

تفاوت داوری با مفاهیم مشابه آن

سید محمدرضا موسوی^۱

چکیده

کاوش‌های این تحقیق، تفاوت داوری با مفاهیم مشابه آن (قضاوت، میانجیگری، کارشناسی و قاضی تحکیم) را به‌طور فشرده در برداشته و بر آن است که: هم در داوری و هم در قضاوت رأی صادر شده، داور و قاضی اظهارنظر قضایی می‌کنند؛ اما تفاوت آن دو در این است که داور از سوی طرفین دعوا ولی قاضی از سوی دولت تعیین می‌شود، رأی قاضی مستند به قانون و اصول معتبر حقوقی است ولی رأی داور حتی بر اساس عدل و انصاف و روش کدخدانسانه است، رأی داور محرمانه و رأی قاضی علنی است. و از سوی میان داوری و مفاهیم مشابه آن تفاوت‌های وجود دارد مثلاً رأی داور لازم‌الاجرا است ولی میانجی بیشتر در مقام صلح و سازش است و صدور رأی در آن منتفی است، داوری در حقوق موضوعه و یک‌نهاد حقوقی است، برعکس میانجیگری، (دست‌کم در حقوق ایران)، میانجیگری در نظام‌های مختلف، مانند نظام حقوقی فرانسه، انگلستان و آمریکا جایگاه دارد و تفاوت بارز آن با داوری عدم‌الاتباع رأی میانجی است. کارشناس صرف در مسائل موضوعی اظهارنظر می‌کند و در نتایج آن نمی‌تواند اظهارنظر کند، در فقه از آن به «قائف» (چهره‌شناسی) و «عراف» (نسب‌شناسی) یاد شده است. تفاوت قاضی منصوب با قاضی تحکیم در مشروعیت و عدم مشروعیت آن دو در زمان غیبت برمی‌گردد لذا وجود آن (قاضی تحکیم) در این عصر منتفی است، به نظر برخی فقها در حق الناس و از جمله حقوق کیفری می‌توان به قاضی تحکیم مراجعه برخلاف داوری.

واژگان کلیدی: داوری، قضاوت، میانجیگری، کارشناسی، قاضی تحکیم.

مقدمه

از آنجای که انسان ذاتاً یک موجود اجتماعی است، نمی‌تواند مانند برخی موجودات دیگر در انزوا و دور از هم نوعانش زیست وزندگی نماید و این صفت می‌طلبد که برای برآوردن نیازمندی‌های مادی و معنوی‌شان با دیگر انسان‌ها مرابوده و ارتباط داشته باشند؛ در گذشته انسان‌ها با توجه به ساده و اندک بودن نیازمندی‌هایشان و همچنان نبود صنعت و تکنولوژی و تجارت‌های بزرگ داخلی و بین‌المللی که امروزه رایج است، نیاز به تجارت‌های گسترده و پیشرفته، مانند امروزی

^۱ . دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (nohamadrezausawi۱۹۹۰@gmail.com)

نداشتند، لذا اختلافاتی زیادی هم بروز نمی کردند؛ اما امروزه با توجه به شرایط زمان و مکان و نیازهای بشری و همچنان پیچیدگی معاملات و دیگر عواملی که باعث بروز اختلافات می شوند مانند دیگر دعاوی مدنی؛ نحوه رسیدگی و شیوه حل و فصل منازعات هم گسترده و پیچیده تر شده است. یکی از راه های پایان دادن به اختلافات به وجود آمده ای میان اصحاب دعاوی داوری است که در این مختصر نوشته به تمایز آن با دیگر مفاهیم مشابه آن پرداخت خواهد شد.

الف. مفاهیم

مفهوم داوری

داوری در لغت به معنی قضاوت، حکمیت، محاکمه، حکومت و حکم آمده است. و گفته شده که داور در اصل به معنی دادور بوده یعنی صاحب داد که برای سهولت و آسانی تکلم «د» دوم حذف شده است. (علی اکبر، دهخدا، ۱۳۸۶).

در فرهنگ کوچک زبان پهلوی داور و داوری را از ریشه «داد» می داند که داد به معنای قانون بوده و نیز به برخی نوشته های دینی اطلاق شده است. که درواقع همان دادور بوده یعنی کسی که اهل داد است. به داوری، دادیه (dadi h) نیز گویند. (دیوید نیل مکنزی ۱۳۷۹). و همچنان داوری به معنی شکایت پیش قاضی بردن، تظلم، یکسو کردن مرافعه، حکومت میان مردم، قضاوت و... آمده است. (محمد معین، ۱۳۸۶). در لغت نامه دهخدا در ذیل این واژه چنین آمده است: «عمل داور، قضا، حکومت، حکمیت، حکم میان دو خصم و... (علی اکبر دهخدا، پیشین).

در زبان عربی، حکم و محکم به معنای داور و حکومت و حکومت به معنای داوری آمده است. داوری به معنی قضاوت کردن و رأی دادن نیز آمده است. برای نمونه در عبارت «ان الله قد حکم بین العباد» مقصود از حکم، همان داوری و رأی دادن است (احمد، سیاح ۱۳۸۰). تحکیم به معنای داوری و عقد التحکیم به مفهوم موافقت نامه داوری است. به همین ترتیب آثار عقد التحکیم به معنای آثار موافقت نامه داوری می باشد (عبدالکریم، موسوی اردبیلی، فقه القضا، ج ۱، ۱۳۵).

در زبان انگلیسی واژه های *arbitration* و *arbitrator* در مواردی به کار می رود که طرفین جهت حل مشکل خود به راه حلی خصوصی رضایت می دهند و داور نیز کسی است که در این راه به آنها کمک می کند (Oxford advanced learner dictionary).

و همچنان در زبان فرانسوی (*arbitrage*) اعطای صلاحیت قضایی به شخصی است که به او داور (*arbitrer*) گویند. همچنین دادخواهی نزد داور به معنای داوری آمده است. داور نیز کسی است که از سوی طرفین اختلاف جهت حل منازعه برگزیده می شود (Larousse de poche).

اما داوری در اصطلاح قضایی به فعل داور گفته می شود. در فقه آن را تحکیم یا حکومت (حکومت) گویند. (عبدالکریم، موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۱۱۰). همچنین داور به کسی گفته می شود که طرفین منازعه، اختلاف خود را به تراضی هم دیگر نزد وی مطرح کرده و تعهد به پذیرش و اجرای رأی آن می کند که با تراضی و قرارداد طرفین برای انتخاب داور، نصب داور کامل می گردد.

همچنان می‌توان داور را بدین شرح تعریف کرد: «داوری روش حل و فصل خصوصی اختلافات است» گفته شده که به این تعریف می‌شود انتقاد وارد کرد چون: در عمل بسیار اتفاق می‌افتد که قضات بجای طرفین دعوا، داور تعیین می‌کنند و در برخی موارد هم با داور اجباری مواجه می‌شویم، بدین معنا که قانونگذار افراد را مکلف به مراجعه به داور می‌کند. داور اجباری به آن نوع دادرسی گفته می‌شود قانون الزام طرفین را به داور ارجاع می‌دهد و رسیدگی را به شخص دیگر که آن را داور می‌نامند، واگذار می‌کنند.

در واقع داور عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم از سوی شخص یا اشخاص ثالث که طرفین دعوا معمولاً آن‌ها را به تراضی انتخاب می‌کنند یا مراجع قضایی به نمایندگی از سوی طرفین دعوا ایشان را برمی‌گزینند. خصوصیت و قید آخر این تعریف بیانگر آن است که قدرت داور، برخلاف قاضی ناشی از قوای عمومی دستگاه قضایی که برای رسیدگی به دعاوی صلاحیت عام دارد، نیست؛ بلکه ناشی از قرارداد خصوصی و توافق طرفین منازعه است به نظر می‌رسد مناسب‌ترین تعریفی را که از داور ارائه کرد این است که: «حل و فصل خصوصی اختلافات به وسیله قضات انتخاب شده بر مبنای اراده طرفین» یعنی به هر حال مبنای داور اراده طرفین است هرچند بنا به هر دلیلی داور را خود فرد انتخاب نکنند. (عباس، کریمی، و حمیدرضا، پرتو، ۱۳۹۲).

مفهوم قضاوت

کلمه قضا در لغت به معانی گوناگون اطلاق می‌گردد، رأی، حکم، اراده و الزام و در زبان فارسی معنی مصدری این کلمه یعنی قضاوت مورد استفاده قرار می‌گیرد. کلمه قضا در «لسان العرب» به معنی حکم آمده و اصل آن قضای بوده که «ی» تبدیل به همزه شده است. قضاء در لغت به معنای فیصله دادن است. (مفردات، راغب، ص ۶۷۴-۱۴۰۴). قضاوت/ قضاوة مصدر است به معنی حکم کردن، داور. (محمد، معین، پیشین، ۱۳۸۶) که مترادف آن حکم، داور، محاکمه، دادرسی است.

اما قضاوت در اصطلاح فقهی به معنای حکم کردن میان مردم برای پایان بخشیدن به اختلافات ایشان و گرفتن حقوق آنان است. قضاوت را در حقیقت جزئی از ریاست عمومی پیامبر و امامان معصوم علیهم السلام می‌دانند و به همین خاطر از منظر روایات و فتاوا کسی که عهده‌دار این منصب می‌شود، باید شرایط خاصی داشته باشد که شایستگی او را آشکار سازد. عدالت، عقل، علم به احکام قضاوت و تشیع برخی از صفاتی هستند که بر اساس فتوای فقهای شیعه باید در قاضی وجود داشته باشد. قضاوت واجب کفایی است و شخصی که عهده‌دار چنین منصبی است می‌تواند درآمدی برای خود از بیت‌المال بردارد. (امام خمینی، تحریر الوسیله و سید ابوالقاسم خوئی).

مفهوم میانجیگری

میانجی در لغت به معنی «واسطه و شفیع» بکار رفته است. (علی اکبر دهخدا، پیشین). مترادف آن کلمات پایمرد، داور، میانگیر و رابط هست. در فرهنگ عمید میانجی: «۱ میانجی/ mi yknj ak: کسی که دو نفر را باهم آشتی بدهد و یا واسطه رفع اختلاف و کشمکش آن‌ها بشود. ۲ واسطه، سبب» بکار رفته است. (حسن عمید، فرهنگ عمید ۱۳۸۴).

داوری یکی از قدیمی‌ترین شیوه‌های مورد استفاده در دولت‌ها و جوامع برای حل و فصل دعاوی و اختلافاتشان بوده و از قدمت تاریخی برخوردار است. در دوران باستان، در بین‌النهرین و شهرهای یونان، داورى یکی از روش‌های مهم حل و فصل به شمار می‌رفت. در اسلام داورى یا حکمیت یکی از راه‌های حل اختلافات هست که اجرای آن توصیه شده است.

در اصطلاح «سازش» یا «میانجیگری» روشی است که طرفین اختلاف با پادرمیانی شخص ثالثی مشکلات و اختلاف 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. (عبدالحسین، شیروی، داورى تجاری بین‌المللی).

مفهوم کارشناسی

کارشناسی در لغت به معنی معرفت و شناسایی کار، خبرگی و خبرویت و همچنان به دوره‌ای چهارساله دانشگاهی نیز اطلاق می‌شود. (علی اکبر، دهخدا، پیشین). و به کارشناس، دانای کار، متخصص، دارای تحصیلات در حد لیسانس گفته می‌شود. (همان).

در اصطلاح حقوق چیزی است که کارشناسی جنبه فنی و حرفه‌ای دارد و مستلزم اظهارنظر حقوقی و قضایی نیست. (عبدالحسین، شیروی، پیشین). و کارشناس هم به کسی اطلاق می‌شود که در یک موضوع متخصص و خبره است. و در فقه به کارشناسی در علم نسب‌شناسی «قائف» و «عراف» گفته می‌شود. قائف به کسی گفته می‌شود که متخصص تشخیص نسب است و در الحاق افراد به یکدیگر از نظر رابطه نسبی تخصص دارد. (محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام ۱۳۶۲).

مفهوم قاضی تحکیم

قاضی تحکیم دو واژه ترکیبی است که مرکب از «قاضی» و «تحکیم» است که قاضی به معنا داور، حکم‌کننده و تحکیم در لغت به معنا کسی حاکم یا داور کردن و در فارسی به معنا استوار کردن بکار می‌رود (علی اکبر، دهخدا، پیشین). اما در اصطلاح فقهی قاضی دو گونه است: ۱. قاضی منصوب که از جانب امام علیه‌السلام به نصب عام یا خاص به این سمت گمارده می‌شود و قاضی تحکیم که توسط دو طرف دعوا تعیین می‌گردد. حکم قاضی تحکیم با تحقق شرایط آن، بر دو طرف متخاصم، نافذ است (محمدحسن، نجفی، پیشین، ج ۴۰، ص ۲۳).

ب. تفاوت‌ها

۱. تفاوت داورى با قضاوت

داوری از برخی جهات شبه قضاوت است، بدین معنا که در هر دو، شخص اقدام به صدور رأی و اظهارنظر قضایی می‌کند. مقصود از اظهارنظر قضایی، نظری است که قاضی پس از رسیدگی به ادله مربوطه صادر می‌کند و دارای مشخصات ذیل است:

۱. مشمول قاعده اعتبار امر مختوم است. ۲. به صورت جزئی و خاص است. ۳. مفاد این نظریه انشائی است نه اخباری. ۴. مستند به بخشنامه نمی باشد. ۵. تعلیق به شرط در نظر قضایی ممنوع می باشد. ۶. سپردن امر اظهار نظر قضایی به دیگری ممنوع است. (عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۲۶).

داور نیز مانند قاضی پس از رسیدگی به ادله طرفین اقدام به صدور رأی می کند. بدین معنا که رأی وی جهت حل و فصل یک اختلاف دارد می شود و به همین جهت دارای اعتبار امر مختوم است. که در حقوق مدنی فرانسه نیز رأی داور دارای اعتبار امر مختوم نسبی است. (آیین دادرسی مدنی فرانسه، ماده ۱۴۷۶). بدین معنی که رأی داور در خصوص دعوایی که موضوع داور است دارای چنین اعتباری می باشد. رأی قاضی پس از صدور و ابلاغ غیر قابل تغییر است و به صورت خاص و جزئی صادر می گردد. بدین معنا که صرفاً ناظر به همان دعوی است که در آن تعیین دار شده است. به همین خاطر داور در صدد حل و فصل اختلاف است نه اینکه در پی صدور فرمان، یا تصویب قانون و یا انشا حکم عام باشد. رأی داور نمی تواند در همانند یک بخشنامه باشد^۱ چون بخشنامه حالت دستوری دارد تا یک حکم قانونی، در حالی که نظر قضایی و ماهیت حل اختلاف به گونه ای است که باید بر اساس مدارک موجود در پرونده و نه دستور مافوق، حل و فصل گردد. به عبارت دیگر می توان گفت که مفهوم اظهار نظر قضایی با استقلال شخص صاحب نظر (نظر دهنده) عجین است. همچنین از آنجای که اظهار نظر قضایی جهت حل و فصل اختلاف صادر می گردد، بنابراین نمی توان مشروط و معلق باشد.

به نظر می رسد که به مفهوم و خصایص اظهار نظر قضایی باید مورد دیگر افزوده شود و آن این است: نظر قضایی آن است که بر اساس مدارک موجود در پرونده و یا بر اساس طرق متعارف کسب علم، صادر شده باشد. بدون در نظر داشت مطابقت نظر داورس با واقعیت، این مدارک موجود است که دارند حق را مشخص می کند. بنابراین متصدی امر قضا باید از راه های متعارف سیستم قضایی، کسب علم کرده باشد و بر اساس آن حکم صادر کرده باشد. که در این صورت قاضی تحکیم با داور، یکسان شمرده شده است.

از نظر لازم الاجرا و لازم الاتباع بودن آرای صادر شده از سوی قاضی (قاضی تحکیم) و داور، شباهت تام وجود دارد. بدنی معنا، رأی داور همانند رأی قاضی لازم الاجرا خواهد بود. (عبدالکریم، موسوی اردبیلی، پیشین، ج ۱، ص ۱۳۳).

در فقه در خصوص حکم قاضی تحکیم و قاضی منصوب اختلاف قابل اعتنای وجود ندارد ولی راجع به لازم الاجرا بودن رأی داور به رضایت طرفین بعد از صدور حکم اختلاف نظر است. برخی از فقها مانند شهید اول و شهید ثانی و محقق اردبیلی چنین رضایتی را شرط نمی دانند وعده ای دیگر از فقها مانند شیخ طوسی ظاهراً قائل به نظر مخالف هستند و حتی بر نظر خود ادعای اجماع کرده است که ادعای تحقق آن به شدت مورد تردید واقع شده است. (همان، ص ۱۱۲). برخی از فقها وجود صفات قاضی منصوب را در داور نیز الزامی می دانند. شیخ طوسی در کتاب مبسوطش معتقد است که داور نیز باید همانند قاضی دارای کمال، عدالت و اجتهاد باشد. زیرا با توافق طرفین به قضاوت داور، وی نیز شبیه قاضی می شود و بنابراین نیز باید صفات قاضی را داشته باشد. (شیخ طوسی، ۱۳۵۱)، مبسوط فی الفقه الامامیه، ج ۸، ص ۱۶۵).

بخشنامه دستورات کلی است که مقام صالح اداری به کارمندان تحت امر خود صادر می نماید.^۱

در قوانین موضوعه ایران نیز با این اطلاق پذیرفته نشده است. زیرا قاضی باید حکم قضاوت داشته باشد، یعنی بعد از طی دوره خاص و داشتن شرایط لازم صلاحیت و جواز قضاوت وی به تأیید عالی‌ترین مقام قضایی کشور رسیده باشد. درحالی‌که در مورد داور چنین شرایطی در قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی نشده است.

با این حال نمی‌توان به تفاوت‌های داور و قضاوت بی‌اعتنا بود. داوری تأسیسی است که ارتباط تام با توافق طرفین تو ذوق و سلیقه‌ای آن‌ها دارد. (ق.آ.د.ر.م، ماده ۱۴۴۲). یعنی اساس داوری و یکی از ارکان مهم داور توافق طرفین است و به‌رغم وجود برخی مقررات ناظر بر صلاحیت داور، درنهایت این طرفین هستند که بر صلاحیت داور صحنه می‌گذارند درحالی‌که در خصوص قاضی، دولت است که صلاحیت قضاوت را اعطا می‌نماید. همچنین داور نمی‌تواند در خصوص بسیاری از مسائل مانند موضوعات کیفری اقدام به صدور رأی نماید؛ به عبارت دیگر این‌گونه موضوعات در صلاحیت انحصاری مراجع قضایی است.

رأی داور دست کم در برخی موارد می‌تواند مستند به عدل و انصاف یا به صورت کدخداه‌منشانه باشد. (ق.آ.د.ر.م، بند ۳ ماده ۲۷) در حالی رأی قاضی درهرحال مستند به قانون، منابع معتبر اسلامی یا اصول حقوقی است که مغایر موازن شرعی نباشد. (همان، ماده ۳) قاضی باید جریان دادرسی را بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی مربوطه اداره نماید (همان، ماده ۱) درحالی‌که داور اصولاً تکلیفی در رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد (همان، ماده ۴۷۷) و صرف باید اصول دادرسی را رعایت نماید.

تفاوت دیگر به محرمانه بودن داوری برمی‌گردد. داوری در بخش مشاوره داوران قطعاً محرمانه می‌باشد. مراد از بخش مشاوره کلیه مراحل رسیدگی و صدور رأی و... می‌باشد. ماهیت داوری و لزوم حمایت از استقلال داور و... ایجاب می‌کند تا جریان داوری محرمانه بماند.^۱ درحالی‌که در قضاوت و قضایی دولتی اصل بر علنی بودن محاکمات است. (ق.آ.د.ر.م، ماده ۱۰۱ و ق.آ.د.ر.ک، ماده ۱۸۸). در مورد تسلط دادرسی بر دادرسی نیز تفاوت‌های وجود دارد از جمله اینکه این اصل در داوری به صورت کامل رعایت نمی‌گردد. بدین بیان که گاهی اوقات این طرفین هستند که قانون حاکم بر دعوا را مشخص می‌کنند؛ ولی در دادرسی از طریق دادگاه، این دادرسی است قانون حاکم بر ماهیت اختلاف و قانون حاکم بر آیین دادرسی را معین می‌کند.

در مورد ابتکار عمل اصحاب دعوا نیز اختلاف داوری و دادرسی از طریق دادگاه روشن است. در دادرسی از طریق دادگاه، ابتکار عمل به دست طرفین است. در هر دعوا، دادرسی با ابتکار عمل خواهان آغاز می‌گردد ولی در داوری‌ها به خصوص در داوری‌های اجباری، ممکن است ارجاع امر به داوری از طریق دادگاه صورت پذیرد. (عباس، کریمی، و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۳۳).

در حقوق انگلستان بین داوری و دادرسی از طریق دادگاه، شباهت‌ها و قواعد مشترکی وجود دارد، برای نمونه می‌توان به مواد ۱، ۳۰، ۳۱ و... قانون داوری مصوب ۱۹۹۶ اشاره کرد. مطابق ماده ۱ قانون متذکر هدف داوری نیز حل و فصل منازعه

در برخی مقررات مانند ماده ۴ مقررات داخلی مرکز منطقه‌ای داوری تهران به محرمانه بودن جریان داوری^۱ تصریح شده است.

است. و بر اساس مواد ۳۰ و ۳۱ مرجع صالح در خصوص تعیین صلاحیت داور، خود مرجع داوری است. همچنین همانند دادرسی، در داوری نیز ایراد به صلاحیت مرجع رسیدگی کننده باید در اولین فرصت دفاع اظهار گردد. (همان) خلاصه داوری با قضاوت ضمن اشتراکات و تفاوت‌های که بررسی شده، اشتراک و تمایز جزئی دیگری هم دارد که در این مختصر مجالی برای پرداختن به مسائل جزئی و بسط و توضیحی بیشتر نیست و در همین حد اکتفا می‌شود.

۲. تفاوت داوری با میانجیگری

داور رأی صادر می‌کند که بر اساس مفاد مواد ۴۸۸ و ۴۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران لازم‌الاتباع و لازم‌الاجرا است. همچنان قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز صدور رأی داور را لازم‌الاجرا می‌داند.^۱ بدین معنا که رأی داور تا زمانی که نقض نشده است لازم‌الاجرا بوده و مطابق مقررات قانونی مربوط به اجرای احکام محاکم به موقع اجرا گذارده می‌شود؛ ولی در میانجیگری، شخص میانجی بیشتر در مقام صلح و سازش است تا حل و فصل خصومت. بنابراین اصولاً صدور رأی از جانب وی منتفی است. به علاوه نظر وی فاقد قدرت اجرایی بوده و طرف ذی‌نفع نمی‌تواند اجرای نظر وی را از دادگاه بخواهد. همچنین داوری در قوانین موضوعه یک نهاد حقوقی تلقی شده و دارای احکام و آثار خاص است، ولی چنین امری در میانجیگری (دست‌کم در حقوق ایران) صادق نیست. داور بیشتر به دنبال یک راه حل حقوقی است ولی در میانجیگری تلاش برای پیدا کردن راه‌حلی است که مورد قبول هر دو طرف اختلاف باشد. تفاوت این دو مشخص است راه حل حقوقی راه‌حلی است که مطابق با موازن حقوقی سیستم حقوقی خاص باشد، اگرچه مورد قبول هر دو طرف اختلاف قرار نگیرد، ولی راه‌حلی که در میانجیگری توصیه می‌شود می‌بایست مورد قبول طرفین بوده اگرچه با حکم قانونی قضیه فاصله داشته باشد. بنابراین طرفین می‌توانند به رغم تعیین میانجی، نظر وی را نپذیرند. (عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۳۵).

تفاوت دیگر به نقش مصلحت‌اندیشی برمی‌گردد. میانجی سعی می‌کند تا راهی را پیشنهاد کند که غیر از جنبه حقوقی آن، به صلاح و خیر طرفین باشد. مثلاً در یک رابطه تجاری، حفظ روابط تجار یا دو طرف اختلاف در آینده نیز مدنظر وی می‌باشد. ولی در داوری اهمیتی به این قضیه داده نمی‌شود. و در مورد هزینه‌ها نیز تفاوت زیادی میان داوری و میانجیگری وجود دارد. مثلاً در میانجیگری هزینه کمتری صرف خواهد شد برخلاف داوری ممکن است هزینه‌بردار باشد. (رضا، سکوتی، و دیگران، روش حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی، مجله پژوهش حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دادگاه علامه طباطبائی، شماره ۳۱، ۱۳۹۰). اگرچه برخی مقررات مثلاً مقررات مربوط به طلاق، نوعی از میانجیگری بیش‌بینی شده است، ولی نمی‌توان میانجیگری را روش عمومی در حل و فصل منازعات دانست؛ بنابراین اگرچه قاضی بر طبق مفاد مواد ۱۸۸ و ۱۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی مکلف است تا طرفین را تشویق به صلح و سازش نماید ولی دیگر نمی‌تواند شخص ثالث را مأمور این امر نماید. البته در برخی قوانین خاص به لزوم تلاش جهت حصول سازش اشاره شده

بند ۱ ماده ۳۵ بیان می‌دارد: (به استثنای مواد مندرج در مواد (۳۳) و (۳۴) آرای داوری که مطابق مقررات این قانون^۱ صادر شود قطعی و پس از ابلاغ لازم‌الاجرا است و در صورت درخواست کتبی از دادگاه موضوع ماده (۶) ترتیبات اجرای احکام دادگاه به مورد اجرا گذاشته می‌شود).

است. مثلاً در ماده ۱۴ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ وظیفه اول انجمن حمایت از مصرف‌کنندگان کمک به حصول سازش عنوان شده است.

به هر حال نباید نقش میانجی‌گری را در حصول صلح و سازش از یاد برد. شخص میانجی نهایت تلاش خود را بکار می‌بندد تا طرفین اختلاف دست از منازعه کشیده و به توافق برسند. این امر چنانچه به صلح و سازش منجر شود، در قالب تنظیم گزارش اصلاحی متجلی می‌گردد و با پذیرش امضای طرفین دعوا ارزش و اعتبار پیدا می‌کند. در ماده ۱ قانون حل اختلاف شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷ یکی از اهداف تشکیل شوراهای حل اختلاف، حصول سازش بین طرفین اختلاف عنوان شده است. که در مواد ۸، ۱۲، ۱۳ و... این قانون به وظیفه شورا مبنی بر تلاش جهت صلح و سازش اشاره شده است. (عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۳۷).

رویه قضایی نیز به تفاوت میانجیگری و داوری اذعان دارد. در دادنامه شماره ۷۹۵ صادره در پرونده کلاسه ۷۸۷/۱/۸۲ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین آمده است: «پیش‌بینی حل و فصل اختلافات از طریق کدخدامنشانه ظهور در ارجاع امر به داور ندارد. (محمدرضا، زندی، ۱۳۸۸)، داوری، رویه قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، انتشارات جنگل، تهران: ص ۸). در نتیجه درج چنین شرطی به خودی خود موجب سلب صلاحیت محاکم نخواهد شد. در حالی که توافق به ارجاع امر به داور موجب خواهد شد تا محاکم صلاحیت رسیدگی به اختلاف را نداشته باشد.

در مواد ۱۰، ۲، ۳۷۳ قانون مدنی فرانسه نیز به میانجیگری در موضوع حضانت فرزند اشاره شده است، نکته مشترک در همه انواع میانجیگری لازم الاتباع نبودن نظر میانجی و رسالت وی در صلح و سازش طرفین است. در این قانون نیز داوری و میانجیگری تحت دو عنوان متفاوت آمده است و هر یک موضوع مواد خاصی قرار گرفته‌اند که همین امر در اثبات تفاوت این دو کافی است.

در حقوق انگلستان نیز میانجیگری مورد توجه جدی قرار گرفته است از جمله اینکه سازمان‌های داوری مانند ci arb به میانجیگری نیز می‌پردازند. در آیین میانجیگری این موسسه هدف از مراجعه به میانجیگری، کمک به طرفین در حل اختلاف و یا توجه به موافقت‌نامه مراجعه به میانجیگری عنوان شده است. (Medi at i on agreement). بر این اساس در این حقوق نیز نظر میانجی الزام‌آور نبوده و صرفاً در حد یک پیشنهاد است؛ به هر حال، میانجیگری در این موسسه حالت سازمانی یافته و تابع مقررات خاصی می‌باشد. از لحاظ تشریفات دادرسی نیز بین داوری و میانجیگری تفاوت فاحش وجود دارد. از جمله اینکه، میانجی برخلاف داور نه تکلفی به یافتن سند خاص یا پیدا کردن حقیقت دارد و نه اینکه مکلف است سوابق پرونده نزد خود برای زمان‌های بعد از میانجیگری نگهدارد؛ نکته جالب اینکه مطابق مقررات میانجیگری این موسسه، طرفین نمی‌توانند شخص میانجی را به عنوان شاهد در دعاوی بعدی معرفی نمایند. در غیر این صورت شخص میانجی و ذی‌نفع ادای شهادت، مکلف به جبران خسارت مشهود علیه می‌باشند. (Part ۱.۶ of ci arb

model medi at i on agreement).

در حقوق آمریکا میانجیگری از جایگاه رفیعی در حل و فصل اختلافات برخوردار است. این روش حل و فصل اختلاف در برخی دعاوی مانند دعاوی مربوط به اختلافات ساختمانی (منازعات مربوط به قراردادهای احداث ساختمانی) کاربردی

بیشتری دارد. در این نوع اختلاف روش اولی در رفع منازعه، میانجی‌گری است. همچنین غالب میانجیگری‌ها در این حوزه به موفقیت ختم می‌شود. از همین رو در این نوع قراردادها، تقدم میانجیگری بر داوری به صورت عدم رفع منازعه به داوری رجوع می‌کنند. (رضا، سکوتی، پیشین، ص ۱۱).

نکته دیگر اینکه داور نمی‌تواند دعوا را به صلح و سازش ختم کند مگر اینکه چنین اختیاری داشته باشد. در این صورت چنانچه از این اختیار استفاده کند میانجی و چنانچه با توسل به اصول اقدام به صدور رأی نماید، داور تلقی می‌گردد.

و برخی حقوقدانان میانجیگری را چنین تعریف کرده است: «سازش»^۱ «میانجیگری»^۲ روشی است که طرفین اختلاف با پادرمیانی شخص ثالثی مشکلات و اختلاف 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. (عبدالحسین، شیروی، پیشین).

البته باید توجه داشت که به‌رغم شباهت‌های بسیار زیاد میان میانجیگری و سازش، تفاوت‌های ظریفی وجود دارد از جمله اینکه میانجیگری بیشتر در مواقعی مطرح می‌شود که اختلاف کلی مطرح باشد ولی در سازش یک اختلاف خاص مطرح است؛ همچنین میانجی راه حل مورد نظر خود را پیشنهاد می‌کند و تلاش دارد تا طرفین با این راه حل موافقت نمایند ولی در سازش، تلاش بر اینست که طرفین به توافق برسند. (عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۴۱).

خلاصه اینکه بر علاوه شباهت‌های میان داوری و میانجیگری و همچنان سازش، تفاوت‌های قابل ملاحظه وجود دارد که آن‌دورا از هم تمیز می‌دهند.

۳. تفاوت داوری با کارشناسی

کارشناسی تحقیقی است که دادگاه، به‌منظور تمیز حق یا تمهید مقدمات آن به عهده شخص صلاحیت‌داری به نام کارشناس می‌نهد و از او می‌خواهد که اطلاعات فنی و حرفه‌ای را که در دسترس دادگاه نیست در اختیار دادرس قرار دهد یا اعتقاد و استنباط خود را از قرائن فنی و علمی بیان کند. (ناصر، کاتوزیان، «کارشناسی، علم و تجربه در خدمت عدالت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش. ۶۲، ۱۳۸۲، ص ۳۱۷ و ۳۱۸).

در مقررات گوناگون ناظر به سازمان قضایی و داوری به مفهوم کارشناسی ارجاع داده شده است. ماده ۲۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌کند: «داور می‌تواند در مواردی که لازم بداند موضوع را به کارشناس ارجاع و مقرر کند...». ماده ۴۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به اختیار داور در ارجاع به امر کارشناسی اشاره دارد. بر اساس این ماده «... داوران نیز می‌توانند ... اگر برای اتخاذ تصمیم جلب نظر کارشناس ضرورت باشد، کارشناس انتخاب نمایند». در این دو قانون تعریفی از کارشناس نشده و حتی موارد رجوع به آن‌ها نیز مشخص نشده است. از مواد ۲۵۷ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی و نیز از مفهوم کارشناس چنین برمی‌آید در مواردی که اظهار نظر قضایی موکل به داشتن تخصصی باشد به کارشناس مراجعه می‌گردد. کارشناس صرفاً در مورد مسائل موضوعی اظهار نظر می‌کند (عباس، کریمی، (۱۳۸۶)، ادله اثبات دعوا،

¹ conciliation

² mediation

تهران: میزان، ص ۱۷۲). و در خصوص نتایج این موضوعات نمی‌تواند اظهارنظر کند. (عبدالله، شمس، (۱۳۸۶)، آیین دادرسی مدنی، تهران: دارک، چ ۱۰، ج ۳، ص ۳۰۸). ولی در کار داور نتیجه‌گیری از مسائل موضوعی است. او مانند قاضی اظهارنظر قضایی می‌کند و رأی داور به‌خودی‌خود دارای قدرت اجرایی است؛ درحالی‌که اعتبار کارشناس موکول به مطابقت آن با اوضاع و احوال محقق قضیه و پذیرش کارشناس از سوی دادرس است. (ق.آ.د.م، ماده ۲۶۵). همچنین نظر به ماهیت کارشناس، کارشناس نمی‌تواند نظر خود را مستند به عدل و انصاف نماید یا آنکه در جهت صلح و سازش طرفین اقدامی نموده یا آنکه قاضی چنین امری را به وی محول نماید. (ق.آ.د.م، ف، ماده ۲۴۰). ولی داور می‌تواند دست کم در موردی که طرفین چنین اجازه به وی داده باشند رأی خود را بر اساس عدل و انصاف صادر کند. (ق.آ.د.م، ف، ماده ۱۴۹۷).

باید توجه داشت که در داوری‌ها، این توافق طرفین است که نقش اصلی را در تعیین وظیفه داور، کارشناس و... بازی می‌کند. بنابراین برفرض که وظیفه کارشناس اظهارنظر طرفین می‌تواند توافق نمایند تا تشخیص تخلف یا عدم تخلف از مفاد قرارداد به عهده کارشناس باشد. (رأی شماره ۳۸/۸۵/۶۳/۱۸۰ مرکز داوری اتاق بازرگانی) ماهیت کارشناس در جای به مفهوم داوری نزدیک می‌شود که طرفین شخص را به‌عنوان کارشناس تعیین نمایند و نظر وی را در رابطه با یک امر فنی و تخصصی لازم الرعایه قلمداد نمایند. به‌عنوان مثال در رابطه با مطابقت کارخانه خریداری‌شده با مشخصات مندرج در قرارداد، اگر متعاقدين فرد یا موسسه‌ای را به‌عنوان کارشناس مرضی‌الطرفین تعیین نمایند، نظر وی برای آنان و حتی برای دادگاه در رابطه با این امر موضوعی لازم الاتباع است و آرا مستند به این نظریه کارشناس قابلیت تجدیدنظرخواهی ندارد. (ق.آ.د.م، تبصره ماده ۳۳۱) با وجود این هیچگاه نظر کارشناسی همانند نظر داور بدون وجود رأی قضایی و داوری قابل اجرا نیست. (عباس، کریمی، و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۴۳).

در فقه نشانه‌های کارشناسی را می‌توان در بحث استفاده از قائف و عراف مشاهده کرد. قائف کسی است که متخصص تشخیص نسب است و در الحاق افراد با یکدیگر از نظر رابطه نسبی تخصص دارد. به هر صورت در فقه نیز نظر کارشناس به‌خودی‌خود حجت نیست و پذیرش آن از جمله منوط به مطابقت آن با واقع است. (محمدحسین، نجفی، پیشین). ولی نظر قاضی تحکیم مانند رأی قاضی (صرف نظر از برخی تردیدها)، داری قدرت اجرایی است. باین‌وجود مشابهت‌های بین داوری و کارشناسی وجود دارد. در هر دو در خصوص موضوع منازعه اظهارنظر می‌شود، در هر دو ممکن است مبتنی بر توافق طرفین باشند و داور و کارشناس هم توسط طرفین انتخاب گردد. طرفین می‌توانند مانند داور، کارشناس را با توافق یکدیگر عزل نمایند. (ق.آ.د.م، ماده ۲۶۸). همچنین در حالت‌های خاصی مراجعه به داوری و کارشناسی به ابتکار دادگاه آغاز می‌شود.

به هر صورت داوری و کارشناسی یکی از موضوعات مشابه در صورت بروز اختلاف و مراجعه به آن دو، یکی از راه‌حل‌های برای حل و فصل منازعات است که در ضمن نکات تشابه اندک، نکات افتراق و تمایزی قابل توجهی با یکدیگر دارد که در این مختصر مجال به پرداختن بیش از این نیست.

۴. تفاوت داوری با قاضی تحکیم

این مفهوم در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۷۳ و نیز قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷ بکار رفته است. قاضی تحکیم اصطلاحی است که ریشه در فقه دارد.^۱ قاضی تحکیم فردی جامع‌الشرایط قضاوت ولی غیر منصوب از ناحیه متولی قضا است که توسط طرفین دعوا برای دادرسی برگزیده می‌شود. قاضی به معنای پایان دهنده آمده است. علت اطلاق نام قاضی آن است که وی اختلافی را پایان می‌دهد. (شیخ آشتیانی (۱۴۰۴ق)، کتاب القضاء، ج ۲، ص ۱) استفاده قاضی تحکیم مانند داوری راهی است در راستای خصوصی کردن قضاوت، حل و فصل سریع اختلاف و... . بسیاری از فقها معتقدند که قاضی تحکیم باید همه شرایط قاضی منصوب را داشته باشد. (نجفی، زین‌العابدین، «سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه»، مجله مقالات حقوقی و بررسی‌ها، ۱۳۸۴، ص ۱۲۴).

(همان، ص ۱۲۹). قاضی تحکیم نیز مانند قاضی دادگستر رأی می‌دهد و رأی او دارای قدرت اجرایی است.

با این حال تفاوت قاضی تحکیم با قاضی منصوب از جمله مشروعیت و عدم مشروعیت آن دو در زمان غیبت است، برخی از فقها مراجعه به قاضی تحکیم در زمان غیبت را جایز نمی‌دانند. چون بخشی از فقها به طور مطلق اجتهاد را برای قاضی (اعم از منصوب و تحکیم)، شرط می‌دانند و به همین خاطر وجود قاضی تحکیم را در زمان غیبت منکر شده است. ولی با توجه به لزوم قاضی و نیابت همه فقهای جامع‌الشرایط از امام زمان علیه‌السلام در عصر غیبت، همه این فقها منصوب تلقی شده و بنابراین در دوران غیبت، قاضی واجد شرایط غیر منصوب وجود ندارد و به همین خاطر بحث قاضی تحکیم نیز منتفی خواهد شد. (همان، ص ۱۲۹).

برخی از فقها دیگر معتقدند که قاضی تحکیم در زمان غیبت مشروعیت دارد و می‌توان به آن مراجعه کرد چون اخبار مراجعه به قاضی تحکیم عام است. (فاضل هندی (۱۴۰۵ق)، کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۲۰).

برخی از فقها از جمله شهید ثانی قضاوت قاضی تحکیم را فقط در حق الناس پذیرفته‌اند، اگر به نظر این عده از فقها وقتی گفته می‌شود مراجعه به قاضی تحکیم برای حق الناس جایز است این قاعده اختلافات کیفری را نیز شامل می‌شود. (محمدحسن، نجفی، پیشین، ج ۲۷، ص ۴۰).

قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص سکوت اختیار کرده است، ولی علت این سکوت مسلم بودن عدم قابلیت داوری مسائل کیفری است؛ زیرا اموری از قبیل حدود، قصاص، تعزیرات و سایر مجازات از مظاهر اعمال حاکمیت دولت‌اند که به وسیله قضات منصوب از سوی حکومت قابل اعمال است نه به وسیله قضات منتخب اصحاب دعوا.

با توجه به موارد ذکر شده فوق و بین داوری و قاضی تحکیم تفاوت چندانی وجود ندارد، چون هر دو منتخب از سوی طرفین دعوایند و همچنان که اراده افراد در تعیین آن دو برای حل اختلاف و عدم وابستگی مستقیم آن دو به نظام حکومتی

این عبارت عیناً در متون مختلف فقهی قضا استعمال شده است. برای مثال در کتاب الصحيح من سيرة النبي الاعظم^۱ آمده است: «... علی أن یكون قاضی تحکیم یرضی بحکمه الخصمان...». سید جعفر مرتضی عاملی (۱۴۱۵ ق)، انتشارات الهادی، ج ۶، ص ۱۱.

ماهیت آن دو یکی بشمار می‌رود که در فقه از آن به قاضی تحکیم و در اصطلاح حقوقدان داخلی و بین‌المللی از آن به داور تعبیر می‌شود. (عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۴۸)

فهرست منابع

الاصفهانى مشهور به فاضل هندی، محمد، كشف اللثام عن قواعد الاحکام، چاپ دوم، انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.

خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر المنافع، چاپ دوم، انتشارات حاج سید احمد خوانساری، ۱۳۶۴.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی، ترجمه تکمله المنهاج، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱.

دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۳

دیوید نیل مکنزی، ترجمه مهشید میرفخرایی، فرهنگ کوچک زبان بهلوی، چاپ دوم، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۷۹.

راغب الاصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، چاپ اول، مؤسسه فرهنگی آرایه، ۱۳۸۷

سکوتی، رضا و دیگران، روش حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی، مجله پژوهش حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، شماره ۳۱، ۱۳۹۰.

سیاح احمد با مقدمه حسن زاده آملی و محمد تقی جعفری، فرهنگ بزرگ جامع نوین، چاپ سوم، تهران، انتشارات اسلام، ۱۳۸۰

شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، چاپ دهم، تهران، انتشارات دارک، ۱۳۸۶.

شیخ آشتیانی، کتاب القضا، چاپ دوم، قم انتشارات دارالهیجره، ۱۴۰۴ق.

شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ نهم، تهران، انتشارات سازمان مطالعات و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه (سمت) پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۸

طوسی، ابی جعفر، المبسوط، چاپ اول، انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ق.

عمید، حسن، فرهنگ عمید، چاپ دهم، تهران، انتشارات سپهر، ۱۳۸۴.

قانون آیین دادرسی مدنی ایران.

قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه.

قانون داوری تجاری بین‌المللی.

کاتوزیان، ناصر، «کارشناسی، علم و تجربه در خدمت عدالت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش. ۶۲، ۱۳۸۲.

کااوند، محمد، گزیده آراء داوری مرکز داوری اتاق ایران (۱۳۸۷-۱۳۸۳)، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوق شهردانش، ۱۳۸۹.

کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، چاپ دوم، انتشارات مؤسسه انتشارات دادگستر، ۱۳۹۲.

کریمی، عباس، ادله اثبات دعوا، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۶.

کریمی، عباس، حقوق داوری داخلی، چاپ دوم، تهران، مؤسسه انتشارات دادگستر، ۱۳۹۲.

معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ بیست و سوم، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۵

موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه القضا، قم، مؤسسه نشر، ۱۴۲۳ق.

موسوی خمینی، روح الله، ترجمه تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، (بی تا).

نجفی، زین العابدین، «سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه»، مجله مقالات حقوقی و بررسی ها، ۱۳۸۴.

نجفی، محمدحسین، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ ششم، تهران، انتشارات دار الاسلامیه، ۱۳۹۴ه.ق.

. Larousse de poche

Mediat ion agreement

Oxford advanced learner dictionary

Part ۱.۶ of ci arb model medi at i on agreement .