مبنی بر ارائه راه حل از طرف داور یا حکم باز می‌گردد در حالی

۱. ر.ک: اسدی نژاد، میرحامد، دستور موقت در داوری در حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق، گرایش خصوصی،

دانشگاه گیلان، ۱۳۹۲، ص ۲۳

۲. علیدوستی شهرکی، ناصر، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، نشر خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۳۴

۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، نشر سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۰، ص ۴۸۲

۴. موسی زاده، رضا، کلیات حقوق بین‌الملل عمومی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، چاپ اول، تهران،

۱۳۷۶، جلد دوم، ص ۴۷

که طرف ثالث در مساعی جمیله به عنوان "یک کانال تماس" عمل می‌کند و فراتر از آن فعالیتی نمی‌کند و به هیچ رو خود را در موضوع مورد مناقشه دخالت نمی‌دهد چه برسد به اینکه اقدام به تصمیم‌گیری و صدور رای نماید.

### گفتار سوم: پیشینه تاریخی داوری

داوری به عنوان روش برطرف کردن کشمکش‌ها ریشه‌ای بس کهن دارد؛ برای انسان پیشین، بردن ستیزها و کشمکش‌ها نزد ریش سفیدان قبیله برای دادرسی نهایی و الزام آور کاری طبیعی بوده است. در روزگاران گذشته، پیش از تاریخ نگاشته، هیچ دستگاه حقوقی یا قضایی سازمان یافته‌ای وجود نداشت.<sup>۱</sup> داوری در جوامع بشری نهادی دیرینه و به حکم منطقی پذیرفتنی است؛ به عبارت دیگر از نظر تاریخی، داوری مقدم بر رسیدگی قضایی است،<sup>۲</sup> و تشکیل دادگاه‌ها و مراجع قضایی فرع بر وجود دولت است. بنابراین در جوامع اولیه، حل و فصل اختلافهای حقوقی نیز به روش ساده اجرا می‌شد که عبارت بود از مراجعه به افراد مورد اعتماد که اغلب نیز ریش سفیدان و معتمدان قوم یا گروه بودند. در واقع داوری ابتدایی را در تاریخ حقوق باید مرحله گذار فرآیند طولانی قانون‌گرایی و قانونمندی تلقی کرد.

در ایران باستان برای جلوگیری از اطاله دادرسی‌های قضایی، روش داوری مورد استفاده قرار می‌گرفت. در دوره ساسانی نیز شورای داوری برای حل و فصل اختلافها نه تنها در شهرها بلکه در روستاها نیز وجود داشت که داوران از بین قضات، نجبا، مردان شریف و مأموران مذهبی انتخاب می‌شدند.<sup>۳</sup> داوری در بین عرب قبل اسلام نیز از اهمیت خاصی برخوردار بوده است تا جایی که اعراب قبل اسلام تنها داوری را به عنوان شیوه حل و فصل اختلافها می‌دانسته‌اند.<sup>۴</sup>

با ظهور اسلام، اهمیتی که اسلام نیز به داوری داد، باعث گسترش بیش از پیش این نهاد در جامعه اسلامی گردید و مکتبهای فقهی اعم از شیعه و چهار فرقه اهل سنت، داوری را در حقوق خود پذیرفته و جایگاه مهمی را در سیستم حقوقی خود به آن اختصاص داده‌اند. در قرآن کریم، دستور مراجعه به داور و حکم برای حل اختلافها داده شده و روش مصالحه و سازش در اختلافها توصیه و تشویق شده

۱. وینسنت، پاول اسمیت، کشمکش زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن‌لا، مترجم: ساکت، محمد حسین، مجله حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۷۷، ش ۲۳، ص ۲۲۰  
 ۲. یارشاطر، احسان، به نقل از ابهری، حمید، نقدی بر عملکرد شورای حل اختلاف، پژوهشکده دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، سال دوم، ش ۷، زمستان ۸۶، ص ۵۰.  
 ۳. اسدی نژاد، طاهر و گورابی، محمد، داوری تجاری بین‌المللی ایران و آنسیترال، انتشارات دانشگاه گیلان، چ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۱.  
 همچنین ساکت، محمد حسین، دادرسی در حقوق اسلامی، نشر میزان، چ اول، بهار ۱۳۸۲، صص ۶۹، ۷۱، ۳۱۵ و ۳۱۷



است.<sup>۱</sup> در روایتهای فراوانی نیز اصلاح بین مردم و میانجیگری در حل اختلاف و دعوا صدقه محسوب شده است و در عمل، پیشوایان دینی به این روش برای حل و فصل اختلافها تن داده‌اند که نمونه آن در تاریخ اسلام در جنگ صفین اتفاق افتاده است.<sup>۲</sup> بنابراین داوری در اسلام نه تنها در حقوق داخلی بلکه در حقوق بین الملل نیز مورد پذیرش واقع شده است.

جواز و نفوذ داوری در درجه اول مستند به آیه شریفه «و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلهما ...» است.<sup>۳</sup> مفاد آیه مؤید جواز و نفوذ داوری در اختلافهای خانوادگی است که با الغای خصوصیت می‌توان آن را به اختلافهای مشابه تسری داد.<sup>۴</sup>

هدف از بیان این تاریخچه کوتاه، اثبات این واقعیت است که امر داوری در ادوار مختلف تاریخی به عنوان تفکر توسعه قضایی در عرصه افکار عمومی جامعه حضور داشته است، و جالب‌تر آنکه تأسیس «شورای داوری» و «خانه انصاف» گامی بود که حاکمیت قبل از انقلاب در راستای اثبات اعتقاد خود به توسعه قضایی برداشته بوده است. اما پس از وقوع انقلاب در ایران و با تأسیس سازمان قضایی جدید، مسئولان دستگاه قضایی با طرح این امید در افکار عمومی که در کلیه جایگاه‌های قضایی از مجتهدان جامع‌الشرایط با عنوان قاضی استفاده شود نه تنها دو نهاد قضایی مردمی «شورای داوری» و «خانه انصاف» را تعطیل نموده‌اند، بلکه اعتبار آرای داوری نیز به دلیل آنکه داوران اغلب فاقد شرایط اجتهاد بودند، تا مدتها مورد تردید قرار گرفت. مدیریتهای مختلف قوه قضاییه پس از چندین سال ناکامی در جایگزین ساختن سازمانی جدید به جای آنچه تخریب کرده بودند به فکر احیای نهاد قضایی مردمی مشابه شورای داوری و خانه انصاف افتادند.<sup>۵</sup> برای نمونه، نهاد شورای حل اختلاف می‌باشد که

۱. سوره نساء آیات ۳۵ و ۵۹ و ۶۶ و ۱۱۴ و سوره حجرات آیات ۹ و ۱۰.

۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، اسلام و حقوق بین الملل، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، جلد ششم، صص ۱۰۹-۱۱۰.

۳. آیه ۳۵ سوره نساء: و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلهما ان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما: اگر ترس آن دارید که میان زن و شوهر، جدایی بیفتد، پس داوری از اقوام مرد و داوری از اقوام زن انتخاب کنید. اگر قصد سازش داشته باشند، خداوند باور آنهاست. قرآن کریم، تهران، انتشارات حافظ نوین، خط: عبدالرحیم افشار زنجانی، ترجمه: الهی قمشهای، چاپ پنجم، ۱۳۷۳.

۴. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ج اول، بهار ۱۳۷۸، ص ۲۴، همچنین زراعت، عباس، آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، صص ۷۹۲ و ۷۹۳. علاقمندان به مطالعه بیشتر در خصوص سابقه تاریخی داوری در ایران باستان و در فقه و همچنین داوری در قرآن مجید ر.ک محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، ج اول، ۱۳۷۹، صص ۳۴-۵۳.

۵. ر.ک کاشانی، محمود، بررسی حقوقی لایحه شورای حل اختلاف و نهاد قاضی تحکیم، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره جدید، ش ۲۳ و ۲۴. سال ۱۳۸۵.

انتقادهایی به این نهاد می‌باشد؛ این در حالی است که داوری از سابقه بسیار طولانی برخوردار بوده<sup>۱</sup> و با ورود اسلام نیز منع نشده است، بلکه در حل و فصل برخی اختلافها بکار گرفته شد. برخی نیز معتقدند در فقه، نهاد داوری تحت اصطلاح «قاضی تحکیم» واجد مشروعیت شرعی شناخته شده و توسل به قاضی تحکیم، نوعی رجوع به داوری است.<sup>۲</sup>

قاضی تحکیم، شخصی است که دارای شرایط قضاوت است، اما منصوب به قضاوت نیست؛ بلکه طرفین بر اساس یک قرارداد او را به قضاوت موردی در خصوص اختلاف خود، تعیین می‌کنند. رأی قاضی تحکیم چون رأی قاضی بر احکام شرعی مبتنی می‌باشد و غیر قابل اعتراض است.<sup>۳</sup>

در حال حاضر، قانون‌گذار با تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و قانون الحاق به کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی در امر داوری گامهای مؤثری برداشته است. همچنین از مهمترین قواعد داوری سازمانی در ایران باید قواعد و آیین داوری اتاق بازرگانی تهران را نام برد.

### گفتار چهارم: ماهیت داوری

پرسش مطرح این است که ماهیت حقوقی داوری چیست؟ آیا همان وکالت است یا اینکه یک نوع قرارداد خصوصی در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد؟ آیا نهاد قضایی است یا غیر قضایی؟ در ابتدا با بررسی عقد وکالت و مقایسه آن با داوری، به شرح و توضیح نظریه وکالت خواهیم پرداخت. وکالت در لغت به معنای نیابت، خلافت و جانشینی آمده است.<sup>۴</sup> در فقه، تعریفهای متعدد متعددی از فقها بیان شده است، در ذیل به برخی از آن اشاره خواهیم کرد.

۱. صباغیان، علی، نقش میانجیگری در حل و فصل اختلافات بین‌المللی، تهران، مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۲۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، جلد سوم، ص ۱۸۷۸، واژه داور

۳. روشنائی، ریحانه، رأی داوری از منظر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶) با تأکید بر کنوانسیون نیویورک (۱۹۵۸) پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، ۸۶-۸۷، ص ۱۱

۴. دهخدا، علی اکبر، منبع پیشین، ج ۱۵، واژه وکالت

- ۱- وکالت، عقدی شرعی است جهت نیابت در تصرف<sup>۱</sup>
  - ۲- طلب نیابت در تصرف را وکالت می‌گویند.<sup>۲</sup>
  - ۳- وکالت، سپردن کاری به دیگری است تا آن را در حال حیاتش، برایش انجام دهد، یا راه انداختن امری از امور را برای او در حال حیاتش به او ارجاع دهد.<sup>۳</sup>
- به صورت یک قاعده کلی در باب وکالت هر چیزی که شخص به طور مستقل بتواند تصرف کند<sup>۴</sup> صحیح است که در آن امر وکیل بگیرد و در غیر این صورت وکالت صحیح نیست؛ یعنی هر چیزی را که شخص نتواند تصرف کند، وکالت هم در آنجا صحیح نخواهد بود و یا ملاک را نیابت پذیری و نیابت ناپذیری دانسته اند که هر کجا نیابت پذیر باشد، وکالت، صحیح خواهد بود و اگر نیابت پذیر نباشد، صحیح نخواهد بود.<sup>۵</sup>
- حقوقدانان نیز وکالت را مبتنی بر نیابت<sup>۶</sup>، جهت اجرای امری بنام و به نفع موکل<sup>۷</sup> دانسته‌اند. قانون‌گذار در ماده ۶۵۶ ق.م در مقام تعریف وکالت مقرر می‌دارد: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگری را برای انجام امری نایب خود می‌نماید. از این تعریف اعطای نیابت به عنوان یکی از نتایج عقد وکالت قابل برداشت می‌باشد. بنابراین، وکیل نسبت به آثار اموری که انجام می‌دهد، در حکم واسطه است و آنچه می‌کند برای موکل است.<sup>۸</sup>
- به نظر مشهور، قرارداد داوری نوعی وکالت است و به موجب این قرارداد، اشخاص به وکلای خود اختیار می‌دهند که درباره اختلافهای آنان داوری کنند.<sup>۹</sup> بنابراین داور، وکیل طرفین خواهد بود و تابع شرایط و مقررات وکالت می‌باشد.

۱. الوکاله: عقد شرعی للاستنابه فی التصرف. ر.ک علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۱۵، نشر مؤسسه آل البیت الاحیاء، التراث ۱۴۲۷ ق، ص ۵.
۲. و هی استنابه فی التصرف. ر.ک محقق حلی، شرایع الاسلام، نشر دارالمهدی، ج سوم، ۱۴۰۳ ق، ص ۴۲۵. همچنین شهید ثانی در تعریف از وکالت می‌نویسد: هی استنابه فی التصرف بالذات ر.ک شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی) الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، ج دوم از سه جلدی، انتشارات دارالتفسیر، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۳۲۱.
۳. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۸، جلد ۳، ص ۶۷.
۴. خردمندی، سعید، وکالت در حقوق تجارت و تطبیق آن با فقه، مؤسسه بوستان کتاب (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم)، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۵۰.
۵. طوسی، محمد، المیسوط، مکتبه المرتضویه الاحیاء الاثر الجعفریه، ۱۳۸۷ ه ق، جلد ۲، ص ۳۶۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین)، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۸، جلد ۴، صص ۱۰۶، ۱۱۱ و ۱۳۸.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ص ۷۵۲.
۸. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی درسهایی از عقود معین، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۸۳، جلد دوم، ص ۵۷.
۹. کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، نشر میزان، چاپ هفتم، پاییز ۱۳۸۶، ص ۱۲۹.

در تقویت این نظریه در خصوص داوری در دعاوی خانوادگی بیان کرده‌اند که زوجین هر دو بالغ و رشید هستند و هیچ کس بر آن دو ولایت ندارد؛ بنابراین دلیلی ندارد که کسی بدون اذن یا اجازه آنها بتواند برای آنان تصمیم بگیرد. پس، زوجین باید خودشان داور را انتخاب نمایند. اما این احتمال با ظاهر آیه ۳۵ سوره نساء<sup>۱</sup> نمی‌سازد؛ زیرا خطاب قرآن کریم در این خصوص به صورت فعل جمع ابعثوا است. اگر مخاطب قرآن در انتخاب داور، زوجین بودند، باید این فعل به صورت تشبیه ابعثا آورده می‌شد. در توجیه نظریه وکالت می‌توان گفت که از یک سو در حالت شقاق و اصرار بر آن، زوجین هر دو ممتنع از ابقای وظایف شرعی محسوب می‌شوند. از طرفی نیز، حاکم بر ممتنع ولایت دارد الحاکم ولی الممتنع و می‌تواند وی را مجبور به تمکین نماید.<sup>۲</sup>

در این مسئله نیز، حاکم با اصرار زوجین بر شقاق، اقدام به تعیین داور می‌کند و زوجین را به پذیرش رأی داور مجبور خواهد نمود. در مقابل، یکی از فقها برای توجیه نظریه تحکیم، می‌نویسد: دلیل ما سخن خدای متعال است که فرمود: فابعثوا حکما ... این جمله ظهور در تحکیم دارد؛ زیرا خداوند نفرمودند: فابعثوا وکیلا علاوه بر این، خطابه‌های قرآن کریم که حکمی را بیان می‌کنند، هر گاه به صورت مطلق بیان شوند، منصرف به امامان و قضات هستند؛ مانند آیات السارق و السارقه فاقطعوا ایدیهم، الزانیه و الزانی فاجلدوا در آیه مورد بحث نیز چنین است، خطاب در این جا متوجه زوجین نیست؛ زیرا اگر خطاب متوجه زوجین بود، در این صورت باید می‌فرمود: فابعثا<sup>۳</sup>.

یکی از فقها<sup>۴</sup> با عدول از نظریه وکالت، نظریه تحکیم را پذیرفته است و می‌نویسد: ما در کتاب الکامل فی الفقه خود در این رابطه ذکر کرده‌ایم که این امر به صورت توکیل است، اما صحیح آن است که آن به صورت تحکیم می‌باشد؛ زیرا اگر توکیل باشد. می‌بایست تابع مقررات وکالت و شرایط آن باشد.

۱. و ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها ... برخی بیان داشته‌اند که جواز و نفوذ داوری که در حقوق اسلامی تحت عنوان قضاوت تحکیمی مطرح می‌شود که در درجه اول مستند به همین آیه شریفه است. و به رغم اینکه مفاد آیه مؤید جواز و نفوذ داوری در اختلاف‌های خانوادگی است اما با الغای خصوصیت اول می‌توان آن را به اختلاف‌های مشابه تسری داد. بدین ترتیب دست کم اصل حکمیت مورد تأیید حقوق اسلامی است. علاقمندان به مطالعه بیشتر ر.ک جنیدی، قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی، مجله متین، بهار ۱۳۸۰، ش ۱۰.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۱، جلد ۳، ص ۲۰۱.

۳. "دلینا: قوله تعالی: فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها و هذا ظاهر فی التحکیم، لانه لم یقل فابعثوا وکیلا و ایضا فان الخطاب اذا ورد مطلقا فیما طریقہ الاحکام کان منصرفا الی الائمة القضاة کقوله تعالی و السارق السارقه فاقطعوا ایدیهم و الزانیه و الزانی فاجلدوا کذلک هاهنا و ایضا فان الخطاب لا یتوجه الی الزوجین لانه لو توجه الیهما لقال فابعثوا". طوسی، محمد بن الحسن، منبع پیشین، جلد ۴، ص ۴۱۶.

۴. ابن براج، قاضی، عبد العزیز - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، کتاب الکامل فی الفقه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۱ ه. ق، ص ۵۷، به نقل از: روشنایی، ریحانه، منبع پیشین، ص ۲۶.

بین وکالت و داوری تفاوت‌هایی می‌باشد که ماهیت این دو را از هم متفاوت می‌کند.

الف - وکالت نسبت به هر دو طرف عقد، جایز است؛ بنابراین هر یک از آن دو می‌تواند وکالت را در حضور دیگری یا در غیاب وی از بین ببرد<sup>۱</sup>. در این خصوص ماده ۶۷۸ ق.م.بیان می‌دارد وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود.

۱- به عزل موکل ۲- به استعفای وکیل ۳- ...

قانون‌گذار، به منظور جلوگیری از ضررهای نامشروعی که بطلان اعمال حقوقی وکیل ناآگاه از عزل خود برای او و اشخاص ثالث بوجود می‌آورد، در ماده ۶۸۰ ق.م.مقرر می‌دارد: تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است راجع به این ماده باید بیان داشت که این حکم، استثنایی بوده و در نتیجه اعمال قاعده لاضرر در رابطه موکل و وکیل اجرا می‌شود.<sup>۲</sup> بنابراین، وکیل و موکل هر وقت بخواهند، می‌توانند عقد وکالت را فسخ کنند. این در حالی است که به موجب ماده ۴۷۲ ق.آ.د.م. جز در صورت توافق طرفین، داور منتخب قابل عزل نیست<sup>۳</sup> و به موجب ماده ۴۷۳ همین قانون، داور تنها در صورت داشتن عذر موجه می‌تواند استعفا دهد<sup>۴</sup> همچنین بعد از قبول داوری، عمل به آن یک امر اختیاری نبوده، بلکه یک امر الزامی است.<sup>۵</sup> ماده ۴۸۱ همین قانون نیز فسخ قرارداد داوری را منتفی دانسته است.<sup>۶</sup>

ب- در عقد وکالت، رعایت صلاح و نفع موکل ضروری است. ماده ۶۶۷ ق.م. در این خصوص مقرر می‌دارد: وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید.

اما در داوری، بیطرفی و استقلال داور لازم می‌باشد که برای آن ضمانت اجرای جرح داور در نظر گرفته شده است. این امر در بند ۱ و ۲ ماده ۱۲ ق.د.ت.ب. ایران مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است.<sup>۷</sup> در

۱. دادمزی، سید مهدی، فقه استدلالی، چاپ سپهر، چاپ ششم، تابستان ۸۲، ص ۴۰۵.

۲. برخی از این نوع وکالت به عنوان وکالت ظاهری یاد نموده‌اند. در مورد مبنای نفوذ اعمال حقوقی وکیل عزل شده در فقه امامیه اختلاف نظر است.

۳. ماده ۴۷۲ ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد: بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند مگر با تراضی.

۴. ماده ۴۷۳ ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد: چنانچه داور پس از قبول داوری بدون عذر موجه از قبیل مسافرت یا بیماری و امثال آن در جلسات داوری حاضر نشده باشد یا استعفا دهد و یا از دادن رأی امتناع نماید، علاوه بر جبران خسارت وارده تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داوری محروم خواهد بود.

۵. درویش، علیرضا، خلاصه مباحث اساسی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۷، ص ۴۳۰.

۶. ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م. بیان می‌دارد در موارد زیر داوری از بین می‌رود ۱- با تراضی کتبی طرفین دعوا ...

۷. ماده ۱۲ ق.د.ت.ب. ایران - موارد جرح داور - بند ۱. داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بیطرفی و استقلال او شود. هر طرف صرفاً به استناد علیی که پس از تعیین داور از آنها مطلع شده می‌تواند داوری را که خود تعیین کرده و یا در جریان تعیین او مشارکت داشته است جرح کند. بند ۲ شخصی که بعنوان

قانون آیین دادرسی مدنی برخلاف قانون داوری تجاری بین‌المللی، استقلال و بیطرفی داور، مورد تصریح قرار نگرفته است؛ با وجود این از مواد ۴۶۹، ۴۷۱ این قانون<sup>۱</sup> استقلال و بی طرفی داور قابل استنباط می‌باشد.<sup>۲</sup> نتیجه بحث اینکه رعایت صلاح و نفع موکل با اصل استقلال و بیطرفی داور قابل جمع نیست، بخاطر همین داور نمی‌تواند وکیل تلقی شود. در واقع، داور، مأمور حقگزاری و دادرسی است و وظیفه‌ای در جهت رعایت غبطه و صلاح فردی که او را انتخاب کرده است، ندارد؛ بنابراین، داور شخصیتی مستقل از اصحاب دعوا دارد.<sup>۳</sup>

ج- مطابق ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را ... به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.

برای نمونه، بین الف و ب نسبت به مفاد عقد بیعی که بین خودشان منعقد کرده‌اند، اختلاف حاصل گردد و با تراضی یکدیگر، شخصی را به عنوان داور انتخاب نمایند.

پرسش این است که آیا طرفین دعوا می‌توانند از بین خود یک نفر را به عنوان داور انتخاب کنند؟

پاسخ این پرسش در مجموع مواد و مقررات حاکم بر داوری به خصوص ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م و مواد ۱ و ۲ ق.د.ت.ب نهفته است. در این مواد از ارجاع اختلاف و منازعه به یک یا چند شخص به عنوان داور یاد شده است. بنابراین داور باید شخصی غیر از طرفین اختلاف باشد و انتخاب هر یک از طرفین اختلاف

داور مورد پیشنهاد قرار می‌گیرد باید هر گونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بیطرفی و استقلال او می‌شود، افشا نماید...

۱. ماده ۴۶۹ بیان می‌دارد: دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین: ۱- کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد ۲- کسانی که در دعوا ذی نفع باشند ۳- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند ۴- کسانی که قییم یا کفیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد. ۵- کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند ۶- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم یا یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند ۷- کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند. ۸- کارمندان دولت در حوزه مأموریت آنان و ماده ۴۷۱- در مواردی که داور با قرعه تعیین می‌شود. هر یک از طرفین می‌توانند پس از اعلام در جلسه، در صورت حضور و در صورت غیبت از تاریخ ابلاغ تا ده روز، داور تعیین شده را رد کنند. مگر این که موجبات رد بعداً حادث شود که در این صورت ابتدای مدت روزی است که علت رد حادث گردد. دادگاه پس از وصول اعتراض، رسیدگی می‌نماید و چنانچه اعتراض را وارد تشخیص دهد داور دیگری تعیین می‌کند.

۲. زراعت، عباس و استادی، مونا و فلاح‌نژاد، فاطمه، آیین دادرسی مدنی، مؤسسه فرهنگی هنری دانش‌پذیر، ۱۳۸۸، جلد اول، ص ۳۵۹.

۳. محمدزاده اصل، حیدر، منبع پیشین، ص ۲۸. همچنین ر. ک کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، ص ۱۳۰، همچنین اسدی نژاد طاهر و گورابی، سید محمد، منبع پیشین، ص ۷.

به عنوان داور، مخالف منطق حقوقی و با مانع قانونی روبرو است، حال چطور یک شخصی که خودش نمی‌تواند داور واقع شود، اما بتواند به شخص ثالث وکالت در امر داوری بدهد؟ این در حالی است که به صراحت ماده ۶۶۲ ق.م وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد. نتیجه اینکه طرفین اختلاف با تراضی یکدیگر قراردادی را جهت حل اختلافهای ناشی از قرارداد منعقد ساخته‌اند<sup>۱</sup> که بایستی در چارچوب مقررات قراردادها گنجانده و مشمول ماده ۶۶۲ ق.م در نظر گرفته شود که می‌گوید: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. در ضمن این قرارداد دارای ویژگی منحصر به خود می‌باشد که آن را از سایر قراردادها متمایز می‌کند، از جمله: ایجاد صلاحیت برای افرادی غیر از قضات دادگستری نسبت به اختلافهای آتی یا موجود، به طوری که عمل داور یا هیأت داوری را از ماهیت شبه قضایی برخوردار نموده است.

در تحلیل ماهیت شبه قضایی داوری می‌توان بیان داشت که کارکرد داوری و اختیار داوران و منشأ اقتدار آن ریشه در قانون دارد.<sup>۲</sup> زیرا اگر قانون این روش (داوری) را اعتبار نمی‌بخشید، معلوم نبود توافق طرفین به خودی خود مؤثر واقع شود. در واقع، این قانون است که داوری را تأیید می‌کند و اجرای آن را تضمین می‌نماید و چون قضاوت کردن یک عمل حکومتی است، این دولت است که اجازه داوری را می‌دهد و داور را جانشین قاضی دولتی مطرح می‌کند و اختیار او را قانونی می‌داند. الزام آور بودن رأی داوری، منتسب به قانون است و اگر طرفین، قرارداد داوری را امضا کردند، اعتبار آن زمانی خواهد بود که قانون اجرای آن را تأیید کند. لازمه مدلل بودن رأی داوری نیز این است که داور می‌بایست یک شیوه قضایی را رعایت نماید.<sup>۳</sup>

داور نیز کسی است که قانون به طور موقت و در مورد خاص وظیفه دادرسی را به او می‌سپارد و هنگام اجرای وظایف خویش یک مأمور عمومی است و رأی داور مانند رأی دادگاه بر حسب طبیعت خود

۱. کشاورز، بهمن، آیین تنظیم قراردادها، تهران، نشر کشاورز، چاپ هفتم، ۱۳۸۹، ص ۵۱.

۲. منبع تعیین حدود اختیار داور و قاضی متفاوت است. یعنی در خصوص قاضی، قانون کشور متبوع او در مورد داور اراده طرفین است.

اسکینی، ربیعا، تعارض قوانین در داوریهای تجاری بین الملل، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین الملل جمهوری اسلامی ایران، ش ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۷۸، ص ۱۵۷

۳. داور، در عصر ما به کسی گفته می‌شد که سمت قضا در دستگاه دولتی ندارد ولی در مراجعات بالقوه یا بالفعل رسیدگی قضایی کرده و فصل خصومت نموده و رأی می‌دهد. ر.ک به جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منبع پیشین، ج ۳، ص ۱۸۷۸، ش ۶۸۹۰، ذیل واژه داور