

## فهرست مطالب



چکیده..... ۵

مقدمه..... ۱۳

### فصل اول: مفاهیم و مبانی تحقیق..... ۱۵

۱-۱- داوری..... ۱۶

۲-۱- تاریخچه داوری در نظام حقوقی ایران..... ۱۶

۳-۱- مقایسه داوری نسبت به شیوه‌های قضایی و غیر قضایی..... ۱۷

۱-۳-۱- داوری و دادرسی دادگاه..... ۱۷

۱-۳-۱-۱- مزایای دادرسی..... ۱۸

۱-۳-۱-۲- معایب دادرسی..... ۱۹

۱-۳-۱-۳- مذاکره..... ۲۰

۱-۳-۱-۴- مساعی جمیله..... ۲۱

۱-۳-۱-۵- میانجگری..... ۲۱

۱-۳-۱-۶- کارشناسی..... ۲۱

۱-۳-۱-۷- سازش..... ۲۲

۱-۳-۱-۸- دادرسی خصوصی..... ۲۳

۴-۱- میانجگری..... ۲۳

۱-۴-۱- معنای لغوی..... ۲۳

۲-۴-۱- معنای اصطلاحی..... ۲۴

۳-۴-۱- نهادهای مشابه میانجگری..... ۲۵

۱-۳-۴-۱- عدالت ترمیمی..... ۲۵

۲-۳-۴-۱- شفاعت..... ۲۷

۳-۳-۴-۱- صلح و سازش..... ۲۸

۴-۳-۴-۱- حکمیت..... ۲۹

- ۳۱-۴-۳-۵ قاضی تحکیم.....
- ۳۳-۴-۴-۱ تاریخچه میانجیگری.....
- ۳۵-۴-۴-۱-۱ خانه انصاف.....
- ۳۷-۴-۴-۲-۱ شوراهای داوری.....
- ۳۸-۴-۴-۳-۱ دادگاههای سیار.....
- ۳۹-۴-۴-۴-۱ شورای حل اختلاف.....

#### فصل دوم: مبانی و ماهیت داوری و میانجیگری..... ۴۱

- ۴۲-۱-۱-۲ قضایی بودن داوری.....
- ۴۳-۲-۱-۲ قراردادی بودن داوری.....
- ۴۴-۳-۱-۲ تئوری مختلط.....
- ۴۴-۴-۱-۲ تئوری استقلال.....
- ۴۴-۲-۲ تقسیم بندی‌های داوری.....
- ۴۵-۱-۲-۲ داوری سازمانی و موردی.....
- ۴۶-۲-۲-۲ داوری اختیاری و اجباری و داوری الزام آور و غیر الزام آور.....
- ۴۷-۳-۲-۲ داوری داخلی (ملی) و خارجی (بین المللی).....
- ۴۸-۴-۲-۲ داوری قانونی و منصفانه.....
- ۴۹-۵-۲-۲ داوری قضایی و قراردادی.....
- ۵۰-۶-۲-۲ داوری دو جانبه و چند جانبه و چند گانه.....
- ۵۰-۳-۲-۳ مبانی داوری.....
- ۵۱-۱-۳-۲ داوری اختیاری.....
- ۵۱-۲-۳-۲ داوری اجباری.....
- ۵۱-۳-۳-۲ شرط داوری.....
- ۵۲-۴-۳-۲ معاهده دایمی داوری.....
- ۵۲-۵-۳-۲ قانون حاکم بر داوری.....
- ۵۶-۱-۵-۳-۲ نظریات عمده در تعیین قانون حاکم در داوری.....
- ۵۷-۴-۲-۴ مزایای استفاده از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات تجاری.....

۶۱	۵-۲- بررسی وضعیت شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در ایران.....
۶۳	۶-۲- اصول میانجیگری.....
۶۳	۲-۶-۱- اصل استقلال.....
۶۳	۲-۶-۲- اصل مشارکت اختیاری.....
۶۳	۲-۶-۳- اصل تصمیم‌گیری راجع به احاله دعوی.....
۶۴	۲-۶-۴- اصل اقتضاء داشتن تعقیب.....
۶۴	۲-۶-۵- اصل اعتبار داشتن توافقات.....
۶۴	۲-۶-۶- داوطلبانه بودن.....
۶۵	۲-۶-۷- اظهار حقیقت و رویارویی.....
۶۵	۲-۶-۸- حق برخورداری از مشورت.....
۶۵	۲-۶-۹- در دسترس بودن.....
۶۶	۲-۶-۱۰- حمایت.....
۶۶	۲-۶-۱۱- محرمانه بودن.....
۶۶	۲-۶-۱۲- تغییر واکنش نسبت به شخص بزهکار.....
۶۶	۲-۶-۱۳- رعایت اصل برائت.....
۶۷	۲-۶-۱۴- ارائه تعریفی دیگر از جرم.....
۶۷	۲-۶-۱۵- اصل تضمین موازین حقوق بشر.....
۶۷	۲-۷-۱- التیام و رضایت بزه دیده.....
۶۸	۲-۷-۲- مسئولیت‌پذیری بزهکار و بازپذیری او از سوی جامعه.....
۶۹	۲-۷-۳- اصلاح جامعه.....
۶۹	۲-۷-۴- تسریع در رسیدگی.....
۶۹	۲-۷-۵- کمک به دادگاه.....
۶۹	۲-۷-۶- جرم زدایی - کیفرزدایی.....
۷۰	۲-۷-۷- قضازدایی.....
۷۰	۲-۷-۸- کاهش تراکم پرونده‌های محاکم کیفری.....
۷۰	۲-۳-۹- کاهش اطلاع دادرسی.....

فصل سوم: نقش و تأثیر نهاد داوری و میانجیگری در حل و فصل اختلافات.....	۷۱
۱-۳-۱- شیوه‌های حل و فصل اختلافات.....	۷۲
۱-۳-۱- مفهوم شیوه‌های جایگزین.....	۷۲
۱-۳-۲- اقسام شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف.....	۷۳
۱-۳-۱-۲- داوری.....	۷۳
۱-۳-۲-۲- میانجیگری.....	۷۶
۱-۳-۲-۳- سازش.....	۷۷
۱-۳-۲-۴- مذاکره.....	۷۸
۱-۳-۲-۵- ارزیابی بی طرفانه.....	۷۸
۲-۳- آیین رسیدگی داوران در اختلافات مربوط به دولت.....	۷۹
۳-۳- تعریف داوری در آیین نامه‌های دولتی و مرجع داوری و سایر تشریفات آن(وزارات تعاون) ....	۸۰
۱-۳-۳- تعریف داوری در آیین نامه.....	۸۰
۲-۳-۳- مشخصات داور.....	۸۱
۳-۳-۳- قلمرو و محدوده داوری.....	۸۱
۳-۳-۴- درخواست داوری.....	۸۱
۳-۳-۴-۱- تشریفات مربوط به درخواست داوری.....	۸۱
۳-۳-۴-۲- وظیفه مرجع داوری پس از تسلیم درخواست.....	۸۲
۳-۳-۴-۳- انتخاب داور یا داوران و مشخصات داور و رسیدگی.....	۸۲
۳-۳-۵- مراحل مرتبط با صدور رای.....	۸۴
۳-۳-۵-۱- شکل و محتوای رای داور.....	۸۴
۳-۳-۵-۲- اصلاح و تفسیر رای.....	۸۴
۳-۳-۵-۳- تکمیل رای.....	۸۵
۳-۳-۵-۴- مرجع اعتراض به رای داور.....	۸۵
۳-۴- مهم‌ترین روش‌های میانجیگری کیفری.....	۸۶
۳-۴-۱- جلسات گفتگوی گروهی خانوادگی نشست.....	۸۶
۳-۴-۲- حلقه‌های اصلاح و درمان و سازش.....	۸۷
۳-۵- مهم‌ترین آیین میانجیگری کیفری.....	۸۷

۸۸.....	۳-۵-۱-آیین فصل
۸۹.....	۳-۵-۲-آیین خون بس
۹۰.....	۳-۶-۱-حل و فصل اختلافات غیر از قضایی
۹۰.....	۳-۶-۱-اجبار ناشی از حکم قانون
۹۰.....	۳-۶-۲-اجبار ناشی از اجازه قانون و صلاحدید قاضی
۹۱.....	۳-۶-۳- اجبار ناشی از حکم قانون مبنی بر درخواست یک طرف دعوی و الزام طرف مقابل به استفاده از روشهای مزبور
۹۱.....	۳-۶-۴-اجبار ناشی از قرارداد
۹۲.....	۳-۷-پیشینه و وضعیت نظام حقوقی فعلی
۹۷.....	۳-۸-از پیش‌نویس لایحه جامع داوری ایران
۹۸.....	۳-۹-نمونه‌هایی از روشهای اجباری حلوفصل غیرقضایی اختلافات در حقوق تطبیقی
۱۰۰.....	۳-۱۰-علل گسترش استفاده از روشهای جایگزین حلوفصل اختلافات
۱۰۰.....	۳-۱۰-۱-امکان‌سنجی اجباری کردن استفاده از روشهای غیرقضایی حلوفصل اختلافات
۱۰۱.....	۳-۱۰-۲- دلایل مخالفان
۱۰۱.....	۳-۱۰-۲-۱-مغایرت با حق دادخواهی و دسترسی به عدالت
۱۰۱.....	۳-۱۰-۲-۲-نقض اصل تفکیک قوا و ورود به صلاحیت تخصصی دستگاه قضایی
۱۰۲.....	۳-۱۰-۲-۳-نقض ارزش جوهری روشهای غیرقضایی (داوطلبانه‌بودن)
۱۰۲.....	۳-۱۰-۲-۴-تطویل فرایند دادرسی و افزایش هزینه حلوفصل اختلافات
۱۰۲.....	۳-۱۰-۲-۵- نادیده گرفتن رعایت قوانین و مقررات (تضعیف حاکمیت قانون) در حلوفصل اختلافات
۱۰۳.....	۳-۱۰-۲-۶-در معرض فساد و جانبداری قرار داشتن
۱۰۳.....	۳-۱۰-۲-۷-عدم پاسخگویی
۱۰۴.....	۳-۱۰-۲-۸-ضرورت‌های عملی ناشی از تنوع، پیچیدگی و حجم فزاینده دعاوی و کمبود منابع
۱۰۴.....	۳-۱۰-۲-۹-امکان مدیریت فرایند حلوفصل اختلافات به‌وسیله حکومت و عدم ضرورت مباشرت ابتدایی دستگاه قضایی در این زمینه
۱۰۸.....	۳-۱۰-۲-۱۰-امکان استفاده از ظرفیت مراجع و نهادهای سنتی
۱۰۸.....	۳-۱۰-۲-۱۱-امکان کاستن از معایب این روشها با اتخاذ تدابیر و توجه به‌الزامات مربوط

- ۱۱-۳-۱۱- الزامات پیش‌بینی روشهای اجباری حل‌وفصل غیرقضایی اختلافات..... ۱۰۹
- ۱۱-۳-۱-۱۱-۳- شناسایی و دسته‌بندی دعاوی قابل حل‌وفصل از طریق روشهای غیرقضایی..... ۱۰۹
- ۱۱-۳-۲-۱۱-۳- نهادینه‌سازی و سازماندهی کردن فعالیت اشخاص و مراجع حل‌وفصل‌کننده..... ۱۱۰
- ۱۱-۳-۳-۱۱-۳- وضع مقررات قانونی مربوط به شرایط و صلاحیتهای اشخاص و مراجع مربوط..... ۱۱۱
- ۱۱-۳-۴-۱۱-۳- وضع قواعد دادرسی متناسب با هر یک از روشها متضمن حداقل ضوابط دادرسی منصفانه..... ۱۱۱
- ۱۱-۳-۵-۱۱-۳- تدوین کدهای رفتاری ناظر بر نحوه فعالیت اشخاص و نهادهای مربوط..... ۱۱۲
- ۱۱-۳-۶-۱۱-۳- آموزش مستمر و روزآمد مهارتهای حقوقی و فراحقوقی به اشخاص و نهادهای مربوط..... ۱۱۳
- ۱۱-۳-۷-۱۱-۳- فراهم کردن امکان بازنگری قضایی تصمیمات اشخاص و نهادهای مربوط..... ۱۱۴
- ۱۱-۳-۸-۱۱-۳- فرهنگسازی و ارائه مشوقهایی به منظور ترویج استفاده داوطلبانه از روشهای غیرقضایی حل‌وفصل اختلافات..... ۱۱۴
- نتیجه‌گیری..... ۱۱۸

**پیشنهادها..... ۱۲۱**

**منابع و مآخذ..... ۱۲۳**

- ۱- منابع فارسی..... ۱۲۳
- ۲- منابع عربی..... ۱۲۶
- ۳- منابع لاتین..... ۱۲۶

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است: «مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و شکایات دادگستری است» و همچنین در قانون اساسی تصریح شده «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس میتواند به منظور دادخواهی به دادگاه صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند اینگونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.» در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی اصول و مقرراتی که برای رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و بازرگانی در دادگاههای عمومی و انقلاب و تجدیدنظر و دیوانعالی کشور باید مراعات شود، پیش بینی شده است. با وصف اینکه دادگستری مرجع تظلمات عمومی است؛ اما بخشی از اختلافات و دعاوی ابتدا قابل رجوع به مراجع قضایی نیستند. این استثنائات نشأت گرفته از قوانین و مقررات و قراردادها می‌باشد. نظر به اینکه در دعاوی مربوط به شرکت‌های تعاونی، مقررات نقش خاصی برای اتاق تعاون، جهت داوری در نظر گرفته است و به علت نبودن مقررات و نبودن رویه و مانوس نبودن کارکنان این نهاد با تشریفات مقرر شده در قوانین موضوعه، مشکلاتی برای ارباب رجوع به این نهاد بروز کرده است. در این کتاب کوشش شده این موضوع تحلیل و بررسی شود تا کارکنان این نهاد و داوران منتخب آنها با رعایت دقیق مقررات و صدور آرای قانونی و عادلانه بتوانند بخشی از دعاوی مراجع قضایی را کاهش دهند. چنانچه رسیدگی این نهاد و داوران منتخب آنها با رعایت مقررات موضوعه و آیین نامه مربوط به داوری شرکت‌های تعاونی نباشد؛ نه تنها باعث کاهش پرونده‌های مطروحه در دادگستری نشده، بلکه خود موجب ایجاد دعاوی جدید و اطاله رسیدگی به اختلافات می‌شود.





فصل اول:

مفاهيم و مباني تحقيق



## ۱-۱-۱- داوری

داوری یکی از روشهای مرسوم در حل اختلافات تجاری است. در سالهای پس از جنگ جهانی دوم، داوری به عنوان محبوبترین روش در حل و فصل اختلاف تجاری بینالمللی شناسانده شد. در واقع دو روش برای پایان دادن به اختلافات وجود دارد: حل و فصل قضایی و داوری. حل و فصل قضایی را میتوان یک تصمیم قانونی، بیطرف، رسمی و دائمی تعریف کرد و داوری نیز عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه

بوسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین وی انتصابی (بند الف ماده 3 قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶). علاوه بر این داوری یک دادرسی خصوصی مورد تأیید قانون است که به موجب آن یک یا چند فرد مستقل دعوا را استماع کرده و در مورد اختلاف تصمیم میگیرند. داوری عبارت است از فصل اختلافات بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آنها در این جهت انتخاب نموده باشند. در قانون آنسیترال منظور از داوری هر نوع داوری است، اعم از اینکه توسط یک مؤسسه دائمی اداره (و تصدی) شود یا نه (بند الف ماده 2 قانون آنسیترال).<sup>۱</sup>

## ۱-۲- تاریخچه داوری در نظام حقوقی ایران

در ایران در قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ قمری، مواد ۷۵۷ تا ۷۷۹ به حکمیت اختصاص یافت در اسفند ماه ۱۳۰۶ شمسی قانونی با عنوان قانون حکمیت در هفده ماده به تصویب رسید و برای نخستین بار داوری اجباری پیش بینی شده این قانون جایگزین مواد ۷۵۷ تا ۷۷۹ ق.ا.م.ح که داوری را به اختیار طرفین قرارداد بود، گردید (ماده ۱۶) در حقیقت تصور این بود که چون داور مکلف به رعایت تشریفات دادرسی نمی باشد، فصل دعاوی در چنین مرجعی با سرعت بیشتری انجام و از تراکم کار دادگاهها کاسته خواهد شد و بنابراین اختلاف باید به درخواست هر یک از طرفین به داوری ارجاع شود. قانون حکمیت اجباری در بهمن ماه ۱۳۱۳ ش به موجب قانون حکمیت صریحاً نسخ گردید و مواد ۷۵۷ تا ۷۷۹ ق.ا.م.ح نیز کماکان منسوخه باقی ماند (ماده ۳۸). در سال ۱۳۱۸ قانون قدیم آئین دادرسی مدنی به تصویب رسید و مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰ آن به داوری اختصاص

۱ - شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین)، تهران، انتشارات دراک، جلد سوم، چاپ اول ۱۳۸۶، ص ۱۶۴

یافت. قانون مزبور به موجب ماده ۵۲۹ قانون جدید آئین دادرسی مدنی مصوب فروردین ماه ۱۳۷۹ صریحاً نسخ گردید مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ این قانون به داوری اختصاص یافت. در قانون جدید مصوب ۱۳۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی مواد ۴۵۴ به بعد به داوری اختصاص یافته است علاوه بر این، قانون داوری تجاری بین المللی در سال ۱۳۷۶ به تصویب رسیده است.

### ۱-۳- مقایسه داوری نسبت به شیوه‌های قضایی و غیر قضایی

شیوه قضایی به فرآیندی اطلاق می‌شود که بر اساس اصول و قواعد حقوقی رسیدگی شده و در نهایت منجر به صدور رأی الزام آور می‌گردد. در مقابل شیوه‌های غیرقضایی که به آن «شیوه‌های جایگزین حل اختلاف» نیز گفته می‌شود، از طریق روش‌های غیرحقوقی و به وسیله مذاکره صورت گرفته و طرفین نیز می‌بایست نتیجه حاصله را قبول نمایند. البته لازم به ذکر است در مورد منظور «جایگزین» در اصطلاح مذکور اختلاف نظر وجود دارد، برخی آن را جایگزین رسیدگی دادگاه محسوب می‌کنند که در این صورت داوری یکی از شیوه‌های جایگزین محسوب می‌شود. در مقابل عده ای دیگر آن را جایگزین رسیدگی قضایی و حقوقی می‌دانند که بر اساس این دیدگاه داوری جزء شیوه‌های جایگزین تلقی نمی‌گردد.<sup>۱</sup>

### ۱-۳-۱- داوری و دادرسی دادگاه

امروزه مطابق قوانین کشورها و کنوانسیون‌های بین المللی اصل به صلاحیت ابتدایی محاکم است. و نیز در کلیه کشورها پذیرفته شده در صورت وجود توافق بر داوری، دادگاه از رسیدگی به دعوا خودداری نماید. بنابراین هنگامی که میان طرفین اختلاف توافقی در مورد داوری وجود نداشته باشد و یا رأی داوری به هر دلیلی غیر قابل اجرا باشد می‌بایست به محاکم دادگستری مراجعه نمایند. اما همانطور که قبلاً نیز گفته شد به دلیل آنکه در سطح بین المللی دادگاهی وجود ندارد که به دعاوی تجاری اشخاص خصوصی رسیدگی نماید افراد مجبورند به دادگاه‌های ملی مراجعه کنند. «دیوان بین المللی دادگستری» مستقر در لاهه که بعضاً به دعاوی تجاری بین المللی رسیدگی می‌کند تنها از زاویه حقوق

۱. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، پیشین، ص ۵۷.

بین الملل عمومی به اختلاف بین دولت‌ها ( آن هم در صورت توافق دولت نسبت به صلاحیت آن ) رسیدگی می‌کند.<sup>۱</sup>

دادرسی دادگاه‌ها دارای ویژگی‌هایی است که داوری در برخی موارد فاقد آن است لذا همین ویژگی‌ها ممکن است از جهتی امتیاز مثبت و از لحاظ دیگر معایب آن محسوب شود. از این رو برای روشن شدن این مطلب به بررسی مزایا و معایب دادرسی خواهیم پرداخت.

### ۱-۳-۱-۱- مزایای دادرسی

عده ای از حقوقدانان در خصوص مزایای داوری مواردی را ذکر کرده اند که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از:<sup>۲</sup>

(۱) قضات دادگاه‌ها از نظر آشنایی به مسائل حکمی یا قانونی پیچیده دارای تخصص هستند در حالی که داوران اصولاً فاقد چنین توانایی هستند.

(۲) تبعیت از آرای وحدت رویه توسط دادگاه ، در صورتی که داوران به رویه جاری پایبند نبوده که این امر منجر به صدور احکام متعارض در موارد مشابه شده است. از جمله دلایل این وضعیت محرمانه بودن آرای داوری و یا مکلف نبودن داوران به تبعیت از رویه در صدور احکام داوری است.

(۳) در دادرسی می‌توان کلیه دعاوی مطروحه از طرف خواهان ، خوانده و یا شخص ثالث که با دعوی اصلی مرتبط و یا دارای منشاء واحد باشد یکجا رسیدگی نمود. این امر باعث می‌شود که دادرسان با در نظر داشتن کل دعوی مرتبط تصویر روشن تری از موضوع داشته و حکم صحیح تری صادر کنند. در داوری تجمیع کلیه اختلافات فقط در صورت توافق اطراف اختلاف امکان پذیر است و داورها اختیاری بر رسیدگی به صورت تجمیعی ندارند.

(۴) در صورتی که دعوا به شخص یا اشخاص ثالثی برخورد پیدا کند ، در دادرسی امکان جلب ثالث حتی بدون موافقت وی وجود دارد اما در داوری آن شخص می‌بایست به این امر رضایت دهد والا امکان رسیدگی در چارچوب داوری امکان پذیر نخواهد بود زیرا فقط طرفین داوری ملزم اند که اختلاف خود را از طریق داوری حل و فصل کنند.

۱. منبع پیشین ، ص ۵۷ .

۲ سروری مقدم، مصطفی ، مقایسه جایگاه داوری و داوری در حل اختلافات تجاری بین المللی ، پیشین ، ص ۴۲ . شیروی ، عبدالحسین ، داوری تجاری بین المللی ، پیشین صص ۴۷-۴۲ . امیر معزی ، احمد ، داوری بازرگانی بین المللی ، پیشین ، ص ۳۵ .

۵) قرارها و احکام دادگاه‌ها در کشور محل صدور از نظر اعتبار و اجرا دارای جایگاه ویژه‌ای است که داوری از آن جایگاه برخوردار نیست.

۶) گاهی زمان رسیدگی و صدور رأی در دادگاه و اجرای آن سریع‌تر، ارزان‌تر و یا راحت‌تر از آن‌چه عموماً برای دادگاه متصور است صورت می‌گیرد و یا گاهی با داوری فرقی نداشته و حتی کم‌هزینه‌تر از آن است. در هر حال می‌توان گفت مسلماً داوری دعاوی سنگین بین‌المللی گران‌خواهد بود و طرفین با توجه به موضوع دعوا می‌بایست امتیازات و معایب هر یک از روش‌های داوری یا دادرسی را مد نظر قرار داده و بر اساس آن تصمیم بگیرند که کدام یک مناسب‌تر است.

### ۲-۳-۱-۱- معایب دادرسی

دادرسی دادگاه‌ها همواره مورد انتقاد واقع شده است تاجایی که خود قانونگذار نیز عیب‌های آن را پذیرفته و به ارائه راهکارهایی همچون داوری اجباری پرداخته است. بر این مبنا برخی اساتید حقوق درباره معایب دادرسی و مقایسه آن با داوری مورد بررسی قرار داده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌نماییم<sup>۱</sup>:

۱) دادگاه صالح در دعاوی تجاری بین‌المللی برحسب اقامتگاه خواننده یا خواهان، محل انعقاد قرارداد، موضوع اختلاف یا محل اجرای آن انتخاب می‌شود. از اینرو خواهان در انتخاب دادگاه صالح با مشکلاتی نظیر آشنا نبودن با فرهنگ و زبان کشور مقر دادگاه روبه‌رو خواهد شد که در این صورت امکان سوء تفاهم و برداشت نادرست افزایش می‌یابد. همچنین کشورهای گوناگون از جهت مقررات آیین دادرسی و رسیدگی در سطح یکسان نبوده و در برخی از آن‌ها احتمال اعمال نفوذ و فساد وجود دارد.

۲) جلسات دادگاه معمولاً به صورت علنی تشکیل می‌شود اما در شرایط خاص مربوط به یک دعوا ممکن است قاضی به صورت غیرعلنی به دعوا رسیدگی نماید. بنابراین اصل برعلنی بودن دادرسی است و طرفین نمی‌توانند از این اصل اجتناب کنند. علنی بودن دعاوی تجاری دادرسی است و طرفین نمی‌توانند از این اصل اجتناب کنند. علنی بودن دعاوی تجاری ممکن است سبب فاش شدن مسائلی شود که تجار تمایل ندارند به اطلاع رقیبان، مشتریان احتمالی و یا عموم مردم برسد زیرا موجب

---

۱. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، پیشین صص ۴۷ - ۴۲. امیر معزی، احمد، داوری بازرگانی بین‌المللی، پیشین، ص ۳۵.

ضررهای غیر قابل جبران می‌شود. بنابراین طرفین اختلاف به داوری که به صورت محرمانه به حل و فصل منازعات می‌پردازد، روی می‌آورند.

۳) برخلاف آرای داوری خارجی که به استناد کنوانسیون در کلیه ۱۴۶ کشور عضو قابل شناسایی و اجرا است، در مورد اجرای آرای دادگاههای خارجی کنوانسیون جامعی که کشورهای زیادی را پوشش دهد، وجود ندارد. در این زمینه برخی معاهدات دو جانبه و چند جانبه معدودی وجود دارد که اعضای محدودی دارد. بنابراین در صورتی که رأی صادره از دادگاه کشوری باید به سبب وجود اموالی از محکوم علیه در کشور دیگر برای شناسایی و صدور دستور اجرا در مرجع قضایی کشور مزبور مطرح باشد، اصولاً مقنن و مرجع مذکور نسبت به اجرای رأی دادگاه کشور دیگر کراهت نشان می‌دهد، در حالی که در اجرای رأی داوری چنین سختگیری کمتر دیده می‌شود.

۴) رعایت مقررات و تشریفات خاص آیین دادرسی مدنی و نیز مراحل مختلف رسیدگی در دادگاه‌ها از جمله مرحله بدوی، تجدید نظر و استیناف که هر کدام دارای تشریفات زمان بر و رسمی هستند موجب اطاله دادرسی شده که با مسائل بازرگانی ناسازگار است.

۵) عدم تخصص قضاوت دادگاه‌ها به ویژه در حل و فصل دعاوی بازرگانی که فقط یک کارشناس می‌تواند قاضی آن‌ها باشد. در صورتی که این موضوعات به قضات ارجاع شود، چاره ایی جزء آن ندارند که به گزارش‌های کارشناسان متوسل گردند. پس بهتر این است که به این کارشناسان برای داوری مراجعه شود.

#### ۱-۱-۳- مذاکره

مذاکره یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی است که بر اساس آن طرفین بدون ارجاع اختلاف به محاکم و یا داوری تلاش می‌کنند با گفتگو و مذاکره به حل و فصل اختلافات خود بپردازند. این روش از طریق حل و فصل اختلافات به نحو دوستانه سبب تقویت روابط تجاری می‌شود. به طور کلی مذاکرات به صورت مستقیم یا با واسطه شخص یا اشخاص ثالث صورت می‌گیرد. لازم به ذکر است انجام مذاکرات به صورت غیر مستقیم یا با واسطه شخص یا اشخاص ثالث شیوه‌های مساعی جمیله، میانجگری و سازش را شامل می‌شود. اما در روش مذاکره طرفین با گفتگوی مستقیم و بدون واسطه به حل و فصل اختلافاتشان می‌پردازند. با توجه به ویژگی‌های مذاکره، نظیر کم هزینه بودن و یا غیر رسمی بودن آن موجب شده که مورد توجه بسیاری از سازمان‌های فعال در زمینه تجارت بین الملل قرار گیرد. برخی از سازمان‌های تجاری مانند اتاق بازرگانی بین المللی، ایکسید و بانک جهانی

امکاناتی را برای طرفین اختلاف فراهم کرده اند که بتوانند آن سازمان‌ها اختلاف خود را از طریق مذاکره حل و فصل کنند.<sup>۱</sup>

#### ۱-۳-۴- مساعی جمیله

در این روش شخص ثالثی به منظور پایان دادن به اختلاف به طور دوستانه مداخله می‌کند و مسایل و موضوعات مورد مذاکره را به طرفین پیشنهاد می‌کند.<sup>۲</sup> محدودترین شکل مداخله شخص ثالث برای حل و فصل اختلاف، روش مساعی جمیله است بدین معنی که شخص ثالثی طرفین را به مذاکره یا از سر گرفتن مذاکره قبلی تشویق و ترغیب نماید و یا طریق تماس و مراوده دیگری در اختیار ایشان قرار دهد.<sup>۳</sup> در واقع شخص ثالث به صورت غیر حضوری زمینه مذاکرات را فراهم می‌سازد.

#### ۱-۳-۵- میانجگری

میانجگری روشی است که در آن شخص ثالث به طرفین اختلاف کمک می‌کند تا از طریق مذاکره و گفتگو و سنجش راه‌های مختلف، اختلاف را به طور دوستانه حل و فصل کنند.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر میانجی با توجه به اختلاف، نظر طرفین را بررسی می‌کند و راه کارهای ممکن را با رعایت منافع آنان، جهت ارائه راه حل مناسبی فراهم می‌سازد.<sup>۵</sup> نظر پیشنهادی میانجی برای طرفین الزام آور نبوده و می‌تواند آن را رد نمایند. همچنین این نظر تنها با توافق و رضایت طرفین قابل اجرا می‌باشد.

#### ۱-۳-۶- کارشناسی

در اختلافات تجاری بین المللی برخی مسائل عمدتاً جنبه فنی و حرفه ای داشته که مستلزم اظهار نظر قضایی و حقوقی نیست از این رو طرفین ترجیح می‌دهند که به جای ارجاع به داوری یا دادگاه آن‌ها را از طریق ارجاع به کارشناسی حل و فصل کنند. در مورد تفاوت‌های کارشناسی با رسیدگی از طریق

۱. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، پیشین، ص ۵۹.

۲. مرتضوی، عبدالحمید، پیشین، ص ۳۵.

۳. مگی، آندرو، آیین حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی، محبی، محسن، مجله دیدگاه‌های حقوقی قضایی، ۱۳۷۶، شماره ۷، ص ۷۹.

۴. درویشی هویدا، یوسف، مطالعه ای بر میانجگری به عنوان روش دوستانه حل و فصل اختلافات، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، ۱۳۹۰، شماره ۴، ص ۱۲۳.

۵. مرتضوی، عبدالحمید، پیشین، ص ۳۴.

داوری و یا دادگاه برخی نویسندگان اظهار داشته اند: <sup>۱</sup> (۱) در داوری و دادرسی رأی لازم الاجرا صادر می‌شود که در محل صدور رأی طبق قوانین محلی در خارج از آن در چارچوب معاهدات قابل اجرا هستند، در حالی که نظریه کارشناسی فی نفسه لازم الاجرا نیست ولی می‌تواند مستند رأی دادرسی یا داوری قرار گیرد. حتی در صورتی که طرفین توافق نموده باشند که نظریه کارشناسی قاطع بین طرفین باشد، باز در صورتی که توافق مزبور اجرا نشود یا در مورد مفاد آن اختلاف بروز کند جهت الزام متعهد موضوع به داوری یا دادرسی ارجاع شود.

(۲) اصولاً کارشناسی معطوف به بررسی و اظهار نظر در مورد یک مسئله موضوعی ( بروز یک امر در عالم واقع ) و نه یک مسئله حکمی ( حقوقی ) است.

(۳) قواعد حاکم بر اعتراض به رأی داور و حکم کارشناس تابع مقررات متفاوت است.

(۴) مسئولیت مدنی و مصونیت داور و کارشناس یکسان نیست. در حالی که داوران معمولاً مصون از تعقیب هستند مگر این که سوء نیت آنها ثابت شود کارشناس ممکن است در قبال سهل انگاری و بی‌مبالاتی مورد تعقیب قرار گیرد مگر این که این نوع مسئولیت صراحتاً توسط طرفین استثناء شده باشد.

### ۱-۱-۳-۷-سازش

سازش همانند میانجگری روشی است با مصاحبه که در آن با گفتگوهای سازشگر و طرفین اختلافات حل و فصل می‌شود. سازشگر همانند میانجی با طرفین در خصوص موضوع مورد اختلاف گفتگو می‌کند و دیدگاههای آنها را به هم نزدیک کرده و در صورت تمایل طرفین طرح سازش یا سازشنامه را تنظیم می‌نمایند.<sup>۲</sup> میانجگری گاه با سازش یکسان دانسته شده است ولی برخی آن را یکسان نمی‌پندارند. به عقیده برخی در سازش، سازش دهنده سعی می‌کند طرفین اختلاف را به سوی یک توافق سوق دهد و سازش دهنده صرفاً نقش واسطه ای دارد. اما میانجگری نه تنها به دنبال سازش است بلکه خود نیز توصیه‌ها و پیشنهادهایی برای رسیدن به آن انجام می‌دهد. به عبارت دیگر سازش

۱، شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، پیشین صص ۶۲ - ۶۰. درویشی هویدا، یوسف، استفاده مستقیم از کارشناس در حل و فصل اختلافات، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۹، شماره ۴، ص ۱۷۸.

۲. درویشی هویدا، یوسف، شیوه های جایگزین یا غیر قضایی حل و فصل اختلافات، مجله قضاوت، ۱۳۸۴، شماره ۳۲، ص ۸۰.



دهنده با تحلیل موضوع مورد اختلاف و بررسی ادله و استدلال‌های طرفین تلاش به رفع اختلاف نموده و مزایا و معایب و احتمال پذیرش یا رد آن ادله و استدلالات را در محکمه بیان می‌دارد.<sup>۱</sup>

### ۱-۱-۳-۸-دادرسی خصوصی

یکی از روش‌های نسبتاً جایگزین حل اختلافات، دادرسی خصوصی است که به موجب آن نمایندگان تام‌الاختیار هر کدام از طرفین دعوی با حضور شخص ثالث بی طرف (مثل یک قاضی بازنشسته) یک جلسه خصوصی دادرسی تشکیل می‌دهند. در این نشست ابتدا وکلای طرفین ضمن طرح ادعاها و دفاعیات، دلایل خود را به صورت اختصاری بیان می‌کنند. پس از استماع نظران وکلا، جلسه بدون حضور آنان ادامه می‌یابد: در این جلسه ثالث بی طرف (قاضی بازنشسته) ضمن بیان نکات و مسائل حقوقی، به طرفین کمک می‌کند با ارزیابی موقعیت خود در یک دادرسی واقعی نسبت به نحوه رفع اختلافات گفتگو کنند. ثالث بی طرف ممکن است براساس نتایج نشست پیشنهادات و راه حل‌هایی را برای حل و فصل اختلافات ارائه نماید.<sup>۲</sup>

### ۱-۴-میانجیگری:

#### ۱-۴-۱- معنای لغوی:

میانجیگری در لغت به معنای وساطت و مداخله است.<sup>۳</sup>، در فقه اسلامی کلمه میانجیگری بیشتر در دو معنا به کار می‌رود:

❖ وساطت بین طرفین به منظور عفو طرف متجاوز به وسیله زیان دیده - رفع اختلاف - ایجاد صلح و سازش بین آنان.

❖ وساطت نزد حاکم به سود مجرم به منظور عفو خطای او یا تخفیف در مجازات او.

مورد اول را اصطلاحاً اصلاح ذات البین می‌نامند و در زبان عرب معنای دوم، شفاعت به معنای میانجیگری است. در فرهنگ و حقوق اسلامی میانجیگری در دو معنای اخیر به کار رفته است.

۱. مرتضوی، عبدالحمید، پیشین، ص ۳۵.

۲. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، پیشین، صص ۶۵ - ۶۴.

۳. عمید، حسن، فرهنگ فارسی، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۱، ص ۳۴۳.

## ۱-۴-۲- معنای اصطلاحی

میانجیگری کیفری فرآیندی است که طی آن بزه دیده و بزه‌کار و در صورت لزوم سایر اشخاص جامعه که از جرم متأثر می‌شوند و یا نفع و ضرری در مقابله با جرم دارند را قادر می‌سازد که در صورت تمایل طی گفتگوهای متقابل به طور فعال با مساعدت و حضور یک شخص ثالث بی‌طرف به حل و فصل مسائل برخواسته از حادثه مجرمانه بپردازد. شخصی که عهده دار این وظیفه می‌شود را میانجی یا میانجیگر می‌نامند و او واسطه‌ای می‌شود برای رفع اختلافات و حصول آشتی و سازش بین طرفین یک دعوا و به صورت کاملاً بی‌طرفانه و مستقل و مجرمانه این کار را انجام می‌دهد که این‌ها از اصول کاری اوست مگر اینکه طرفین به گونه‌ای دیگر توافق کرده باشند. انتخاب او از سوی طرفین دعوا و یا به صورت رسمی از طرف مقام قضایی دادگاه صورت می‌گیرد. اولین ملاقاتهای بزه‌کار و بزه دیده از طریق میانجیگری فرد به فرد همراه با کمک میانجی صورت گرفت و بعد از آن روش‌های دیگر توسعه یافت مثل تشکیل جلسات گفتگوی گروهی خانوادگی که مدیریت فرآیند رسیدگی به جرم را به بزه‌کار و بزه دیده واگذار می‌کند. در میانجیگری و جلسات گفتگو اصول مشابهی وجود دارد که باعث تشویق حامیان و وابستگان بزه دیده و بزه‌کار به حضور یافتن در این جلسات می‌شوند، این جلسات برخلاف میانجیگری در غیاب بزه دیده هم برگزار می‌شوند. قانونگذار به درجه بندی نمودن جرایم تعزیری و ذکر آنها در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی پرداخته است، مقام قضایی در جرایمی با درجات ۶-۷-۸ که دارای محکومیت‌های پایین تر از سایر درجات هستند و به تصریح ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مجازاتشان قابل تعلیق است، به درخواست متهم و موافقت بزه دیده یا مدعی خصوصی و البته با اخذ تأمین مناسب؛ مهلتی حداکثر دو ماهه برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارات وارده به متهم می‌دهد. از دیگر اختیارات مقام قضایی در صورت وجود توافق طرفین، ارجاع موضوع به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجیگری به مدت سه ماه برای حصول سازش میان اطراف دعوی می‌باشد و البته مهلت‌های اعطایی به طرفین برای یک بار قابل تمدید می‌باشد.

## ۱-۴-۳- نهادهای مشابه میانجیگری

### ۱-۴-۳-۱- عدالت ترمیمی

زمانی که در یک جامعه به هر دلیلی جرمی رخ می‌دهد نه فقط مجنی‌علیه بلکه افراد زیادی به گونه‌ای که گاه تعدادشان قابل شمارش نیست از آن متأثر خواهند شد. نژاد، مذهب، اعتبار و شهرت و... مواردی هستند که می‌توانند در میزان تأثر افراد دخیل باشند. عدالت ترمیمی روشی است بی‌طرفانه و داوطلبانه که دارای اصول و اهدافی متفاوت با نظام عدالت تنبیهی-کیفری می‌باشد و خواهان آرام کردن اوضاع و برگرداندن امنیت با روش‌هایی جدید می‌باشد از جمله: توجه به احترام و شأن افراد سه ضلعی جرم؛ بزه دیده- بزه‌کار - جامعه محلی، ارائه فرصت‌هایی برای فراگیری روش‌های حل و فصل اختلافات، برپایی ملاقات‌هایی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم برای بزه دیده و بزه‌کار و گاهی با همراهی بستگان هر کدام از طرفین و سایر کسانی که از جرم آسیبی به آنها وارد شده است و... و البته با در نظر گرفتن دو شرط؛ یکی اینکه طرفین، خواهان این نوع رسیدگی به پرونده‌شان باشند و دیگر اینکه به صورت فعالانه در فرآیند رسیدگی مشارکت داشته باشند که باعث هر چه بیشتر پیش افتادن اهداف فرآیند و ایجاد حس آسودگی خاطر در بزه دیده به دلیل توجه به او و عدم فراموشی او می‌شود؛ متناسب با آن، در اعلامیه سازمان ملل متحد، حقوقی برای بزه دیدگان یک جرم در نظر گرفته شده است: برخورد همراه با احترام به آنها- به رسمیت شناختن حقوق آنان- حمایت از امنیت جسمانی آنان- حفظ خصوصی بودن اظهاراتشان- جبران خسارات وارده به آنان. ایجاد حس عذاب وجدان مفید در بزه‌کار به جهت کشف آسیب‌ها و تلاش برای جبران خسارات وارده از نظرات مادی و معنوی به بزه دیده چه حقیقی و چه حقوقی، کمتر نمودن میزان تکرار جرم در بزه‌کاران که البته نباید تنها ملاک برای شناخت میزان کارآمد بودن عدالت ترمیمی شناخته شود، بالا بردن توان بازپذیری بزه‌کار توسط جامعه و ...

الگوی عدالت ترمیمی بر سه اصل اساسی پابرجاست:

۱. بزه، تعدی و تجاوز به افراد و روابط میان آنان و نقض حقوق شخص توسط دیگری است و به هر حال تجاوز به دولت و حکومت تلقی نمی‌گردد.

۲. به ترمیم و جبران خسارات ناشی از ارتکاب بزه به ویژه خسارت‌های وارده بر بزه دیده و نیز اعاده‌ی وضع، البته تا آنجا که ممکن است به حالت قبل از وقوع بزه و بر حل و فصل مسائل ناشی از ارتکاب بزه به منظور نیل به توافق و آشتی و پیشگیری از زیان‌های بیشتر تأکید دارد<sup>۱</sup>

۳. همه افراد درگیر و متأثر از ارتکاب بزه، شامل بزه دیده و بزه‌کار و جامعه محلی در ارائه واکنش به بزه و حل فصل مسائل ناشی از ارتکاب آن باید مشارکت داشته باشند. این مشارکت باید اختیاری و داوطلبانه و با حضور و شرکت فعال بزه دیده و بزه‌کار صورت پذیرد.

ساز و کارهای ترمیمی را می‌توان در هر مرحله‌ای از فرآیند رسیدگی به جرم به کار گرفت؛ علاوه بر این باید دلایل کافی برای متهم کردن بزه‌کار وجود داشته باشد و مشارکت بزه‌کار را نباید دلیلی بر پذیرش تقصیر در رسیدگی‌های قضایی آینده در صورت عدم حصول توافق در فرآیند ترمیمی و خروج از این فرآیند و رفتن به سوی ورود به فرآیند رسیدگی کیفری دانست. رضایت آزاد و داوطلبانه طرفین تا لحظه تحصیل توافق و اینکه توافقشان در برگیرنده تعهدات معقول و متناسب باشد، بسیار مهم تلقی می‌شود. دادرسی ترمیمی مشتمل بر قواعدی است ناظر بر نحوه مشارکت فعال بزه دیده، بزه‌کار و جامعه محلی در تعامل با یکدیگر و تحت نظارت انتظامی و قضایی جهت حل و فصل دعوی کیفری و ترمیم خسارات بزه دیده و تنبّه و آگاهی متهم نسبت به آثار زیانبار عمل ارتكابی خود و مسؤلیت پذیری او و پیشگیری از ارتکاب جرم؛ از طریق ساز و کارهای ترمیمی و با استفاده از مذاکره و تلاش‌ها برای ایجاد تفاهم و با حضور برجسته نمایندگان جامعه محلی می‌باشد. محور بحث در این نظام جبران خسارت وارده به بزه دیدگان اصلی و فرعی می‌باشد، دادرسی ترمیمی در مفهوم مضیق خود مشتمل بر مشارکت بزه دیده، بزه‌کار و جامعه محلی در فرآیند تصمیم‌گیری برای حل و فصل دعوی می‌باشد و در مفهوم موسع خود مشتمل بر حضور نماینده حاکمیت علاوه بر بزه دیده، بزه‌کار و جامعه محلی، به علت گسترده بودن دامنه جرم ارتكابی می‌باشد. دادرسی ترمیمی به موضوع اصلی و موضوع فرعی منشعب می‌شود. موضوع اصلی این نظام رسیدگی به جبران خسارات وارده بر بزه دیدگان جرم ارتكابی می‌باشد و افراد شامل بزه دیده اصلی و بزه دیدگان فرعی می‌باشند زیرا باید پذیرفت که بزه دیدگی یکایک اعضای یک جامعه امکان پذیر است و بیشتر جرایم در بزه دیدگی سایر افراد جامعه و تباهی جامعه سهیم می‌باشند و به همین

۱. غمامی، مجید و محسنی، حسن، اصول آیین دادرسی فراملی، چاپ اول، نشر میزان ۱۳۸۶، ص ۴۳

علت است که از حدود دو دهه گذشته به این طرف، چارچوب جدیدی از عدالت ترمیمی که مستلزم مشارکت بزه دیده، بزهکار و اجتماع در ایجاد رویکردی متعادل نسبت به عدالت است متداول شده است. موضوع فرعی نظام رسیدگی به جنبه عمومی جرم می‌باشد. به طور کل در این نظام تمرکز اصلی بحث بر جنبه‌های کیفری به صورت مشارکت مردمی در فرآیند تصمیم‌گیری و حل و فصل اختلافات طرفینی می‌باشد تعاریفی چند از عدالت ترمیمی لازم به ذکر است: مارتین رایت: عدالت ترمیمی عدالتی است که تلاش می‌کند تا بین منافع بزه دیده و جامعه و نیاز به بازپذیری اجتماعی بزهکار توازن و تعادل برقرار نماید و می‌کوشد که ترمیم و بهبود وضعیت بزه دیده را تا حد امکان عملی ساخته و در این مسیر تمامی اشخاص را که به نحوی در حادثه مجرمانه نفعی دارند (همچون بزه دیده، بزهکار، خویشان و بستگان آنها، نمایندگان جامعه محلی و در نهایت نمایندگان کل جامعه) به مشارکت فعال و سازنده برای ایجاد چنین توازنی فرا می‌خواند. عدالت ترمیمی در صدد ایجاد توازن بین نگرانی‌های بزه دیده و جامعه محلی است و موجب بازسازی بزهکار با جامعه، فراهم کردن موجبات تشفی خاطر بزه دیده و ارزیابی میزان بهبود لطمات وارده به وی می‌شود؛ همه‌ی افراد سهیم در فرآیند رسیدگی را قادر می‌سازد که فعالانه مشارکت نمایند و آنها را متوجه این نکته می‌کند که باید در مورد ملاک‌ها و اهدافشان جهت نیل به موفقیت تجدیدنظر کنند.

#### ۱-۴-۳-۲- شفاعت

کلمه شفاعت برگرفته از کلمه شفع به معنای جفت و همراه، ضمیمه کردن چیزی به چیز دیگر است. شفاعت در لغت به معنای طلب و جست‌وجو است و شافع و شفیع در واقع در جست‌وجو و طلب چیزی برای دیگری هستند. ظاهراً شفاعت برای دفع ضرر است و استعمال واژه شفاعت در جلب منفعت مجاز است. در اصطلاح کسی از دیگری درخواست واسطه شدن می‌کند.<sup>۱</sup> بنا بر رأیی که بسیاری از مفسران آن را برگزیده اند منظور از شفاعت همان تلاش برای ایجاد صلح میان دو یا چند نفر است. برای تحقق مفهوم شفاعت دست کم به سه عنصر اصلی نیاز است: شفیع: کسی است که شفاعت می‌کند - مشفوع له: کسی که برای وی درخواست شفاعت می‌شود - مشفوع الیه: کسی که از وی درخواست شفاعت می‌شود. درخواست خود بزهکار از بزه دیده، امام و یا حاکم برای بخشودگی، مصداق شفاعت نیست. تقاضای بزه دیده از حاکم برای بخشودگی بزهکار نیز تا آنجا که

۱. محمد زاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، چاپ اول ۱۳۷۹، ص ۶۶

مصدق گذشت از حق خصوصی خود باشد، شفاعت محسوب نمی‌شود؛ اما درخواست وی برای بخشودگی جنبه عمومی یا الهی جرم که به بزه دیده ارتباطی ندارد، چه بسا مصداق شفاعت باشد. در عرف، شخصی وجیه به صورت داوطلبانه و یا از سوی دادگاه برای مجرم یا گناهکار نزد دیگری درخواست گذشت می‌کند تا بتواند او را از این حال به خارج از حیطه مجازات هدایت کند. از این رو شفاعت کننده را شفیع نیز می‌گویند چون از موقعیت خود صرف مجرم می‌کند و با نزدیک کردن و پیوند زدن او به خود، سعی در رفع کاستی هایش دارد. آیات مربوط به بحث شفاعت در قرآن بیشتر به جنبه اخروی آن توجه دارند و اما آیه ۸۵ سوره نساء به جنبه فَعَهُ حَسَنَةً دنیوی یکن موضوعه اشاره نصیب دارد: مَمْنَهَا وَمَنْ يَشْفَعُ شَفَعَهُ سَيَّئُهُ يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا لِلَّهِ عَلَى كَأَنْوَكُلٍ شَيْئٍ مُّقْتَبًا. هر کس سبب کار نیکویی شود، هم او نصیبی کامل از آن برد؛ و هر که وسیله کار قبیحی گردد، از آن سهمی بسزا خواهد یافت، و خدا بر همه (نیک و بد) اعمال خلق مراقب است. شفاعت شونده بنا بر تعلیمات اسلام و قرآن باید به گونه ای متحول شود که شایسته مورد شفاعت قرار گرفتن باشد و باعث ایجاد حس عذاب وجدان و تلاش برای دوری از انجام آن عمل در او بشود و در مراحل بالاتر کسب رضایت خاطر بزه دیده و کمک به او برای جبران خسارات وارده می‌باشد. در کل علاوه بر تحولاتی که شفاعت شفیع در شخصی که شفاعت نزد او صورت می‌گیرد و باعث تغییر در حکم صادره می‌شود؛ باید مشفوع له نیز دچار تحول و دگرگونی درونی بشود و همین تنبه مجرم برای تجدیدنظر در اعمالش و تصمیم برای جبران گذشته است که سبب برگرداندن آرامش به جامعه می‌شود. و نباید این تصور برای مجرم پدید آید که شفاعت شفیع مجوزی برای رهایی اوست تا بتواند به راحتی به بزهکاری خود ادامه دهد.

### ۱-۴-۳- صلح و سازش

در فرهنگ لغت‌های مختلف، برای برطرف نمودن کدورت‌ها و ایجاد صلح و سازش الفاظی که گویای موضوع می‌باشند آورده شده است. آشتی، دوستی از نو کردن، فراموشی بعد از قهر، ترک جنگ موافقت، یگانگی، تسلی، اتفاق مصالحه و مسالمة و مهاندنه فرهنگ نویسان عرب نیز صلح را سلیم معنا نموده اند. صلح اسم مصدر و مشتق از مصالحه به معنای سازش و آشتی است. و در اصطلاح عقدی است لازم که به تراضی دو نفر بر امری از قبیل تملیک عین یا منفعت و یا اسقاط حق یا دین و... که به صورت مجانی یا در برابر عوض صورت می‌گیرد و به هر لفظی که صلح و سازش را برساند جاری می‌شود و به صیغه خاصی با زبانی مخصوص نیاز ندارد اشاره

دارد ولی نباید حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند. ایجاد صلح و سازش از نظر دربرگرفتن موضوعات دایره وسیعی دارد که در قرآن هم به آنها اشاره شده است و از بین آنها به دو مورد اشاره می‌کنیم؛ ایجاد سازش در حقوق خانواده - ایجاد سازش در بین مسلمانانی که با یکدیگر دچار جنگ شده اند . بسیاری از منازعاتی که بین مردم پیش می‌آید تا حدی طبیعی است و حاصل زندگی اجتماعی است ولی مردم هم نباید بی تفاوت از کنار افرادی که به اختلاف دچار شده اند عبور کنند و صرف اینکه بگویند قسم خورده ایم در این کارها دخالت نکنیم صحیح نیست چرا که چنین قسم هایی بی اثر است و راه را بر کسانی که می‌گویند به دلیل مشکلاتی که در پس اصلاح ذات البین برایمان حاصل شده دیگر در روند اصلاح شرکت نمی‌کنیم، مسدود نمی‌کند.<sup>۱</sup>

#### ۱-۴-۳-۴ حکمیت

حکمیت واژه ای عربی از ریشه حکم گرفته شده است. در لغت به معنای قضاوت کردن، داوری، اتقان و استحکام، و در اصطلاح به معنای وضع کردن می‌باشد. در اصطلاح فقهی واقعه ای حقوقی است که دو طرف متخاصم مسئله اختلافی خود را نزد شخص ثالثی می‌برند تا او نسبت به آن رأی خود را صادر کند که برای طرفین نیز به انجام رساندن رأی صادره از سوی حکم الزامی می‌باشد. به عنوان یک قاعده حقوقی تأسیسی در اسلام نیست چرا که قدمت آن به اولین اجتماعات بشری در یونان، روم باستان و جاهلیت قبل از اسلام برمی‌گردد. در حقوق داخلی مثل حقوق خانواده اگر در صورت بروز اختلافی که نشانگر جدایی باشد، طرفین راضی به مراجعه به حکمیت نباشند، باز هم دادگاه حکمیت را برای حل و فصل اختلافشان برقرار می‌کند. اما مواردی که واجد جنبه عمومی هستند یا جنبه‌های خصوصی و عمومی در کنار هم هستند قابل ارجاع به حکمیت نیستند چرا که جنبه عمومی جرم توسط قاضی دادگاه که مدعی العموم است پیگیری می‌شود حتی اگر جنبه خصوصی آن از طریق حکمیت به سازش خاتمه یافته باشد. اما در کل حکمیت برای حل اختلافات در حقوق خانواده، مسائل کیفری و منازعات سیاسی جامعه به کار می‌رود. در اینکه آیا حکمیت واجب است یا مستحب؛ میان علماء اختلاف است! شهید ثانی فتوایی در این زمینه دارند: ”مسأله داوری واجب و ضروری است و وظیفه حکام است که همواره این کار را بکنند.“ اما در این میان سید محمد رشید رضا صاحب تفسیر المنار به اختلاف علمای اسلام بر وجوب یا استحباب

۱. محمدی گیلانی، آیت ... محمد، قضا و قضاوت در اسلام، انتشارات المهدی، چاپ چهارم، ۱۳۳۲، ص ۸۷

حکمیت اشاره نموده و می‌گوید: آنچه «عملاً بین مسلمین وجود ندارد خود این عمل و استفاده از مزایای بی پایان آن است! طلاق‌ها مرتب صورت می‌گیرد بدون اینکه از اصل حکمیت که نص قرآن کریم است کوچکترین استفاده‌ای شود و تمام نیروی علمای اسلام و مسلمین صرف بحث و جدل در اطراف وجوب یا استحباب حکمیت شده است! اگر بناست عملی شود ولی مردم از مزایای آن بی بهره باشند چه فرقی می‌کند واجب باشد یا مستحب!» علاوه بر جنبه تاریخی حکمیت در جنگ صفین و اجبار نمودن امام علی علیه السلام بر پذیرش صلح و ترک جنگ توسط مارقین و خروج عده‌ای وارجه‌نامبا خشعار لَاحِکَمَ اَلَّا لِلَّهِ؛ در قرآن آیه ۳۵ سوره نساء به بحث حکمیت در خانواده پرداخته است و به اختلافات شدید بین زن و شوهر که بیم جدایی آنها وجود داشته باشد اشاره کرده است. در این حالت سفارش شده است به تعیین دو حکم، ولی در انتخاب آنها بین مفسران اختلاف موجود است. به نظر بعضی به انتخاب خود زوجین یا اهل آنها باشد و نظر دیگر به انتخاب مؤمنان اشاره دارد، نظر بیشتر آنها انتخاب از سوی حکومت اسلامی است، بعضی دیگر فقط به موارد سازش دادن بین آن دو اختصاص داده اند یعنی فقط برای همین امر انتخاب می‌شوند که این نظر، از امامان علیهم السلام روایت شده است، نظر دیگر اینکه داوران دارای اختیارات تام می‌باشند و امام علی علیه السلام هم همین مورد آخر را بیان نموده اند. انتخاب این دو حکم از خویشاوندان به دلیل این است که خانواده‌ها با خویشان خود برای بیان اسرار خانوادگی راحت تر از سایرین هستند. رأی و نظر دو حکم اگر بر صلح و سازش زوجین قرار گرفت هیچ نیازی به مشورت و نظر خواهی از آنها نیست ولی برای رأی به جدایی دادن از قبل باید با هر دوی آنها مشورت کرده باشند و نظر آنها را پرسیده باشند و در این زمینه روایت عبید الله حلبی از امام صادق علیه السلام نیز موجود است و آن به این ترتیب است که: حکمین حق ندارند بدون امضای زن و شوهر طلاق را اجرا کنند و اگر آنها پذیرفتند هر شرط شرعی که حکمین می‌دهند لازم الوفاست و اگر خواستند وفاق ایجاد کنند یا فراق، در هر دو جایزند. اما اگر حکمین برای ایجاد صلح و سازش بین زن و شوهر تصمیم به ایجاد شرط گرفتند باید متناسب با عرف حاکم بر محل باشد مثلاً حکم به اسکان زن در شهری نسبت به شوهر و حکم به تأخیر در گرفتن مهریه یا گذشتن از بعضی حقوق نسبت به زن. باید به صورت خیرخواهانه و عادلانه، قصد ایجاد آشتی را بین زوجین داشته باشند چون خدا به اتنی آن دو حکم، باخبر و داناست و علاوه بر این، خود زوجین هم باید خواهان رسیدن به سازش باشند.



### ۱-۴-۳-۵ قاضی تحکیم

قاضی تحکیم به عنوان داور دعوا برای به صلح و سازش رسیدن افراد پیشنهاداتی را ارائه می‌دهد و تمام تلاش خود را نیز در این راه می‌نماید و به همین دلیل به فرآیند میانجیگری نزدیک خواهد بود و به پرونده خارج از تشریفات دادگاه رسیدگی می‌شود و شخص قاضی نیز که با انتخاب طرفین دعوا برگزیده می‌شود، تحکیم نامیده می‌شود و به شخص ثالث نیز قاضی تحکیم گفته می‌شود. بعد از اعطای این اختیار به قاضی تحکیم این اختیار را ولایت تحکیم گویند یعنی اختیاری که طرفین دعوی به شخصی می‌دهند تا میان آنان داوری نماید، هر یک از طرفین را مُحکَم و شخص برگزیده را مُحکَم و قاضی تحکیم می‌نامند. در مورد جایز بودن یا نبودن رجوع به قاضی تحکیم در زمان حضور یا غیبت امام میان فقهاء اختلاف نظر موجود است و به طور خلاصه به سه دسته از آن نظرات اشاره می‌نماییم: ۱- گروهی از فقهاء، معتقدند که خود اطراف دعوا در زمان حضور و به طریق اولی در زمان غیبت امام علیه السلام می‌توانند قاضی انتخاب کنند. ۲- گروهی دیگر از فقهاء اعتقاد دارند که اطراف دعوا مجاز به انتخاب قاضی نیستند و اصولاً از دیدگاه آنها قاضی باید منصوب باشد و قضاوت از شوؤن امامت و حکومت است؛ بنابراین چه در زمان حضور و چه در زمان غیبت امام نهادی غیر مشروع است. ۳- گروه سوم از فقهاء معتقدند خود اطراف دعوا می‌توانند تنها در زمان حضور امام قاضی انتخاب کنند یعنی همانند گروه اول معتقد به مشروعیت انتخاب هستند، اما در زمان غیبت، انتخاب را غیر قابل تصور می‌دانند زیرا از یک سو، همه افراد واجد شرایط از سوی امام با اذن عام ایشان به قضاوت منصوب شده‌اند و از سوی دیگر انتخاب قاضی غیر واجد شرایط هم مشروع نمی‌باشد. مطلبی مرتبط به همین موضوع که از دو کتاب لمعه دمشقیه اثر شهید اول و کتاب الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه اثر شهید ثانی درباره شش شرط مهم و اساسی درباره شخص قاضی تحکیم اقتباس شده است؛ بدین شرح است: ۱. شخصی است که طرفین او را انتخاب می‌نمایند و بر او راضی می‌شوند. ۲. رضایت‌مندی افراد از شخص انتخابی خود به عنوان قاضی تحکیم دو حیثه صدور حکم و اجرای آن است. ۳. انتخاب قاضی تحکیم در عین وجود قاضی منصوب از سوی امام در جامعه است. ۴. شخص قاضی تحکیم فقط در زمان امام است که دارای مشروعیت می‌باشد. (مطابق با نظر گروه سوم از فقهاء) ۵. حکمی که صادر می‌نماید برای طرفین الزام‌آور است. ۶. شرایط موجود در قاضی تحکیم، موردی اختلافی بین فقهاست بدین صورت که: از نظر شهید ثانی قاضی تحکیم لازم نیست همه شرایط قاضی منصوب را داشته باشد و البته نه به این معنا که از تمام

شروطی که برای یک قاضی لحاظ شده است تهی باشد؛ در ادامه ایشان به داشتن شرایط فتوا دادن که بلوغ، عقل، حلال زاده بودن، داشتن قدرت حفظ و عدالت است در شخص قاضی تحکیم اشاره می‌نمایند که موردی اجماعی است.<sup>۱</sup> شهید اول در کتاب دروس خود بیان می‌دارد که شروط قاضی تحکیم بدون هیچ گونه استثناء همان شروط قاضی منصوب است. جناب محقق در کتاب الشرایع خود و علامه در کتاب هایش و فرزندش فخرالمحققین نظر شهید اول را تأیید و بر آن قطع و تأکید فراوان نموده اند و بیان داشته اند که: تحکیم شرعی کسی است که بین دو نفر که یک فرد جامع الشرایط را برای حکم کردن انتخاب نموده اند حکم می‌نماید. خلاصه از مطالب گفته شده اینکه اجتهاد در شخص قاضی در همه احوال و زمانها شرط می‌باشد و جایگاه وفاق و اجماع فقیهان می‌باشد. اما با توجه به تصریح قانونگذار در ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳: طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.<sup>۲</sup> و این بدین معناست که آنان می‌توانند هر شخصی را که مصلحت بدانند در زمان غیبت امام نیز به عنوان داور برای حل و فصل اختلافاتشان انتخاب نمایند و می‌توان گفت اختلافاتعمومی و حق الهی تخصصاً از این نهاد خارج اند زیرا بحث توافق در این نوع از جرایم منتفی است و دادستان به عنوان مدعی العموم به آنان رسیدگی خواهد نمود. در عربستان قبل از اسلام سه نوع دادرسی وجود داشت به نام های: تحکیم(داوری) \_ احتکام(داوری کاهنان) \_ پیمان و پناهندگی(حلف و جوار). اعراب برای داور و داوری ارزش و احترام زیادی قائل بودند و آرای آنان را بدون هیچ چون و چرایی اجرا می‌نمودند. بعد از اسلام پیامبر اکرم صلوات الله علیه و آله به صراحت دو شیوه (احتکام) و (حلف و جوار) را نپذیرفت، ولی تحکیم و داوری را امضا نمود. در واقع پیامبر اسلام قبل از بعثت نیز در بین اعراب داوری می‌نمود که مواردی از آنها شامل: داوری برای نصب حجرالاسود به هنگام نوسازی کعبه\_ داوری میان یهودیان مدینه\_ داوری میان دو قبیله یهودی به نام‌های بنی نضیر و بنی قریظه که اطراف مدینه ساکن بودند در خصوص چگونگی و میزان پرداخت دیه قتل عمدی و... می‌باشد. و بعد از بعثت نیز پیامبر نخستین داور اسلام بود و بعد از ایشان نیز خلفا، داوری را از مهم ترین وظایف خود می‌دانستند چنانچه با گسترش قلمروی اسلام، عمر برای خود

۱. شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح لمعه الدمشقیة، ج ۱، موسسه اسماعیلیان، قم، چاپ سوم، ۱۳۷۵

۲. میری، امین پاشا، تنظیم موافقتنامه داوری تجاری بین المللی. پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۵۷

داورانی را برگزید و ابودرداء را در داوری میان مردم مدینه، با خود شریک کرد؛ شریح را به بصره فرستاد و ابوموسی اشعری را روانه کوفه نمود. در زمان خلافت امام علی علیه السلام حکمیتی که در جریان جنگ صفین میان حضرت و معاویه صورت پذیرفت نمونه ای از موارد داوری بود.

### ۱-۴-۴- تاریخچه میانجیگری

تاریخ میانجیگری و دعوت به صلح و سازش به شیوه‌های مختلف مثل ریش سفیدی، کدخدامنشی، آیین خون بس، آیین فصل و... به قدمت نخستین زندگی‌های اجتماعی برمی‌گردد زیرا بسیاری از اختلافات به گونه ای نبودند که محاکم رسیدگی به شکایات، زمان زیادی برای رسیدگی به آنها صرف کنند چون اغلب از جرایم خفیف بودند. بنابراین مردم تصمیم می‌گرفتند از طریق مراجعه به بزرگان جامعه به سرعت به اختلافاتشان رسیدگی شود و با درایت کافی هم به آنها رسیدگی می‌شد. در ایران باستان اصولاً قوه قضاییه در اختیار شاه بود ولی غالباً داوری را به یکی از موبدان یا ریش سفیدان واگذار می‌کرد. برای هر نوع محاکمه مدت معینی مقرر بود که بایستی ظرف آن مدت حکم صادر شود و نیز به طرفین دعوی پیشنهاد سازش از طریق داوری می‌شد تا اختلافی که در بین ایشان است، به صورت مسالمت آمیز حل و فصل شود. در زمان اشکانیان، مثلاً جنایتی که در خانواده مثل کشته شدن زن به دست شوهر واقع می‌شد به قاضی دادگستری ارجاع نمی‌شد و بایستی خود خانواده، قراری در این موارد می‌داد و به گونه ای آن را حل و فصل می‌نمود. در زمان ساسانیان، قاضی احترامی به سزا داشت و مردمانی آزموده و دادگر بر جای قضات می‌نشستند زیرا معتقد بودند که شایسته منصب قضا کسی است که از قانون آگاه باشد و قضات یا داوران از روحانیون بودند که در ردیف موبد موبدان و هیریدان می‌آمدند. هر دیهی دارای یک قاضی صلح بود که او را «شاه‌ریش‌ت» می‌خواندند اما از حدود اختیارات او آگاهی چندانی در دست نیست. اگر کسی در مراجع دادگستری به حق خود نمی‌رسید، همواره نمی‌توانست به شاه رجوع کند و حق خود را بگیرد چون غالباً شاه در دسترس مردم نبود، شاه تنها دوبار در سال یعنی در ایام نوروز و ایام مهرگان به شکایات مردم رسیدگی می‌کرد. شاید بتوان یکی از علل تأسیس نهاد میانجیگری در ایران باستان را همین عدم دسترسی همیشگی به شاه و داوران دانست. بنابراین در مورد تاریخچه میانجیگری در ایران باید گفت میانجیگری از دیرباز در جامعه ایرانی در قالب نهادهایی همچون ریش سفیدی و کدخدامنشی وجود داشته است و مردم نیز ترجیح می‌دادند اختلافات خود را به روشی غیر رسمی حل و فصل کنند و در اکثر موارد مراجعه به دادگاه‌ها برایشان امری نامطلوب بود. (شاردن) پس از گسترش دین مبین

اسلام در ایران در طی دو سده حکومت مستقیم اعراب و پس از به قدرت رسیدن طاهریان و در طول حاکمیت‌های ایرانی و تُرک مقارن عصر عباسیان تا براندازی خلافت آنان به دست هلاکوخان مغول در سال ۶۵۶ه.ق. نظام حاکم در ایران همان نظام شریعت اسلام بود. در این دوران اصولاً قاضی تحت نظر و اراده حاکم بود اما دادرسی‌های عادی مورد علاقه حاکم نبود و قضات شرع مستقل از حاکم و سلطان به صدور رأی می‌پرداختند.<sup>۱</sup> پس از حمله مغول و با وضع قوانین یاسای چنگیزی معارض با اسلام، بی‌گمان دادگستری رسمی حکومت مغول نمی‌توانست چندان مورد اعتنای مردم باشد و در چنین شرایطی مسلماً نباید انتظار داشت که دادگاه‌های رسمی، هیئت منصفه و... روال طبیعی خود را طی کنند؛ باز هم آنچه دست‌گیر عامه مردم در حل و فصل اختلافاتشان بود همان روش‌های مبتنی بر شیوه‌های غیر رسمی بود. در دوره صفویه، یکی از جنبه‌های پراهمیت نظام قضایی آن زمان تسلط روحانیان و حل و فصل بسیاری از اختلافات قضایی توسط این طبقه بود. با رسمی شدن مذهب شیعه به عنوان دین رسمی ایران، صفویان تعدادی از علمای جبل عامل را دعوت کردند تا به ایران بیایند و ساز و کارهای لازم را برای تمشیت امور از درون منابع فقهی شیعه و دیگر متون مذهبی استخراج نمایند. یکی از عمده‌ترین کارها در این راستا، عمل به دستورات مذهبی درباره امور قضایی بود. بدین منظور مقام ویژه‌ای به نام «صدر الصدور» به وجود آمد که ریاست دادگاه‌های شرع را در مقابل دادگاه‌های عرف که ریاست آنها با «دیوان بیگی» بود، برعهده داشت. در دادگاه‌های شرع، حل و فصل مشکلات قضایی بر اساس آموزه‌های مذهبی توسط روحانیان صورت می‌گرفت. اما در جوامع روستایی در کنار روحانیون، کدخدایان زمین‌دار محلی نیز نقشی مشابه در حل و فصل اختلافات جاری داشتند. حل و فصل اختلافات در دوران قاجاریه، به تقلید از دوران صفویه بر اساس اصل تفکیک محاکم شرعی از عرفی استوار بود. با این همه رسیدگی‌ها و حل و فصل اختلافات در این دوران در محله‌های شهری، روستایی و در میان ایلات متفاوت بود. در محله‌های شهری رؤسای محله وظیفه داشتند متخلفان را جلب کنند و اگر به مانع برخوردند مراتب را به وزیر نظام، گزارش نمایند. در مناطق روستایی اختلافات به سنت ریش سفیدی برطرف می‌گردید و اگر طرفین تمکین نمی‌کردند دعوی به ملا یا کدخدا ارجاع داده می‌شد و در نهایت حاکم دخالت می‌کرد. مجالس ریش سفیدی نوعی حکمیت بود و معمولاً کسی از خارج از ده در امورشان دخالت نمی‌کرد. در ایلات و

عشایری که به صورت کوچنده زندگی می‌کنند؛ هر چند این جوامع تا حد زیادی مستقل زندگی می‌کنند اما از نفوذ دولت مرکزی مصون نبوده‌اند و بایستی از قواعد کلی نظام قضایی ایران پیروی کنند. در رأس بیشتر ایلات، مقامی به نام «ایلخان» قرار دارد که عملاً اختیارات زیادی دارد و به اختلافات داخلی رسیدگی می‌کند و همچنین در دوره قاجاریه اکثر امور قضایی ایلات و عشایر بر اساس عرف ایلی و محلی مستقیماً از سوی ایلخان و رئیس عشیره به خوانین محلی واگذار می‌شد. تفاوت رسیدگی به اختلافات در عشایر و ایلات با مناطق شهری و روستایی بیشتر در شکل زندگی و بافت قومیتی است که با توجه به زندگی مستقل آنها ناچار به تأمین این قبیل نیازها (بی‌نظمی حاصل از اختلاف) و رفع و رجوع دعاوی و اختلافات به وجود آمده می‌باشند. نهادهایی چون خانه انصاف، شورای داوری قبل از انقلاب اسلامی در نظام کشور رایج بودند و پس از پیروزی انقلاب نهادهایی چون دادگاه‌های سیار و شورای حل اختلاف روی کار آمدند و اکنون به بررسی پیرامون آنان خواهیم پرداخت.

#### ۱-۴-۱- خانه انصاف

بعد از انقلاب مشروطیت و تشکیل دیوان عدلیه تا چندین سال قبل از تشکیل خانه انصاف، مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و دعاوی کوچک روستاییان - یعنی اکثریت مردم ایران آن زمان - دادگاه‌های بخش (صلحیه) بود. البته این دادگاه‌ها در تمام روستاها وجود نداشت و به دلیل شرایط نامساعد راه‌ها و فقدان وسایل ارتباطی کافی و مناسب در روستاها، اکثریت روستاییان عملاً حتی به نزدیک ترین دادگاه‌های بخش محل اقامت خود دسترسی نداشتند؛ این در حالی بود که این روستاها به عنوان مالیات دهنده، در تأمین قسمتی از هزینه این دادگاه‌ها شرکت می‌کردند، اما از مزایای دسترسی به آنها محروم بودند. بعد از حدود ۵۰ سال از تشکیل دیوان عدالت ایران و حدود ۴۰ سال از تشکیل نظام دادگستری نوین ایران، انتقاد از عدم وجود مرجع رسیدگی به دعاوی روستاییان بالا گرفت. تحت تأثیر این انتقادها بود که ابتدا در سال ۱۳۲۲ لایحه «هیأت حل اختلاف محلی» به موجب «قانون اختیارات نخست وزیری» و به همت دولت دکتر محمد مصدق در ۳۰ ماده به تصویب رسید. طبق این لایحه در هر ده یا دهستانی که فاقد دادگاه بخش است و جمعیت آن بیشتر از سه هزار نفر باشد، هیأتی مرکب از سه نفر از اهالی محل تشکیل شود و در دعاوی مدنی تا پنجاه هزار ریال و در دعاوی کیفری نسبت به کلیه امور خلافی صلاحیت داشته باشد. این قانون به دلیل شرایط سیاسی حاکم بر کشور و سرنگونی دولت دکتر مصدق مجال اجرا نیافت.