

بررسی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات از منظر فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۲۱

محمد شیروی خوزانی^۱
منصور درخشنده^۲

چکیده

تراکم دعاوی در دادگاه‌ها، طولانی و پرهزینه‌بودن رسیدگی‌ها قضایی سبب شده اصحاب دعوا به دنبال روش‌های دیگری برای حلّ و فصل اختلافات باشند. شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات (ADR) مجموعه‌ای از روش‌های خصوصی است که بجای مراجعه به محاکم دادگستری، مورد استفاده قرار گیرد. یکی از دغدغه‌های مهم در این روش، مشروعیت آنها و عدم مغایرت با احکام شرعی و فقهی است. برای بررسی موضوع، این روش‌ها را می‌توان به دو دسته اصلی تقسیم کرد، روش‌های توافقی و روش‌های متضمن رأی الزام‌آور شخص ثالث همانند داوری. در مشروعیت شیوه‌های دسته اول، تردیدی وجود ندارد چرا که حلّ و فصل اختلافات از طریق آنها، جنبه قراردادی دارد و با عقد صلح قابل تطبیق است. اما در خصوص دسته دوم، با اثبات یکسانی آنها با نهاد قاضی تحکیم در فقه، می‌توان به ادله ارائه شده

^۱ - دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

^۲ - استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)؛ sina.mehraban2013@gmail.com

در این باب استناد نمود. نظر مشهور فقها اینست که استفاده از نهاد قاضی تحکیم مشروع است و اختصاص به زمان غیبت امام عصر (عج) نیز ندارد. در اختلافات خصوصی و حق‌الناسی نیز برخی اختلافات همچون اختلافات کارگر و کارفرمایی و اصل نکاح و طلاق و برخی از امور حسبی را شامل نمی‌گیرد. همچنین شرایطی که در خصوص قاضی منصوب در فقه امامیه وجود دارد از قبیل شرط اجتهاد، عدالت، شرط رجولیت و ... در شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات شرط نیست. ماهیت فقهی شیوه‌های توافقی از طریق عقد صلح قابل تبیین است و ماهیت فقهی شیوه‌هایی که متضمن رأی الزام‌آور شخص ثالث است با نهاد قاضی تحکیم در فقه قابل تطبیق است.

واژگان کلیدی: شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات، قاضی تحکیم، قاضی منصوب، حکمیت، داوری، صلح، ثالث بی‌طرف

مقدمه

فقه امامیه، این قابلیت را دارد تا از طریق تطبیق سؤالات و فروع مورد نیاز جامعه با اصول و قواعد فقهی، از یک سو مشروعیت و اعتبار موضوعات مورد بحث را بررسی نماید و از سوی دیگر، در فرض انطباق آنها با مبانی فقهی، شرایط، آثار و احکام فقهی و شرعی آنها را استخراج و تبیین نماید. به موازات تحول و پیشرفت در شؤون مختلف زندگی، سازوکار حلّ و فصل اختلافات نیز، امروزه دچار تحولات و تغییرات زیادی شده است و تمایل به یافتن جایگزین‌های برای دادگستری دولتی و رسمی گسترش یافته است. رسیدگی به دعاوی در دادگاه‌های دادگستری مستلزم طیّ تشریفات و صرف وقت و هزینه قابل توجه است. بنابراین اصحاب دعوا- به خصوص در تجارت بین‌الملل- همواره به دنبال یافتن روش‌هایی برای حلّ و فصلّ سریع و ارزان اختلافات بوده و هستند. از این رو، در چند دهه اخیر، استفاده از شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات یا روش‌های غیرقضایی (Alternative Disputes Resolutions (ADR) در کشورهای مختلف رواج یافته است. در ایران نیز، بحث استفاده از این روش‌ها، در محافل حقوقی مطرح است و در عمل نیز برخی از آنها مورد استفاده قرار می‌گیرد. دستگاه قضایی نیز- بیشتر به جهت کاهش تراکم پرونده‌ها در دادگستری- تمایل به گسترش استفاده از این شیوه‌ها دارد. اما به مانند هر تأسیس حقوقی دیگری، استفاده از آنها در نظام حقوقی ایران مستلزم بررسی و تحلیل فقهی جهت اثبات عدم مغایرت آنها با فقه امامیه است. در فقه امامیه، حلّ و فصل اختلافات بخشی از امر قضاء است که در اصل، شأن امام معصوم یا شخص منصوب از جانب اوست و فقها در خصوص تصدی اشخاص دیگر به آن از طریق توافق اصحاب دعوی، اقوال مختلف و متعددی دارند. از این جهت، بررسی و تحلیل اصل امکان استفاده از این شیوه‌ها در نظام قضایی ایران- به عنوان یک نظام مبتنی بر فقه امامیه- مهمترین موضوعی است که باید مورد بررسی قرار

گیرد. باید توجه داشت که شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات به مفهوم امروزی، طیف وسیعی از روش‌ها را در بر می‌گیرد که برخی از آنها هیچ سابقه‌ای در فقه امامیه ندارند و مشروعیت و احکام آنها باید از طریق اجتهاد و با تطبیق موضوع بر قواعد و اصول فقهی مورد بررسی قرار می‌گیرد. به طور کلی می‌توان روش‌های مذکور را در دو دسته طبقه‌بندی کرد، روش‌هایی که متضمن دخالت شخص ثالث نیست و روش‌هایی که متضمن دخالت شخص ثالث است. بنظر می‌رسد ماهیت و احکام این دو دسته، از منظر فقهی با یکدیگر متفاوت است و باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. مسأله دیگری که در خصوص استفاده از این روش‌ها باید مورد بررسی و تحلیل فقهی قرار گیرد، قلمرو استفاده از آنها در نظام قضایی ایران است. مسأله دیگری که از لحاظ فقهی محلّ بحث و تأمل است این است که در برخی از قوانین استفاده از این شیوه‌ها، به عنوان شرط مراجعه به محاکم یا جایگزین آن در نظر گرفته شده است. با فرض اثبات مشروعیت، در صورتی که بتوان این روش‌ها را با تأسیس‌های فقهی از قبیل قاضی تحکیم، عقد صلح و وکالت تطبیق داد، می‌توان احکام این تأسیس‌ها را در روش‌های مذکور جاری دانست. علاوه بر این، در صورتی که اثبات شود، این روش‌ها مورد تأیید و سفارش شارع مقدس بوده، استفاده از آنها در یک جامعه اسلامی می‌تواند گسترش بیشتری داشته باشد. روش انجام این پژوهش، روش توصیفی- تحلیلی و روش گردآوری منابع، روش کتابخانه‌ای است و در این پژوهش تلاش می‌شود تا با تطبیق شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات با تأسیس‌ها، اصول و قواعد فقهی، مشروعیت و اعتبار استفاده از آنها و در صورت اثبات اصل مشروعیت، قلمرو استفاده از آنها، ماهیت فقهی آنها و احکامشان مورد بررسی قرار گیرد.

مبانی نظری

۱-۲- مفهوم شیوه‌های جایگزین

عبارت شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات معادل فارسی Alternative Dispute Resolutions است که گاه به صورت مخفف از

آنها با عنوان روش‌های ای.دی. آر (ADR) یاد می‌شود. وصف "جایگزین" در این عبارت به معنای جایگزین روش قضایی یا حلّ و فصل اختلافات از طریق مراجعه به محاکم دادگستری است. در یک تعریف گفته شده که: «شیوه‌های جایگزین حلّ اختلاف طیفی از روش‌ها را در برمی‌گیرد که به عنوان جایگزین رسیدگی قضایی جهت حلّ اختلافات طراحی گردیده‌اند.» (درویشی هویدا ۱۳۸۸، ۱۶). در تعریف دیگری آمده است: «مقصود از شیوه‌های جایگزین حلّ اختلاف، طرق و راهکارهایی است که طرفین یک اختلاف به جای توسل به دادگاه‌های دادگستری برمی‌گزینند تا دعوی خود را به گونه‌ای که خود مناسب می‌دانند، فیصله دهند. این شیوه‌ها با همه تنوع و اقسامی که دارند در یک امر مشترک بوده و آن ماهیت غیرقضایی و غیردولتی آنها است. (توسلی جهرمی ۱۳۸۱، ۳۶۶)

۲-۲- مروری بر انواع شیوه‌های جایگزین

در نوشته‌های حقوقی، معمولاً روی تعداد و اقسام این شیوه‌ها اتفاق نظر وجود ندارد. به این دلیل که اولاً شیوه‌های جایگزین، قلمرو بسیار وسیعی دارد و می‌تواند هر گونه ابتکار و راهکار خصوصی حلّ اختلاف را در برگیرد. ثانیاً این شیوه‌ها معمولاً تا حدّ زیادی به یکدیگر شبیه و نزدیک هستند و به همین دلیل ترسیم یک مرز دقیق بین آنها در برخی موارد دشوار است (درویشی هویدا، ۱۳۸۸، ۳۲).

مذاکره^۱: مذاکره همان گفتگوی دو جانبه طرفین بدون دخالت شخص ثالث است. روندی که طی آن طرفین آزادانه و به اختیار سعی می‌کنند برای حل و فصل اختلافات مشترک خود به توافق دست یابند (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۲: ۴).

میانجیگری^۲: متضمن دخالت شخص ثالث بی‌طرف در فرایند حلّ اختلاف است. در میانجیگری از فرد بی‌طرف تقاضای اظهارنظر یا تصمیم‌گیری در ماهیت

^۱.Negotiation

^۲.Mediation

اختلاف نمی‌شود، بلکه او از طریق مذاکره بین طرفین، زمینه را برای رسیدن به تفاهم و مصالحه فراهم می‌سازد (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱: ۳۷۳).

سازش^۱: سازش به این معنی است که طرفین با ارجاع اختلاف به شخص یا اشخاص مورد اعتماد و منتخب خود، از آنها می‌خواهند که بین آنان سازش برقرار کند و یا راه حلی برای سازش پیشنهاد نماید بدون اینکه وارد رسیدگی حقوقی و قضائی بشود و سپس یا پیشنهاد آن شخص را می‌پذیرند و اجرا می‌کنند و یا به راه و روشی دیگر روی می‌آورند (یوسف زاده، ۱۳۸۴، ۳). رسیدگی اختصاری^۲: این شیوه، روشی است که در آن طرفین به طور سریع و اختصاری و از طریق مبادله اطلاعات و اسناد و استفاده از هیأتی مرکب از شخص ثالث بی‌طرف که نقش تسهیل کننده را دارد و مدیران ارشد هر یک از طرفین، تلاش می‌کنند اختلافات خود را حل و فصل نمایند (درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۱۳۳).

رأی کارشناسی^۳: در فرآیند رسیدگی قضایی، «کارشناسی، تحقیقی است که دادگاه، به منظور تمیز حق یا تمهید مقدمات آن، به عهده شخص صلاحیت‌داری به نام کارشناس می‌نهد و از او می‌خواهد که اطلاعات علمی و فنی یا حرفه‌ای لازم را که در دسترس دادگاه نیست، در اختیار دادرس قرار دهد یا اعتقاد و استنباط خود را از قرائن علمی و فنی بیان کند.» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۲۴)

هیأت بررسی اختلاف^۴: این هیأتها که متشکل از کارشناسان و غالباً مهندسان مجرب و مرتبط با موضوعی که ساخت و ساز در خصوص آن انجام می‌شود است، در آغاز پروژه فعالیت خود را آغاز می‌کند و بر کلیه امور مربوط به پیشرفت پروژه نظارت دارند (درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۷۵-۷۴).

ارزیابی بی طرفانه^۵: ارزیابی بی طرفانه روشی است که طبق آن طرفین دلایل و ادعاهای خود را در خصوص موضوع مورد اختلاف به یک کارشناس بی طرف

^۱. Conciliation

^۲. Mini-Trial

^۳. Expert Determination

^۴. Dispute Review Board

^۵ Neutral Evaluation

ارائه می‌کنند و کارشناس مزبور دلایل و ادعاهای طرفین را ارزیابی می‌کند و سپس پیش‌بینی می‌کند که دادگاه چگونه در خصوص موضوع مورد اختلاف تصمیم خواهد گرفت.

شیوه احراز واقع^۱: در شیوه احراز واقع، شخص ثالث بی‌طرف واقعیات و موضوعات مورد اختلاف را بررسی کرده و ممکن است یک گزارش تنظیم کرده و در خصوص حلّ و فصل اختلاف پیشنهاد ارائه نماید.

قضاوت خصوصی یا استخدام یک قاضی: وجه تسمیه روش قضاوت خصوصی یا اجاره یک قاضی این است که طرفین در مقابل فعالیتی که شخص ثالث بی‌طرف (قاضی) برای حلّ و فصل اختلاف انجام می‌دهد به وی حق الزحمه پرداخت می‌کنند (درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۱۵۵).

شیوه‌های ترکیبی حلّ و فصل اختلاف: روش‌های جایگزین حلّ و فصل اختلاف، علاوه بر اینکه می‌توانند به عنوان یک روش جداگانه و مستقل مورد استفاده قرار گیرند، گاه با یکدیگر نیز ترکیب می‌شوند. این روش‌ها به روش‌های ای.دی.آر ترکیبی یا دورگه معروف شده‌اند (درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۱۴۴).

۲-۳- مزایای استفاده از شیوه‌های جایگزین

انعطاف‌پذیری: اعمال اصل حاکمیت اراده موجب انعطاف‌پذیری این روش‌ها گردیده به طوری که بر اساس این اصل طرفین حق دارند یکی از روش‌های جایگزین را انتخاب کرده، همچنین می‌توانند قانون حاکم بر نحوه رسیدگی، ماهیت دعوا و آیین رسیدگی را انتخاب کنند (جلالی و علوی، ۱۳۸۷: ۱).

صرفه‌جویی در زمان و هزینه: به درازا کشیدن دادرسی موجب می‌شود گاهی کسی که به دادگاه مراجعه کرده است حق خود را زمانی وصول کند که دیگر ارزش چندانی برای او ندارد و عدالت عملاً، کارآیی خود را از دست می‌دهد (ماده ۴۷۷ آ.د.م) (یوسف زاده، ۱۳۸۴، ۴). تجربه کشورهای در حال توسعه نشان

^۱Fact-Finding

می دهد که طراحی درست سازوکارهای غیرقضایی می تواند هدف کاهش هزینه را برآورده کند (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۲، ۹).

امکان ارجاع اختلاف به اشخاص متخصص: ممکن است اختلاف به دادگاهی ارجاع شود که قاضی آن هیچ تخصصی در زمینه موضوع اختلاف نداشته باشد، در حالی که در روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات، طرفین می‌توانند اشخاص ثالث متخصصی را تحت عنوان داور، میانجی، کارشناس و ... به کارگیرند تا در حل و فصل اختلاف به آنها کمک کند.

مشارکت فعال طرفین اختلاف: ویژگی مشترک دیگر شیوه‌های غیرقضایی حل اختلاف، امکان مشارکت مستقیم طرفین در روند حل و فصل اختلاف و گفتگوی مستقیم است. از این رو فرصت بیش تری برای مصالحه و سازش، محرمانه ماندن وقایع به دلیل عدم انتشار گزارشات آن، انعطاف بیش تر در گزینش راه حل و محدودیت قدرت مستقیم اجرایی فراهم می کند (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۲: ۶).

۲-۴- معایب استفاده از شیوه‌های جایگزین

لزوم توافق برای ارجاع اختلاف: جز در مواردی که به حکم قانون، اختلاف باید از طریق یکی از شیوه‌های جایگزین، حل و فصل گردد یا رجوع به یکی از این شیوه‌ها، مقدمه رسیدگی در محاکم است، در سایر موارد هیچ‌یک از طرفین اختلاف، نمی‌تواند دیگری را ملزم به استفاده از یکی از این شیوه‌ها نماید.

الزام‌آور نبودن: در سایر شیوه‌های جایگزین، نظر شخص ثالث از قبیل میانجی، برای طرفین الزام‌آور نیست و اجرای آن به اراده طرفین اختلاف بستگی دارد (جنیدی، ۱۳۹۵: ۳۲). این امر می‌تواند ثمربخشی این شیوه‌ها را کاهش دهد، چرا که ممکن است پس از اتمام فرایند حل اختلاف و صرف وقت و هزینه، طرف محکوم علیه از اجرای نتیجه حل و فصل اختلاف امتناع ورزد.

خلأ قانونی و وابستگی به دادگستری: جز در خصوص داور و سازش که مقرراتی در خصوص آنها در نظام حقوقی ایران وجود دارد، در خصوص سایر شیوه‌ها مقررات خاصی وجود ندارد. علاوه بر این شیوه‌ها، در زمینه‌های مختلف

از قبیل اجرای نتایج، تأمین‌ها و دستور موقت، استعلام از مراجع مختلف، نمی‌توانند به صورت مستقل عمل کنند و وابسته به تشکیلات دادگستری هستند.

تحلیل فقهی اصل مشروعیت استفاده از شیوه‌های جایگزین

۳-۱- امکان عدول از رسیدگی قاضی منصوب

آیا از لحاظ فقهی، قضاوت بین مردم اختصاص به قاضی منصوب دارد یا اشخاص دیگری هم می‌توانند بین مردم فصل خصومت کنند؟ پاسخ به این سؤال از آن جهت اهمیت دارد که اگر قضاوت اختصاص به قاضی منصوب داشته باشد، امکان رجوع به اشخاص دیگر وجود ندارد و حکم مراجعه به آنها احتمالاً حکم مراجعه به «قضات جور» است که در منابع فقهی، شخصی که به چنین قضاتی مراجعه کند، عاصی شناخته شده است. برخی از پژوهشگران دقیقاً به این دغدغه فقهی توجه داشته و فرموده‌اند: «از آنجایی که نهاد قضاوت خصوصی در مقام صدور حکم بوده و تاسیس آن باید بر مبنای مجوز شرعی باشد، بدلیل نوظهور بودن آن در فقه و حقوق اسلامی برای اثبات جواز و مشروعیت آن از دلایل مشروعیت قضاوت تحکیمی بهره خواهیم برد (امانداد و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۱).

از دیدگاه فقهی دو نوع قاضی وجود دارد، قاضی منصوب و قاضی تحکیم. قاضی منصوب کسی است که تمام شرایط و صفات قاضی را داراست در نتیجه از طرف امام معصوم «علیه السلام» برای امر قضا، منصوب گردد. صاحب جواهر در این خصوص می‌فرماید: «ثبوت ولایت قاضی، منوط به اذن از امام (ع) است؛ زیرا عمومات باب قضا مقید به اذن امام (ع) است، بدلیل اینکه قضاوت منصبی است که متعلق به امام معصوم (ع) است، در نتیجه فقیه جامع شرایط باید از طرف امام (ع) منصوب گردد. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۰، ص ۱۷) (امانداد و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۳) از مجموع تعاریف فقهی بر می‌آید قاضی تحکیم کسی است که اولاً منتخب طرفین اختلاف است، ثانیاً صلاحیتش منوط به عدم حضور امام معصوم (ع) یا قاضی منصوب از طرف ایشان نیست، ثالثاً شغل ذاتی و اولی

اش قضاوت نیست بلکه با انتخاب طرفین به صورت موقت و در طول دوران محاکمه صلاحیت می یابد و رابعاً می تواند یک نفر یا بیش از یک نفر باشد (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۶: ۱۳۸)

۳-۲- ادله موافقین امکان عدول از رسیدگی قاضی منصوب

فقهایی که قضاوت را منحصر در قضات منصوب نمی دانند و قضاوت تحکیمی و خصوصی را هم صحیح می دانند به دلایل مختلفی استناد می کنند.

آیات: از جمله آیاتی که بر مشروعیت قاضی تحکیم به آن استناد شده آیه شقاق است. خداوند در این آیه می فرماید: «ان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهله و حکما من اهلهما ان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما ان الله کان علیهما خبیراً»^۱ گفته شده که: « مفاد آیه شقاق، مؤید جواز و نفوذ داوری در اختلافات خانوادگی است که با الغای خصوصیت می توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد.» (جنیدی، ۱۳۸۰: ۱۳۱) علاوه بر آیه مذکور، به عموم آیات وجوب امر به معروف و نهی از منکر و آیاتی که دلالت بر وجوب برپاداشتن قسط و عدل دارند نیز استناد شده است. (ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۸۸: ۷۸)

روایات: روایت داود ابن حصین: داود بن حصین از امام صادق می پرسد در موردی دو فرد توافق می کنند بر این که به دو نفر عادل مراجعه نمایند تا بین آنها داوری کنند در خصوص موردی که اختلاف پیدا کردند و آن دو نفر را حکم قرار م دهند. آن دو نیز هر کدام حکمی غیر از حکم دیگری صادر می کند از حضرت سؤال می شود حکم کدامیک قابل اجراست؟ امام فرمودند توجه می شود به آن فردی که افقه، اعلم به احادیث ما و با تقواتر است و حکم او نافذ می باشد و به حکم دیگری توجه نگردد. صحیحۃ حلبی: از امام صادق (ع) سؤال کردم چه بسا دو نفر از شیعیان ما در مورد چیزی اختلاف و نزاعی رخ می دهد آن دو تراضی می کنند به فردی از شیعیان مراجعه تا بین آنان داوری کند آیا این عمل آنها مراجعه به جور است امام فرمود این چنین نیست زیرا او(قاضی

^۱ آیه ۳۵ سوره مبارکه نساء

جور و طاغوت) کسی است که مردم را با شمشیر و تازیانه بر حکم خویش مجبور می‌کند.

اجماع: شهید ثانی حکم به جواز قاضی تحکیم را به مشهور نسبت داده و می‌فرماید در این زمینه خلافتی نقل نشده است شیخ اعظم انصاری (ره) در کتاب قضاء و شهادت، در خصوص مسئله جواز تحکیم ادعای عدم خلاف نموده است. مرحوم مقدس اردبیلی (ره) در کتاب مجمع الفائده و البرهان اجماع را یکی از دلایل جواز تحکیم دانسته و می‌فرماید: «همچنین دلیل نفوذ حکم کسی که دوطرف دعوا به حکم او رضایت داده اند به شرط اتصافش به شروط مذکور اجماع می‌باشد.

سیره مسلمین: شهید ثانی (ره) در کتاب مسالک در مبحث تحکیم این چنین نگاشته است: «و قد وقع فی زمن الصحابه و لم ینکر احد منهم ذلك نکرده است.» یعنی تحکیم در زمان صحابه واقع شده و کسی از ایشان با آن مخالفت نکرده است. (امانداد و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۲) برخی پژوهشگران برای اثبات مشروعیت قضاوت خصوصی به نمونه‌هایی از پذیرش حکمیت توسط پیامبر اکرم، قبل (ماجرای نصب حجرالاسود) و بعد از آغاز رسالتشان اشاره کرده و فرموده‌اند: «زمانی که پیامبر اسلام (ص) به عنوان پیام آور کلام الهی مبعوث گردید، خود را در مقابل آداب و رسومی یافت که میان اعراب ریشه دوانیده بود. ایشان با درایت فوق العاده خویش، به خوبی توانست آن آداب و عقایدی را که قابلیت اصلاح نداشت مردود اعلام کند و مابقی را - با پذیرش شکل و تغییر محتوای خرافی آن - اصلاح نماید (ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۸۸: ۷۳).

عقل: برای مشروعیت داوری به حکم عقل با چند بیان استدلال شده است: افراد بر سرنوشت خود اختیار داشته و برای استیفای حقوق خویش ولایت دارند. افراد در اختلافات با یکدیگر، می‌توانند با مراجعه به فتوا و نظر فقهی، کارشناسی، توافق کنند که نظر و فتوای خاصی را ملاک حل اختلاف قرار دهند، محدود کردن حل اختلافات به شیوه قضاوت و عدم جواز داوری، موجب عسر و حرج در میان مسلمانان می‌شود.

۳-۳- ادله مخالفین امکان عدول از رسیدگی قاضی منصوب

گروهی از فقها، قضاوت را منحصر به معصوم یا شخص منصوب از جانب ایشان می‌دانند و دخالت شخص دیگری را در این حوزه مجاز نمی‌شمارند.

آیات: این آیات در خصوص ردّ مشروعیت قاضی تحکیم مورد استناد قرار گرفته است: آیه ۵۹ سوره نساء: «ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولوالامر منکم فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و رسوله ان کنتم مومنون» ای کسانی که ایمان آوردید خداوند و پیامبر و صاحبان امرتان را اطاعت کنید پس اگر در مورد چیزی اختلاف پیدا کردید آن را به خدا و رسول خدا برگردانید. آیه ۶۵ سوره نساء: «فلا وربک لایومنون حتی یحکموک فیما شجر بینهم ثم لایجدون فی انفسهم حرجاً مما قضیت و سلموا تسلیماً» پس نه به حق پروردگار تو که ایمان نخواستند داشت تا این که تو را حکم قرار دهند در آن چه اختلاف شود میانشان، پس در خودشان ناخشنودی از آن چه حکم کردی نیابند و گردن نهند.

روایت سلیمان ابن خالد: روایت سلیمان بن خالد از امام صادق(ع) که فرمود: «حکم به نبی و وصی او منحصر شده است و حاکم باید نبی یا وصی یا منصوب از جانب یکی از این دو باشد. سیاق حدیث نشان می‌دهد که شارع حکم شخص مرضی الطرفین را به صرف انتخاب و بدون نصب نافذ و جایز نمی‌داند.

اصل عدم ولایت: (لا ولایه لاحد علی احد) ولایت و حاکمیت مطلق از آن خداوند و کسانی است که او به آنها اذن داده باشد. از جمله در آیه ۵۷ سوره انعام آمده: «حکم جز خدا را نخواهد بود بحق دستور دهد و او بهترین حکم فرمایان است.» در آیه ۲۰ سوره غافر نیز می‌خوانیم: «خدا در عالم به حق حکم می‌کند و غیر از او آن چه به خدایی می‌خوانند هیچ حکم و اثری در جهان نمی‌تواند داشته باشد.»

۳-۴- تحلیل فقهی اعتبار و نفوذ رأی شخص ثالث

نظر مشهور فقها این است که بعد از قضاوت و فصل خصومت توسط داوری که طرفین خودشان با تراضی وی را انتخاب کرده اند دیگر نیازی به قبول و رضایت

مجدد آن‌ها به حکم نیست، و رأیی که داور صادر میکند برای آنها لازم و معتبر است. بنابراین برای متخاصمین بعد از صدور رأی، خیار و حق فسخی نیست. در میان علمای اهل سنت نیز ابوحنیفه و ابن قدامه همین نظر را دارند و یکی از دو قول شافعی نیز همین همچنین است (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۶: ۱۳۹). بنظر برخی از دانشمندان رضایت پس از حکم لازم نیست و حکم قاضی تحکیم نافذ است ولو یکی از طرفین معترض باشد، به استثنای موردی که قاضی تحکیم مرتکب اشتباه روشنی شده باشد که البته در این صورت رأی قاضی منصوب هم قابل نقص است.

شیخ طوسی در کتاب المیسوط خود در این باره می‌فرماید: اگر کسی بگوید به مجرد حکم قاضی تحکیم الزامی بوجود نمی‌آید و برای هریک از طرفین تا زمانی که بعد از صدور حکم بدان رضایت نداده‌اند حق فسخ و خیار وجود دارد و هنگامی که اعلام رضایت کردند برایشان الزام آور می‌شود، این نظریه نزد من قویتر است؛ چون بر آن اجماع وجود دارد. (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۶: ۱۴۴)

۳-۵- مشروعیت شیوه‌های فاقد رأی الزام آور شخص ثالث

در مقابل روش‌هایی که نتیجه آن، رأی الزام آور شخص ثالث است، در بسیاری از شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات، اختلاف با توافق طرفین خاتمه داده می‌شود. از منابع احکام صلح در فقه نیز بخوبی استنباط می‌شود که عقد صلح بهمین منظور در قرآن و سنت^۱ آمده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۹۷). خداوند متعال هم به اصلاح و ایجاد سازش به مسلمانان امر کرده است و هم طرفین اختلاف و منازعه را به سازش و مصالحه توصیه و سفارش نموده است. (نجفی ابرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۷: ۱۹۹) بنابراین می‌توان گفت کلیه شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلاف که نهایتاً منجر به حلّ اختلاف از طریق توافق طرفین می‌شود، نه تنها از لحاظ شرع انور مورد قبول و مشروع است بلکه مورد سفارش و تأکید نیز قرار گرفته است. در این میان، دخالت شخص ثالث

^۱ آیات ۱۴، ۳۵ و ۱۲۸ از سوره مبارکه نساء، آیه ۸ از سوره مبارکه انقال، آیه ۴۹ سوره مبارکه حجرات و خبر محمد بن مسلم از حضرت باقر و منصور بن حازم از حضرت صادق (ع)

که تصمیم و رأی او برای طرفین الزام‌آور نیست، تأثیری در ماهیت نتیجه حلّ و فصل اختلاف ندارد.

برخی از محققین در این خصوص فرموده‌اند: «مشروعیت و جواز سازش را می‌توان به سایر شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلاف نیز تسری داد. نتایج حاصل از این شیوه‌ها که در غالب موارد در قالب قرارداد جای می‌گیرد به لحاظ قراردادی بودن از نظر فقهی مورد تأیید است. پس طرفین اختلاف باید قراردادی را که در خصوص حلّ و فصل اختلاف منعقد می‌کنند محترم بشمارند و گرنه مسئولیت قراردادی عهد شکن همچون سایر قراردادها مطرح خواهد شد.» (هادی و حاجیپور، ۱۳۹۵: ۹۱)

۳-۶- امکان‌سنجی فقهی الزام طرفین به استفاده از شیوه‌های

جایگزین

الزام به استفاده از شیوه‌های جایگزین به جای رسیدگی قضایی: شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات به شیوه‌های اجباری و اختیاری قابل تقسیم است. هرچند اصولاً ارجاع اختلاف به شیوه‌های جایگزین با رضایت و توافق طرفین صورت می‌گیرد اما گاه در بعضی از موارد ارجاع اجباری نیز دیده می‌شود، یعنی طرفین به حکم قانون ملزمند که اختلاف خود را ابتدا از طریق این شیوه‌ها حلّ و فصل نمایند. (درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۳۴) برای مثال ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹.

الزام طرفین به استفاده از شیوه‌های جایگزین به عنوان مقدمه رسیدگی قضایی: گاه، قانونگذار توسل به یکی از شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات را مقدمه رسیدگی قضایی قرار می‌دهد. بنحوی که اگر طرفین پیش از توسل به شیوه مذکور، در مرجع ذی‌صلاح، طرح دعوا کنند، آن مرجع به دعوای مذکور رسیدگی نخواهد کرد. برای نمونه ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴. همچنین مطابق ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده: «در کلیه موارد درخواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با

توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند.»

۳-۷- اصل بودن امکان استفاده از شیوه‌های جایگزین

در فقه، در خصوص قلمرو صلاحیت قاضی تحکیم چند دیدگاه مطرح شده است: نظریه اول: تحکیم در تمام احکام اعم از حق الله و حق الناس حتی عقوبات جایز است. محقق حلی (ره) بعد از بیان نظر خود در خصوص جواز قاضی تحکیم میفرماید: «ويعم الجواز كل الأحكام» لذا ایشان جواز تحکیم را در تمامی احکام قابل تسری می‌داند (اماندا و همکاران، ۱۳۹۴، ۲۶). نظریه دوم: حکم قاضی تحکیم در تمامی احکام صحیح است به جز چهار مورد که عبارتند از نکاح، قذف، لعان و قصاص (اماندا و همکاران، ۱۳۹۴، ۲۷). نظریه سوم: تحکیم در حقوق الناس صحیح است و در حقوق الله جایز نیست. شهید ثانی (ره) می‌فرماید: «بله تحکیم به حق الناس اختصاص دارد چراکه آن متوقف بر نصب -تراضی- طرفین دعواست پس نمی‌تواند در حقوق الله حکم نماید؛ زیرا برای آن -حق الله- خصم معینی وجود ندارد (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۱۳، ۳۳۳). چهارمین نظریه: حکم وی قاضی تحکیم در مسائل مالی و احوال شخصیه نافذ می‌باشد این نظریه اخص از قول سوم است زیرا قصاص حق الناس است ولی امر مالی یا جزو احوال شخصیه نیست (اماندا، ۱۳۹۴، ۲۷-۲۶).

اصل بر این است که اختلافات حقوقی اشخاص، اصولاً از طریق شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات، قابل رسیدگی و حلّ است. با این حال، موارد استثنایی نیز وجود دارد که اختلاف از طریق این شیوه‌ها قابل حلّ و فصل نیست. باید توجه داشت که محدودیت مراجعه به این شیوه‌ها، بیشتر ناظر به شیوه‌هایی که متضمن نظر الزام‌آور شخص ثالث است. اما در خصوص شیوه‌هایی که در آنها اختلاف از طریق توافق حلّ و فصل می‌شود، محدودیت کمتر است. این موارد شامل امور کیفری، دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب، دعاوی عمومی و دولتی، امور حسبی، دعاوی کارگر و کارفرما، دعاوی ورشکستگی و سایر استثنائات که برخی از حقوقدانان در مبحث داوری پذیرد،

اختلافات راجع به اموال غیرمنقول واقع در ایران و نیز دعاوی ناشی از اختلافات مالکیت فکری را هم به عنوان موارد استثنای اصل داوری‌پذیری ذکر کرده‌اند، بنابراین، موارد مذکور هم قابل حلّ و فصل از طریق داوری نخواهند بود (مافی، ۱۳۹۵: ۷۳).

ماهیت فقهی و شرایط استفاده از شیوه‌های جایگزین

۴-۱- ماهیت فقهی شیوه‌های مبتنی بر رأی الزام آور شخص ثالث

قاضی تحکیم: به نظر می‌رسد آن دسته از شیوه‌های جایگزین، که متضمن رأی الزام‌آور شخص ثالث است را می‌توان با نهاد قاضی تحکیم در فقه مقایسه کرد (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۴۸). شهید ثانی می‌فرماید: «قاضی حکم آن است که طرفین دعوا برای حکمیت او را بپذیرند حتی اگر قاضی منصوب نیز موجود باشد. (تسخیری و مشیرفر، ۱۳۷۶، ۱۸۲) در خصوص شخص ثالث در شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات نیز همین اتفاق روی می‌دهد، یعنی علیرغم اینکه اشخاص می‌توانند از طریق مراجعه به محاکم دادگستری اختلاف خود را حلّ و فصل نمایند، اما ترجیح می‌دهند که شخص ثالث بی‌طرفی این کار را انجام دهد (اماندا و همکاران، ۱۳۹۴، ۳۰).

وکالت: مشترک بودن داوری با وکالت در عقد، زمینه تصور اتحاد و یگانگی را بین آنها ایجاد نموده است، در حالی که اشتراک دو مرکّب در برخی اجزاء، سبب اتحاد ماهیت نیست و تنها اشتراک در بعض اجزاء را شامل می‌شود. طرف‌های داوری، دو طرف نزاع هستند و موضوع آن، انتخاب شخص ثالث و بیگانه از سوی دو طرف نزاع برای حل مشکلات آنهاست. داوری در اظهار رأی مستقل است اما وکالت اختیارات محدودی است که از موکل به وکیل واگذار شده است. از میان فقهای امامیه مرحوم ابن براج در کتاب الکامل فی الفقه خود نظریه توکیل را پذیرفته است. اما وی در آثار بعدی خود از این نظریه عدول کرده و همان نظر مشهور یعنی تحکیم را پذیرفته است، زیرا اگر توکیل باشد تابع مقررات وکالت و شرایط آن خواهد بود، در صورتی که چنین نیست.

۴-۲- ماهیت فقهی شیوه‌های فاقد رأی الزام آور شخص ثالث

آن دسته از شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلاف که در آنها، اختلاف نهایتاً از طریق توافق حلّ و فصل می‌شود، قابل تطبیق با عقد صلح هستند. در برخی از آیات قرآن حکمت تشریح صلح رفع تنازع عنوان شده است: «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِّحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» «سوره نساء، آیه ۱۲۸).

روایات نیز بر مطلوبیت، مشروعیت و صحت صلح دلالت دارند. چنان که مرحوم کلینی به اسناد خودش از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که آن حضرت فرمود: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا اخْلَ حَرَامًا أَوْ حَرَمَ حَلَالًا.» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۶، ۲۱۰).

امام خمینی در زمینه تعریف صلح می‌نویسد: «صلح عبارت از تراضی و تسالم بر امری از قبیل تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق و غیر این موارد می‌باشد و این که مسبوق به نزاع باشد شرط نیست و انجام آن بر هر امری به جز موارد استثناء شده جایز است.

۴-۳- شرایط استفاده از شیوه‌های جایگزین

توافق طرفین: استفاده از شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات، منوط به توافق طرفین است. قرارداد باید با قصد و رضای سالم طرفین منعقد شده باشد و عاری از اجبار و اکراه باشد. همچنین، به مانند سایر قرارداد، موضوع قرارداد باید معلوم و معین باشد. مسأله‌ای که ممکن است از لحاظ فقهی، محل نزاع و مناقشه باشد، این است که گاه پیش از بروز هرگونه اختلافی، در خصوص ارجاع اختلاف به شیوه‌های جایگزین توافق می‌شود. اما این ایراد قابل رفع است، در قراردادها، لازم نیست که موضوع در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد و ممکن است بعداً بوجود آید.

شرایط طرفین: طرفین یک اختلاف، برای آنکه بتوانند آن را از طریق یکی از شیوه‌های جایگزین، حلّ و فصل نمایند، باید دارای اهلیت کامل باشند. ماده

۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری، مقرر می‌کند «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر، منازعه و اختلاف خود را... به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.» مطابق بند ۲ ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی، وکالت در صلح و سازش نیاز به تصریح در وکالتنامه دارد، بنابراین وکالتی که برای اقامه دعوا به وکلای دادگستری داده می‌شود، در حالت اطلاق، شامل امکان حل و فصل اختلاف از طریق شیوه‌های جایگزین نیست.

شرایط شخص ثالث در روش‌های مبتنی بر توافق: ابتدا باید توجه داشت که بحث شرایط شخص ثالث در فروضی مطرح می‌شود که رأی شخص ثالث برای طرفین الزام‌آور باشد از قبیل داور، بنابراین در روش‌هایی که شخص ثالث صرفاً حصول توافق میان طرفین را تسهیل می‌کند و به حل اختلاف کمک می‌کند، بنظر نمی‌رسد وجود یا فقدان صفت خاصی در خصوص او شرط باشد. یکی از اسایته حقوق در این خصوص فرموده است: «شخص ثالث هم اگر در این میان دخالت دارد، نقش وی تنها نزدیک کردن طرفین به هم و تسهیل حل و فصل اختلاف است. که غیر از داوری مشروعیت و نفوذ سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز از نظر شرعی با مشکلی مواجه نیست و اشخاص می‌توانند اختلافات خود را از طریق این شیوه‌ها حل و فصل نمایند (ساکت، ۱۳۸۲: ص ۳۸)

شرایط شخص ثالث در روش‌های مبتنی بر رأی الزام‌آور: ماده ۴۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد که اشخاص فاقد اهلیت را حتی با توافق و تراضی طرفین هم نمی‌توان به عنوان داور تعیین کرد. اما شرط بودن با نبودن برخی دیگر از شرایط که در فقه برای قاضی منصوب مقرر شده است نیاز به بررسی دارد. مرحوم شیخ انصاری پس از بیان دیدگاهی که شرایط قاضی منصوب را در قاضی تحکیم هم شرط می‌داند، بیان می‌دارد که دلیلی برای شرط بودن این صفات، در قاضی تحکیم وجود ندارد. (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۷). الف) شرط اجتهاد: در خصوص شرط بودن اجتهاد برای قاضی (اعم از قاضی منصوب و قاضی تحکیم) اختلاف نظر وجود دارد. در فقه شیعه، لزوم اجتهاد قاضی منصوب

امری اتفاقی نیست و برخی به واسطهٔ اذن امام یا فقیهی که حکومت به دست اوست، غیرمجتهدان را نیز واجد اهلیت قضاء دانسته‌اند و از سوی دیگر معتقدان به ضرورت اجتهاد نیز در مورد شرط اجتهاد مطلق یا اجتهاد تجزی اختلاف نظر دارند. (جنیدی، ۱۳۸۰: ۱۳۴) **ب) شرط ذکوریت:** مشهور فقهای امامیه، ذکوریت (مرد بودن) را به عنوان یکی از شرایط قاضی برشمرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲، ۱۲) دلایل مختلفی در خصوص منع قضاوت زنان مطرح شده است.^۱ در این خصوص به برخی از آیات قرآن کریم استناد شده است که شامل آیه قیمومیت، آیه درجه، آیه خصام، آیه تبرج و آیه شهادت می‌باشد. همچنین به برخی از روایات استناد شده است که از آن جمله می‌توان به روایت حماد بن عمر و انس بن محمد، خبر جابر بن یزید جعفی از امام باقر (ع)، خبر شیخ مفید، روایت پیامبر اکرم (ص) در خصوص پوران‌دخت، روایت محمد بن عمیر و روایت عبد... بن سنان اشاره کرد (یعقوب موسوی، ۱۳۸۶). **ج) شرط عدالت:** منظور از عدالت ملکه یا عادت پیوسته‌ای است که موجب پرهیز کامل از گناهان کبیره و عدم اصرار بر گناهان صغیره و منافیات مروت می‌گردد. برای اثبات شرط عدالت در قاضی، فقها به برخی از روایات و اجماع استناد کرده‌اند. از دیدگاه سنت: روایت سلیمان بن خالد از امام صادق «علیه السلام» که می‌فرماید: "اتقوا الحكومة، فان الحكومة انما هی للامام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین لنبی او وصی نبی". مستفاد از روایت فوق این است که منصب و کرسی قضاوت، محل جلوس پیامبر و اوصیای او ائمه معصومین «علیهم السلام» و حکومت و ولایت از مناصب مختصه آنان است. از دیدگاه اجماع: شیخ طوسی می‌گوید "دلینا اجماع الفرقة بل اجماع الامه... " در این عبارت شیخ طوسی، نسبت به شرط عدالت در قاضی، ادعای اجماع کرده است. (آقاجانی، ۱۳۷۷: ۵۷-۵۶) **د) شرط**

۱. مرحوم صاحب جواهر در این خصوص می‌فرماید: «وأما الذکورة فلما سمعت من الإجماع والنبوی: «لا یفلح قوم ولیتهم امرأة» و فی آخر «لا تتولی المرأة القضاء» و فی وصیة النبی صلی الله علیه وآله لعلی علیه السلام المرویة فی الفقیه یابسانده عن حماد «یا علی لیس علی المرأة جمعة - إلی أن قال - : ولا تولى القضاء» مؤیداً بنقصها عن هذا المنصب، وأنها لا یلیق لها مجالسة الرجال ورفع الصوت بینهم، وبأن المنساق من نصوص النصب فی الغیبة غیرها، بل فی بعضها التصریح بالرجل، لا أقل من الشک والأصل عدم الاذن. (نجفی، ۱۳۶۲، ۱۴)

ایمان: ایمان از لحاظ فقهی بدین معناست که قاضی باید دوازده امامی باشد؛ در نتیجه قضاوت کافر و فاسق نافذ نیست. فقها برای اثبات چنین شرطی در قاضی به دلایلی استناد کرده‌اند که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: (۱) کتاب: قول خداوند متعال: «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» خداوند هرگز برای تسلط کافران بر اهل ایمان، راهی قرار نداده است (نجفی، ۱۳۶۲، ۱۲).^۱ (۲) سنت: کلام امام «علیه السلام»: «... و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم و انا حجة الله»؛ و اما درباره مسائلی که بیش خواهد آمد به کلام راویان احادیث ما مراجعه کنید و از آنها سؤال کنید، زیرا آنها حجت من هستند و من حجت خداوند! (۳) اجماع: در کتب فقها عباراتی مانند موضع وفاق، لاریب فيه، بلا خلاف اجده فی شیء منها، به چشم می‌خورد که مستفاد از آنها، اتفاق و اجماع فقها، نسبت به اعتبار ایمان در قاضی است (آقاجانی، ۱۳۷۷: ۵۶-۵۵)

۴-۴- لزوم و جواز قرارداد رجوع به شیوه‌های جایگزین

باید توجه داشت که چنین توافقی ممکن است به صورت یک قرارداد مستقل منعقد شده باشد یا در قالب شرط ضمن عقد در یک قرارداد دیگر (جنیدی، ۱۳۸۱: ۱۳۱) شهید ثانی در مسالک فرموده‌اند: «تا زمانی که قاضی تحکیم، حکم خود را صادر نکرده است، هر یک از طرفین می‌تواند او را رد کند حتی اگر طرف مقابل، شهود خود را در مقابل قاضی تحکیم اقامه کرده باشد. (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۱۳، ۳۳۳)^۲ بدین ترتیب ممکن است بتوان با اندراج شرط عدم عزل یا با استنباط یک شرط ضمنی (توافق ضمنی طرفین) بر اسقاط حق عزل این مشکل را به نحوی رفع نمود. (جنیدی، ۱۳۸۱: ۱۳۲)

۱. ولا لكافر، لأنه ليس أهلاً للأمانة (ولم يجعل الله له سبيلاً على المؤمن إذ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه
 ۲. و محل اعتبار رضا الخصمين بحكمه قبل تمام الحكم، فمتى رجع قبله رد، حتى لو أقام المدعى شاهدين، فقال المدعى عليه: عزلتك، لم يكن له أن يحكم.

۴-۵- تحلیل فقهی استقلال شرط رجوع به شیوه‌های جایگزین

اگر ثابت شود که تعهد اصلی باطل بوده است؛ شرط ضمن آن نیز بی اثر می‌شود و برعکس، بطلان شرط هیچ اثری روی عقد ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱۴۰) بر اساس دیدگاه پذیرفته‌شده در فقه و حقوق مدنی، حیات شرط وابسته به عقد است و چنانچه عقد زایل شود، شرط ضمن آن نیز منحل خواهد شد. با این حال در مباحث مربوط به داوری بین‌المللی گفته می‌شود که شرط داوری در قراردادها، استثنایی است بر اصل متابعت شرط از عقد و در خصوص داوری، نظریه استقلال شرط داوری مطرح است.

منظور از استقلال شرط داوری آن است که شرط داوری از عقد اصلی پیروی نخواهد کرد و با انحلال عقد، شرط داوری منحل نخواهد شد و به این ترتیب به اراده طرفین در راستای اینکه مرجع یاد شده به اختلاف آنان رسیدگی نماید، احترام گذاشته خواهد شد. (راستبد و رستمی، ۱۳۹۷: ۶۲۰) اگر ادعا شود که قرارداد اصلی به دلیل واقعه‌ای که متعاقب بر انعقاد معتبر آن است به پایان رسیده، قید داوری دارای اعتبار بوده و داور واجد صلاحیت تلقی می‌گردد. در موردی که ادعا شود خود قید داوری به‌موجب تقلب یا اشتباهی مرتبط تحصیل شده یا هنگامی که ادعا شود که طرفین اختلاف با درج قید داوری در قرارداد اصلی موافقت نکرده‌اند موضوع متفاوت است.

با پذیرش نظریه استقلال شرط داوری، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این نظریه در خصوص سایر شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات هم جاری است یا خیر؟ یکی از حقوقدانان در این خصوص فرموده است: «هرچند یکی از مبانی توجیه استقلال شرط داوری اراده ضمنی طرفین است. واقعیت امر آن است که قاعده استقلال شرط داوری مشروعیت خود را از قانون می‌گیرد. در نتیجه در مورد سایر شیوه‌های ای.دی.آر به این دلیل که قوانین فعلی حمایت‌های قانونی لازم را و از جمله قاعده استقلال شرط ای.دی.آر را مقرر نکرده‌اند نمی‌توان قائل به استقلال شرط ارجاع به این شیوه‌ها بود (درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۲۰۸).

نتیجه گیری

جهت تحلیل فقهی و بررسی مشروعیت شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلاف، آنها را باید به دو گروه اصلی تفسیم کرد: دسته اول، روش‌هایی که متضمن نظر الزام‌آور شخص ثالث نیست و اختلاف نهایتاً از طریق توافق طرفین حلّ و فصل می‌شود، حلّ و فصل اختلاف بر اساس این روش‌ها ماهیت قراردادی دارد و به‌خصوص در قالب عقد صلح قابل تبیین است. چنین روش‌هایی نه تنها با هیچ ایراد و شبهه فقهی مواجه نیست، بلکه مورد تأیید و تأکید فقه امامیه هم قرار گرفته است. برای توجیه روش‌هایی که متضمن نظر الزام‌آور شخص ثالث است، می‌توان از نهاد فقهی حکمیت یا قاضی تحکیم استفاده کرد، بررسی‌ها نشان می‌دهد، علیرغم اختلافاتی که در فقه در خصوص مشروعیت نهاد قاضی تحکیم وجود دارد و نیز اختلافاتی که در خصوص اختصاص آن به زمان غیبت یا حضور یا عدم اختصاص مطرح است، نظر قابل پذیرش این است که استفاده از قاضی تحکیم، در زمان غیبت امام عصر و نیز با وجود امکان مراجعه به قضات منصوب، مجاز و مشروع است. فقهای عظام برای اثبات مشروعیت نهاد قاضی تحکیم دلایل مختلفی را مطرح کرده‌اند، که از آن جمله می‌توان به برخی از آیات قرآن مجید (برای نمونه آیه شقاق)، برخی روایات (از جمله روایات عمر بن حنظله، روایت داود بن حصین، روایت ابی‌خدیجه) عموم ادله مربوط به وفای به عهد، سیره مسلمان و نیز اجماع اشاره کرد.

با توجه به مشابهت‌های اساسی که بین قاضی تحکیم با داوری و نیز سایر روش‌های متضمن نظر الزام‌آور شخص ثالث وجود دارد، می‌توان با تکیه بر اثبات مشروعیت نهاد تحکیم، قائل به این شد که این روش‌ها نیز از لحاظ شرعی و فقهی مجاز و مشروع هستند. به اعتقاد مشهور فقها، رأی قاضی تحکیم نیز مانند قاضی منصوب نافذ است و پس از اینکه وی مبادرت به صدور رأی نمود، محکوم‌علیه باید رأی او را اجرا نماید و اجرای رأی نیز به توافق مجدد طرفین

ندارد. همین نظر را می‌توان در خصوص داور و نیز سایر اشخاصی که رأی آنها برای طرفین الزام‌آور است پذیرفت.

مشروعیت استفاده از شیوه‌های جایگزین را به عنوان اصل می‌توان پذیرفت و بنابراین استثناهایی نیز وجود دارد که رسیدگی به آنها در صلاحیت انحصاری محاکم دادگستری است. اولاً شیوه‌های جایگزین در حقا... -مثلاً حدود- قابل استفاده نیست و ثانیاً در حقوق الناس نیز برخی موارد مثل دعاوی ورشکستگی، کارگرو کارفرما، اصل نکاح و طلاق و نسب، مواردی که اتخاذ تصمیم در خصوص آنها اختصاص به حاکم دارد از قبیل نصب قیم و ... از شمول این اصل خارج هستند.

به اعتقاد بسیاری از فقها، شروطی که در خصوص قاضی منصوب شرط هستند از قبیل شرط اجتهاد و ایمان و ذکوریت و ... در قاضی تحکیم شرط نیست. با استفاده از ظرفیت چنین دیدگاه‌هایی در فقه می‌توان پذیرفت که شرایط مربوط به قاضی منصوب، در خصوص داور و همین طور هر شخص ثالثی که نظر او قاطع دعوا بین طرفین باشد، شرط نیست و برای چنین اشخاصی می‌توان گفت که وجود اهلیت، استقلال و بی‌طرفی نسبت به اصحاب دعوا و عدم وجود منع قانونی کفایت می‌کند. در خصوص شیوه‌هایی که در آنها، نظر شخص ثالث برای طرفین الزام‌آور نیست و اختلاف نهایتاً با توافق طرفین حلّ و فصل می‌شود، می‌توان گفت که در خصوص شخص ثالث، هیچ شرطی وجود ندارد و حتی یک صغیر هم می‌تواند به حلّ و فصل اختلاف کمک کند، چرا که اراده او در توافق نهایی که بین طرفین منعقد می‌شود، تأثیری ندارد.

عدول از رسیدگی محاکم دادگستری و رجوع به شیوه‌های جایگزین، نیازمند توافق طرفین است. این توافق ممکن است، در قالب شرط ضمن عقد و یا به صورت یک قرارداد مستقل منعقد شود. در هر حال کلیه شرایط صحت معاملات، بایستی در خصوص این قرارداد رعایت شود. اگرچه استفاده از شیوه‌های جایگزین، معمولاً حاصل توافق طرفین است، اما گاه قانون، اشخاص را ملزم به استفاده از یکی از این روش‌ها می‌نماید یا اینکه رجوع به یکی از این روش‌ها و

عدم حلّ و فصل اختلاف از طریق آن را مقدمه امکان مراجعه به محاکم دادگستری قرار می‌دهد، بنظر می‌رسد چنین اقدامی به عنوان یک حکم ثانویه، از لحاظ فقهی قابل پذیرش باشد. مضافاً بر اینکه در چنین مواردی، نظارت مراجع قضایی بر روش‌های جایگزین وجود دارد. تأیید شورای نگهبان بر برخی از قوانین که متضمن چنین ترتیبی است از قبیل قانون پیش‌فروش ساختمان و قانون بازار اوراق بهادار هم می‌تواند دلیل دیگری باشد بر اینکه چنین اقدامی به لحاظ فقهی قابل توجیه است.

اگرچه به لحاظ فقهی، شرط تابع عقد است و در صورت بطلان یا انحلال عقد، شرط ضمن آن نیز منحل می‌شود، اما در صورتی که از تصریح طرفین یا به طور ضمنی و از اوضاع و احوال توافق بتوان استنباط کرد که قصد طرفین این بوده است که حتی در فرض انحلال قرارداد یا بطلان آن نیز، اختلافات احتمالی از طریق شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات، مرتفع شود می‌توان گفت که شرط مذکور به قوت خود باقی است. در چنین فرضی، شرط توافقی جداگانه بوده و قصد طرفین این بوده که وابسته به عقد اصلی نباشد و پذیرش چنین قصدی صحیح بنظر نمی‌رسد. بنابراین، آنچه در خصوص استقلال شرط داوری گفته شده، قابل تعمیم به سایر شیوه‌های جایگزین نیز هست.

منابع

- جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، انتشارات شهر دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۵
- درویشی هویدا، یوسف، شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات، تهران، نشر میزان، چاپ اول، پاییز ۱۳۸۸
- ساکت، محمد حسین، دادرسی در حقوق اسلامی سرشت و سرگذشت نهاد دادرسی و سازمانهای وابسته از آغاز تا سده سیزدهم هجری، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، ۱۳۸۳
- کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۲
- مافی، همایون، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، چاپ اول، ۱۳۹۵
- انصاری، مرتضی، القضاء و الشهادات، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵
- عاملی جبعی، زین العابدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام؛ ج ۱۳، مؤسسه معارف الاسلامیه، بی تا
- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۶، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۳۶۲ ش.
- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۳۶۲ ش.

- آقاجانی، مهری، شرایط و صفات قاضی از دیدگاه فقه اسلامی، فصلنامه ندای صادق، شماره ۱۰، ۱۳۷۷
- امانداد، مجید، پنجه پور جواد و اسدی کوه‌باد، هرمز، جایگاه فقهی سیستم قضایی خصوصی بر اساس نهاد تحکیم از منظر امامیه، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره شانزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۴
- ایزدی‌فرد، علی‌اکبر، فلاح، اکبر و خزایی پول، صفر، مشروعیت قضاوت خصوصی بر اساس نهاد تحکیم، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ششم، شماره هجدهم، ۱۳۸۸
- تسخیری، محمدعلی و مشیرفر، شیوا، حکمیت در فقه اسلامی، مجله تحقیقات اسلامی، شماره ۱ و ۲، ۱۳۷۶
- توسلی، منوچهر، نگاهی به شیوه‌های جدید حلّ و فصل اختلافات (ADR) در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۶ و ۲۷
- جلالی، محمد و علوی حجازی، سیما، شیوه‌های جایگزین حلّ و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان (مدرسه حقوق) شماره ۲۸، ۱۳۸۷
- جنیدی، لعیا، قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی، پژوهشنامه متین، شماره ۱۰، ۱۳۸۰
- راستبد، مازیار و رستمی، عباداله، بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و آمریکا، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۷

- کاتوزیان، ناصر، کارشناسی، علم و تجربه در خدمت عدالت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۲، زمستان ۱۳۸۲
- موسوی، محمد یعقوب، قضاوت زن از دیدگاه فقه شیعه، فقه و اصول، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۶
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، شادمان فر، محمدرضا و توجهی، عبدالعلی، اصلاح ذات‌البین و نظریه عدالت ترمیمی، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷
- هادی، سولماز و حاجیبور، مرتضی، بررسی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف از منظر حقوق ایران و فقه امامیه، فصلنامه علمی، پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵
- هوشمند فیروزآبادی، حسین، واکاوی فقهی مسأله استقلال داور، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۹۶
- یوسفزاده، مرتضی، آیین داور و روش‌های حل و فصل اختلاف، نشریه قضاوت، شماره ۳۵، ۱۳۸۴