

مقدمه‌ای بر

حقوق و رویه دאوری

محمّد کا کاوند



مؤسسه اطلاعات و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

تهران - ۱۳۹۴

سرشناسه	: کاکاوند، محمد.
عنوان و پدیدآور	: مقدمه‌ای بر حقوق و رویه داوری / مولف: محمد کاکاوند.
مشخصات نشر	: تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش ۱۳۹۴.
مشخصات ظاهری	: ۶۷۲ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۷-۸۴-۹
وضعیت فهرست‌نویسی	: فیبا.
موضوع	: داوری تجاری--ایران-- رویه قضایی.
موضوع	: داوری، بین‌المللی-- رویه قضایی.
رده‌بندی کنگره	: KMH1829 ۱۳۹۴

با مراجعه به فروشگاه اینترنتی شهردانش از مزایای خرید آنلاین و تخفیف ویژه برخوردار شوید

www.shahredanesh.com

عنوان	: مقدمه‌ای بر حقوق و رویه داوری
ناشر	: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش
نویسنده	: محمد کاکاوند
صفحه‌آرا	: سید سعید هاشمیان
نوبت چاپ	: اول - ۱۳۹۴
شمارگان	: ۱۰۰۰ نسخه
قیمت	: ۴۰.۰۰۰ تومان
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۷-۸۴-۹

طرح روی جلد کتاب، تصویری است کودکانه از دادگاه جهانی (World Court) از آرشیو مولف که نگارگر آن ANS HORINKS هلندی است

کلیه حقوق برای ناشر محفوظ بوده و در صورت تخلف، پیگرد قانونی دارد.

مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش: تهران، خیابان کریم‌خان زند، خیابان سنایی، خیابان نهم، خیابان گیلان، پلاک ۵

کد پستی ۱۵۸۵۷۲۳۱۱۱، صندوق پستی: ۱۵۸۷۵/۴۵۳۹، تلفن: ۸۸۸۱۱۵۸۱-۴، فاکس: ۸۸۸۱۱۵۸۰

Website: www.sdil.ac.ir

Email: publication@sdil.ac.ir

آقای سید احمد بنی هاشمی

در هیات داورى بورس فلزات تهران

آقای دکتر محسن محبی

آقای عبدالجواد اسکندری

آقای مهندس علی هاشمیان

در مرکز داورى اتاق بازرگانی ایران

آقای دکتر محسن محبی

آقای محمدحسین نبی پور

خانم وجیهه قاسمی

از تمام داوران مرکز که اجازه دادند در جلسات رسیدگی ایشان شرکت کنم.

در مرکز امور حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی

آقای به‌آذین بیژنی

آقای محمدرضا اکبر قزوینیان

کارکنان کتابخانه

در مرکز منطقه‌ای داورى تهران و مؤسسه مشاوران سنگلج

آقای دکتر مشکان مشکور

در مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش

آقای دکتر سیدقاسم زمانی

آقای دکتر وحید اشتیاقی

آقای احمد قاسمی

آقای محمد ناصح

آقای سیدسعید هاشمیان

خانم سمیه کریمی

کارکنان کتابخانه و انتشارات

در دفتر فنی پورمهر

خانم ها آناهیتا و هستی پورمهر و دیگر همکاران ایشان که زحمت تایپ و اصلاحات مکرر نوشته های مرا بر عهده داشتند.

به علاوه از آقایان هادی اجابتی، مصطفی شیرازی، محمد مرادی عرب، علی فرهمند، دکتر رضا فتوحی، دکتر سیدجمال سیفی، دکتر بهروز تقی خانی، دکتر محمد جواد شریعت باقری، دکتر مجید غمامی، دکتر مرتضی شهبازی نیا، محمدحسین خان قندهاری و خانم آمی تیس دُرانی هم باید نام ببرم.

آقای دکتر محسن محبی علاوه بر لطفی که از قدیم به اینجانب داشتند، علیرغم اشتغال زیاد قبول زحمت کردند و بخشی از پیش نویس کتاب را مطالعه و پیشنهادهایی مفید کردند.

آقای دکتر هدایت الله فلسفی، استاد دانشگاه شهیدبهشتی از آذرماه ۱۳۶۹ تاکنون به تمام دانشجویانش مخصوصاً به این شاگرد خودشان بسیار لطف داشته اند و از مصاحبت و مساعدت و راهنمایی هیچ مضایقه نکرده اند. به دانشگاه آمدن زندگی دانشجویان زیادی را تغییر می دهد اما زندگی مرا ملاقات و تلمذ در محضر استاد هدایت الله فلسفی دگرگون کرده است. درسش، نرش، کلامش، نگاهش و خلق و خویش همگی زمزمه محبت است و «جمعه به مکتب آورده طفل گریز پای را». افزون بر این استاد بزرگوارانه پیش نویس کتاب را مطالعه و پیشنهادهای مفید کردند.

برای تمام این عزیزان آرزوی موفقیت و سلامت دارم.

فهرست مطالب

مقدمه: نگاهی تاریخی.....	۱۹
الف) از دوران عدالت خصوصی تا عدالت عمومی.....	۱۹
ب) نبود صلاحیت اجباری در جامعه بین‌المللی.....	۲۷
ج) وضع اولین قانون داوری در ایران.....	۲۸
د) جایگاه داوری در نظام آموزشی ما.....	۲۹
هـ) تحولات مهم اخیر و تأثیر آن.....	۳۱
و) آثار و تالیفات متقدمان.....	۳۲
مقدمه تحلیلی.....	۳۷
الف) حقوق داوری؟.....	۳۷
ب) روش کار ما.....	۴۳
بخش اول: روش‌های دوستانه حل و فصل اختلاف.....	۴۹
گفتار اول: روش‌های غیر الزام آور.....	۵۱
بند اول: مذاکره.....	۵۳
بند دوم: سازش.....	۵۷
بند سوم: کارشناسی.....	۶۰
گفتار دوم: روش‌های الزام آور.....	۶۴
بند اول: دادرسی دادگاه.....	۶۴
بند دوم: داوری: چیستی، منابع و علت انتخاب آن.....	۶۶
الف) داوری کیست؟.....	۶۸
ب) منابع حقوق داوری.....	۷۴
ج) ارکان و عناصر داوری.....	۷۵
د) علت انتخاب داوری: مزایا.....	۸۰
یک) از منظر اصحاب دعوا.....	۸۰
۱) آزادی اراده طرف‌ها و انعطاف آیین رسیدگی.....	۸۱

- ۱۲۳..... (۲) اندک بودن هزینه و زمان رسیدگی
- ۱۲۴..... (۳) بیطرفی و استقلال
- ۱۲۵..... (۴) تخصص و صلاحیت شخص داور
- ۱۲۷..... (۵) نهایی بودن تصمیم
- ۱۲۸..... (۶) قابلیت اجرای رأی
- ۱۲۹..... (۷) محرمانه و خصوصی بودن داورى
- ۱۳۱..... (۸) متمرکز و مشخص بودن مرجع رسیدگی
- ۱۳۳..... (دو) از منظر دولت
- ۱۳۷..... (هـ) انواع داورى
- ۱۳۷..... (یک) داورى موردی و سازمانی
- ۱۰۲..... (۱) داورى موردی یا سازمانی کدامیک؟
- ۱۰۴..... (۲) امکان تغییر و تعویض قواعد سازمان داورى
- ۱۰۵..... (۳) تاثیر تغییر قواعد سازمان داورى
- ۱۰۷..... (۴) وظیفه و نقش سازمان داورى
- ۱۱۰..... (۵) انتخاب کدام سازمان داورى؟
- ۱۱۱..... (دو) داورى داخلی و بین المللی
- ۱۱۲..... (و) هزینه‌های داورى
- ۱۱۷..... (ز) دستمزد داور
- ۱۲۵..... (ح) مصونیت داور
- ۱۳۳..... بخش دوم: توافق طرفها
- ۱۳۳..... گفتار اول: احراز صلاحیت داور: وجود قرارداد داورى
- ۱۳۴..... بند اول: صلاحیت موضوعی داور
- ۱۳۸..... بند دوم: صلاحیت شخصی داور
- ۱۴۰..... گفتار دوم: انواع قرارداد داورى
- ۱۴۲..... بند اول: قرارداد توأمان
- ۱۴۵..... بند دوم: قرارداد جداگانه
- ۱۴۷..... بند سوم: قرارداد ارجاعی داورى
- ۱۴۸..... بند چهارم: قرارداد عملی داورى

۱۴۹.....	گفتار سوم: آثار قرارداد داوری.....
۱۵۱.....	گفتار چهارم: تفاوت قرارداد توأمان و قرارداد جداگانه.....
۱۵۳.....	گفتار پنجم: انواع قرارداد توأمان.....
۱۵۳.....	بند اول: در داوری موردی.....
۱۶۴.....	بند دوم: در داوری سازمانی.....
۱۷۰.....	گفتار ششم: نکات لازم در قرارداد داوری.....
۱۷۸.....	گفتار هفتم: قرارداد داوری یک درجه‌ای و چند درجه‌ای.....
۱۸۲.....	گفتار هشتم: استقلال شرط داوری.....
۱۹۰.....	گفتار نهم: کاهش زمان و مخارج.....
۱۹۰.....	بند اول: دقت در تنظیم قرارداد داوری.....
۱۹۱.....	بند دوم: گزینش و انتصاب داوران.....
۱۹۳.....	بند سوم: مدت زمان داوری.....
۱۹۴.....	بند چهارم: گزینش مشاور، وکیل یا دستیار مجرب.....
۱۹۴.....	بند پنجم: زبان داوری.....
۱۹۵.....	بند ششم: اختیار سرداور در مسائل شکلی.....
۱۹۵.....	بند هفتم: ضرورت برگزاری جلسه استماع.....
۱۹۷.....	بخش سوم: بروز اختلاف در اجرای توافق طرفها.....
۲۰۲.....	گفتار اول: مراجعه به دادگاه در ابتدای جریان داوری.....
۲۰۳.....	بند اول: تشکیل مرجع داوری (انتصاب داور یا داوران).....
۲۰۴.....	بند دوم: ایراد به صلاحیت دادگاه.....
۲۱۱.....	بند سوم: لزوم صدور دستور موقت.....
۲۱۱.....	گفتار دوم: مراجعه به دادگاه در حین رسیدگی داوری.....
۲۱۱.....	بند اول: جرح داور.....
۲۱۲.....	بند دوم: لزوم صدور دستور موقت.....
۲۱۵.....	(۱) نداشتن اختیار.....
۲۱۵.....	(۲) اختیار داور بعد از انتصاب و قبول اوست.....
۲۱۶.....	(۳) دستور مرجع داوری فقط برای طرفها موثر است.....
۲۱۶.....	(۴) مشکل اجرای دستور داور.....

- ۲۱۷..... (۵) دشواری اجرای فوری
- ۲۱۷..... گفتار سوم: مراجعه به دادگاه در پایان جریان رسیدگی
- ۲۱۸..... بند اول: ابلاغ رای داور
- ۲۱۸..... بند دوم: اجرا و ابطال رای داور
- ۲۲۳..... بخش چهارم: شروع و خاتمه خدمت داور
- ۲۲۳..... گفتار اول: انتخاب داور: شروع خدمت داور
- ۲۲۶..... گفتار دوم: ملاحظاتی در تعیین داور
- ۲۲۶..... بند اول: قصور در انتخاب داور: روش‌های گوناگون
- ۲۲۹..... بند دوم: تعداد داوران
- ۲۳۲..... بند سوم: حق‌قدای بودن یا نبودن داور
- ۲۳۴..... بند چهارم: استادان دانشگاه
- ۲۳۵..... بند پنجم: داورى چند جانبه (ادغام، ورود و جلب ثالث)
- ۲۴۳..... بند ششم: داورى شخص حقوقى ممکن یا ناممکن؟
- ۲۴۶..... بند هفتم: داورى زنان
- ۲۴۷..... گفتار سوم: نحوه انتخاب داور
- ۲۴۹..... بند اول: انتخاب مستقیم یا بی واسطه داور
- ۲۵۱..... بند دوم: انتخاب غیر مستقیم یا با واسطه داور
- ۲۵۴..... بند سوم: انتخاب داور در داورى‌های سازمانی
- ۲۵۶..... الف) انتخاب سه داور
- ۲۶۰..... ب) انتخاب داور واحد
- ۲۶۱..... بند چهارم: انتخاب داور در داورى‌های موردی
- ۲۶۴..... گفتار چهارم: مقام ناصب کیست؟
- ۲۶۹..... بند اول: مراجعه به کدام دادگاه؟
- ۲۷۲..... بند دوم: حق امتناع از دخالت
- ۲۷۳..... بند سوم: تعیین دو مقام ناصب
- ۲۷۵..... بند چهارم: نحوه کار مقام ناصب
- ۲۷۹..... بند پنجم: استقلال و بیطرفی مقام ناصب
- ۲۸۱..... بند ششم: حدود صلاحیت مقام ناصب

۲۸۲.....	بند ہفتم: استحقاق مقام ناصب بہ دستمزد.....
۲۸۴.....	بند ہشتم: زبان مقام ناصب.....
۲۸۴.....	گفتار پنجم: اسباب و آثار خاتمہ خدمت داور.....
۲۸۵.....	بند اول: استعفا.....
۲۸۷.....	بند دوم: قوت.....
۲۹۰.....	بند سوم: جنون.....
۲۹۱.....	بند چہارم: تراضی طرف ہا با یکدیگر.....
۲۹۱.....	بند پنجم: جرح.....
۲۹۶.....	یک) علل جرح.....
۲۹۶.....	۱) نداشتن استقلال و بیطرف نبودن.....
۳۰۶.....	۱-۱) استقلال داور.....
۳۰۹.....	۱-۲) بیطرفی داور.....
۳۲۴.....	۲) نداشتن صفات مورد نظر طرف ہا.....
۳۲۴.....	۳) جنون داور.....
۳۲۶.....	دو) آثار جرح.....
۳۲۷.....	۱) بر داور.....
۳۲۷.....	۲) بر روند رسیدگی.....
۳۲۸.....	۳) بر رأی داور.....
۳۳۱.....	سہ) جلوگیری از جرح داور.....
۳۳۱.....	۱) تکلیف افشاء: صدور اعلامیہ.....
۳۳۵.....	۲) تابعیت داور واحد یا داور سوم.....
۳۳۶.....	۳) صلاحیت شخص داور.....
۳۳۸.....	۴) در دسترس بودن و فرصت کافی داشتن داور.....
۳۴۱.....	۵) دانستن زبان داوری.....
۳۴۲.....	۶) مصاحبہ با داور مورد نظر قبل از انتصاب.....
۳۴۴.....	چہار) مرجع صالح رسیدگی بہ جرح.....
۳۴۶.....	گفتار ششم: انتخاب داور جانشین.....

- بخش پنجم: عملکرد داور ۳۵۱
- گفتار اول: تصویر کلی از اداره جریان داورى ۳۵۲
- گفتار دوم: شروع مدت زمان داورى ۳۶۵
- گفتار سوم: قبول داور ۳۶۶
- بند اول: داشتن توانایی و تخصص داور ۳۶۷
- بند دوم: داشتن فرصت کافی برای رسیدگی ۳۶۸
- بند سوم: احراز صلاحیت ۳۷۰
- گفتار چهارم: ماهیت قرارداد داور ۳۷۶
- گفتار پنجم: انعقاد قرارداد داور: اولین جلسه رسیدگی ۳۸۱
- گفتار ششم: دعوت طرف‌ها به سازش ۳۹۹
- گفتار هفتم: تعیین قانون حاکم ۴۰۵
- گفتار هشتم: رعایت حقوق خواهان و خوانده: دادخواهی و دفاع ۴۱۴
- بند اول: تبادل لوایح ۴۱۷
- بند دوم: عدم حضور خوانده: رسیدگی در غیاب ۴۱۸
- گفتار نهم: اقدامات تأمینی ۴۲۲
- گفتار دهم: صدور قرار کارشناسی ۴۳۵
- بند اول: کارشناسی چیست؟ ۴۳۵
- یک) امکان صدور ۴۳۹
- دو) قلمرو ۴۴۱
- سه) پیامدها ۴۴۸
- چهار) عدول از قرار ۴۵۰
- بند دوم: اجرای قرار در عمل ۴۵۱
- گفتار یازدهم: استخدام دستیار ۴۵۵
- گفتار دوازدهم: شور داوران ۴۵۷
- گفتار سیزدهم: نمایندگی حقوقی و استخدام وکیل ۴۶۶
- گفتار چهاردهم: اشتباه داور ۴۷۶
- گفتار پانزدهم: صلاحیت ضمنی داور ۴۷۷

بخش ششم: اظهار نظر داور.....	۴۸۵
گفتار اول: انواع رأی.....	۴۸۸
بند اول: رأی نهایی.....	۴۸۹
بند دوم: رأی جزئی.....	۴۹۱
بند سوم: رأی سازشی.....	۴۹۲
بند چهارم: رأی تفسیری.....	۴۹۶
بند پنجم: رأی تصحیحی.....	۴۹۷
بند ششم: رأی تکمیلی.....	۴۹۸
گفتار دوم: اجزای رأی.....	۵۰۱
بند اول: رأی نهایی و جزئی.....	۵۰۱
بند دوم: رأی سازشی.....	۵۰۳
بند سوم: رأی تصحیحی، تفسیری و تکمیلی.....	۵۰۳
بند چهارم: نظر جداگانه (موافق و مخالف یا کاملاً مخالف).....	۵۰۴
گفتار سوم: اثر امر مختوم داشتن رأی داور.....	۵۰۶
گفتار چهارم: بازنگری و انتشار رأی.....	۵۰۷
بند اول: بازنگری در پیش نویس رأی.....	۵۰۷
بند دوم: فایده انتشار رأی داور.....	۵۱۰
گفتار پنجم: شرایط لازم در رأی.....	۵۱۴
گفتار ششم: نگارش رأی.....	۵۱۶
بند اول: احراز صلاحیت رکن مهم رسیدگی.....	۵۱۹
بند دوم: پیشداوری هرگز.....	۵۲۰
بند سوم: ختم رسیدگی شتاب آلود هرگز.....	۵۲۱
بند چهارم: نقل مستقیم اظهارات طرف‌ها.....	۵۲۳
بند پنجم: توجه به قانون حاکم.....	۵۲۳
بند ششم: حکم کلی هرگز.....	۵۲۴
بند هفتم: اظهار نظر مبهم و دوپهلوی هرگز.....	۵۲۵
بند هشتم: مواعد و نحوه ابلاغ.....	۵۲۸
بند نهم: موجه و مستدل بودن.....	۵۲۸
بند دهم: هماهنگ بودن تمام اجزا.....	۵۳۰

بند یازدهم: منظم بودن.....	۵۳۱
بند دوازدهم: امضا کردن رای بدون تعجیل.....	۵۳۴
بند سیزدهم: بخش اجرایی رای.....	۵۳۵
بند چهاردهم: اظهار نظر برای کل خواسته خواهان.....	۵۳۷
بند پانزدهم: توجه به قابلیت اجرا.....	۵۳۸
بند شانزدهم: قطعی بودن و مبهم نبودن.....	۵۳۹
بند هفدهم: ابلاغ رأی.....	۵۴۰
بند هجدهم: مدت زمان داوری.....	۵۴۱
گفتار هفتم: برگ بازبینی شکل رای داور.....	۵۴۲
بخش هفتم: مخالفت با نظر داور.....	۵۴۹
گفتار اول: استثنایی بودن جهات ابطال رأی داور.....	۵۴۹
گفتار دوم: جهات ابطال رأی.....	۵۶۵
بند اول: عدم رعایت قرارداد داوری.....	۵۶۷
بند دوم: عدم رعایت قانون.....	۵۶۸
بند سوم: قانون موجد حق.....	۵۶۹
گفتار سوم: اثر پذیرش اعتراض به رأی داور.....	۵۷۴
سخن آخر: داور خوب یا اور قاضی است.....	۵۷۷
پیوست‌ها.....	۵۸۱
۱- راهنما الگوی انجمن وکلای بین المللی در تعارض منافع در داوری بین المللی.....	۵۸۳
۲- بازنگری رای در مرکز داوری اتاق ایران:.....	۵۹۱
(۲-۱) نمونه ای از رای و اظهار نظر اعضای دیوان در مرکز داوری اتاق ایران.....	۵۹۱
(۲-۲) اظهار نظر اعضای دیوان به این رای.....	۶۲۸
(۲-۳) واکنش داوران به اظهار نظر دیوان.....	۶۳۴
فهرست تحلیلی.....	۶۳۷
کتابنامه.....	۶۵۳

مقدمه: نگاهی تاریخی

چو غنچه گرچه فروستگی است کار جهان
تو همچو باد بهاری گره گشای باش
حافظ

الف) از دوران عدالت خصوصی تا عدالت عمومی

«گذشته چراغ راه آینده است». ما حقوقدانان به مطالعات تاریخی و به بررسی نیازها و مشکلات زندگی اجتماعی علاقه‌ای نشان نمی‌دهیم تا ارتباطی بین قواعد موجود و نیازهای مردم را بیابیم و اثر تغییرات را در کاهش یا افزایش خرسندی یا ناخرسندی مردم ببینیم؛ اگر زمان حاضر را فراموش کنیم و چند لحظه‌ای آن زمان که عصر انسان‌های نخستین نامیده می‌شود تصور کنیم و از آنجا نگاهی سریع و کاوشگرانه به روابط اشخاص با یکدیگر بیفکنیم و به جهان امروز برگردیم؛ از منظر موضوع بررسی ما یعنی چگونگی حل و فصل اختلاف بین مردم آن روزگار در می‌یابیم که از دادگاه و دادگستری اثری نبوده است؛ مردم با زور و دلبخواهانه اختلافاتشان را حل و فصل می‌کردند و البته با قواعدی کمتر زندگی. جنگیدن و

خسونت عادی بود و از قلم و کتابت و گفتگو خبری نبود. در بهترین حالت اگر ذوق هنری انسان نخستین گل می کرده نقشی بر دیوار غاری می کشیده یا می کوشیده سلاحی بهتر و کارآتر برای شکار و جنگ بسازد. کم کم آموخت که با دوستی بهتر می تواند زندگی کند و کاربرد زور گاهی بخودش یا عزیزانش هم آسیب می زند.

«دادخواهی فردی هر چند نبردهای خونینی را در میان قبیله‌ها برمی انگیزد، در زمان خود وسیله موثری در مبارزه با بزهکاری تلقی می شد. زیرا، ترس از نبردهای سهمگین که گاه حیات یک قبیله را به خطر می انداخت، افراد را از تجاوز به حقوق افراد قبیله‌های دیگر باز می داشت»^۱.

اگر اختلافی بوجود می آمده آن را به نزد دیگران می برده تا شخص ثالث آن را حل و فصل کند. اما نه سلاح را زمین گذاشته بود و نه حق به کار بردن روز را از خودش سلب کرد.

«نخستین مرحله از مراحل تکامل قانون آن بوده است که هر کس خود انتقام می گرفته است؛ انسان اولیه می گفت: «انتقام گرفتن به من تعلق دارد و خود رفع ضرری را که به من رسیده است خواهم کرد ... گام دوم که به

^۱ دکتر محمد علی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست (ویراست دوم) ج.سی.ام، زمستان ۱۳۹۲، بنیاد حقوقی میزان، ص ۸۵ اگر چه موضوع بررسی ما جنبه کفری ندارد اما برای اطلاع از سیر تحول تاریخی که به آن اشاره کرده‌ایم می‌توانیم به همین کتاب صص ۸۳ تا ۹۰ رجوع کنید نیز به سزار بکاریا، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه دکتر محمد علی اردبیلی، نشر میزان؛ می ری دلماس مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، بنیاد حقوقی میزان؛ پرویز صانعی، حقوق و اجتماع: رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی، طرح نو، ۱۳۸۱. چون متأسفانه متخصصان ایرانی حقوق خصوصی ضرورتی به بررسی‌های تاریخی ندیده‌اند؛ اما متخصصان حقوق جزا و جرم شناسی به تحولات تاریخی و آثار آن در نوشته‌های خودشان توجه کرده‌اند.

طرف قانون و مدنیت برداشته شده آن بوده است که جریمه را جانشین انتقام ساخته اند ... سومین گامی که برای تکامل قانون و حقوق برداشته شده ایجاد محاکمی بوده است که در آن روسا و کاهنان و پیرمردان پهلوی یکدیگر می نشستند و در اختلاف میان مردم قضاوت می کردند؛ ولی این مجالس همیشه برای قضاوت نبوده، بلکه بیشتر اوقات عنوان اصلاح ذات البین و آشتی دادن میان طرفین را داشته و کاری می کرده است که راه حلی مرضی الطرفین پیدا شود. در طول قرنهای متمادی و میان بسیاری از ملت ها، عمل ارجاع قضیه به محکمه، عملی اختیاری بوده و اگر کسی که به او ظلم شده، یا خانواده اش به حکم محکمه راضی نبودند، کمال آزادی را داشتند که به انتقام و خونخواهی فردی توسل جویند ... گام چهارمی که قانون در تکامل خود برداشته، روزی بوده است که دولت، خود متعهد شده است که از تجاوز جلو گیرد و متجاوز را کیفر دهد...^۲

اما به کار بردن زور و جنگیدن و ناامنی انسانها را می آزد و آنها را وادار ساخته بود که در بین جنگ ها استراحتی نکنند و تجدید قوایی تا در جنگ بعدی بهتر بتوانند دشمنان را از بین ببرند؛ کم کم پیمان بستن را آموختند؛ اما پیمان ها را چنان می بستند که می توانستند بشکنند و چنان می شکستند که بتوانند ببندند.^۳ آن کس که دشمنان را از میدان به در می کرد در جامعه

^۲ ویل دورانت، مترجمان احمد آرام، ع. پاشایی و امیرحسین آریان پور، تاریخ تمدن: مشرق زمین گاهواره تمدن، شرکت سهامی انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، چ سوم، ۱۳۷۰، صص ۳۵ و ۳۶.

^۳ برای آشنایی با معاهده در نظام بین المللی رک. دکتر هدایت الله فلسفی، حقوق بین الملل معاهدات، ویراست سوم، با تجدید نظر و اضافات ناشر فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، تهران ۱۳۹۱. و نیز برای اطلاع از برداشت هایی که استفاده از زور و جنگیدن در زمان های قدیم داشت رک. هوگو گروسیوس، حقوق جنگ و صلح، ترجمه دکتر حسین پیران، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چ اول، ۱۳۹۳.

خودش فرمان روا می شد و با زیردستان خودش آن گونه که دوست داشت رفتار می کرد. اگر جان ایشان را می ستاند یا مالشان را! کسی جرات اعتراض یا مقاومت نداشت.

« در آن دوران (سده دوازدهم میلادی) هر کس خادم دیگری به شمار می آمد و از برکت وجود اربابی، صاحب قطعه زمینی یا خانه ای می شد و در برابر آن از جان و مال در راه ولی نعمت خویش دریغ نمی داشت ... خود را به جای یکی از مردم آن زمان پندارید . مثلاً اگر برزگری بودید و در ملک ایلخانی کار میکردید، وظایف مخصوص بر عهده داشتید با آن که از حقوق و امتیازاتی برخوردار بودید، آزادی بیان، آزادی مذهب، رهایی از فقر و احتیاج، و نیز رهایی از ترس برای شما کلماتی ناشنیده می بود. حتی نمی توانستید از ملک ایلخان بی اجازه بیرون روید، یا خدمت او را ترک کنید... شما بی آن که حق چون و چرا داشته باشید، آنچه را که پادشاه، ارباب یا کلیسا به عنوان مالیات طلب می کرد ناگزیر به پرداخت آن بودید... هرکسی در زمین و ده خود حاکم مطلق بود، و اراده و میل او قانون محسوب می شد. بریدن گوش یا زبان یا دست و پا از مجازاتهای معمول آن زمان بود. اگر کسی جرات آن را داشت که در برابر این بیادگری ها قد علم کند و به یاری عده ای علم طغیان بر دارد، پایان کارش بی شک آویخته شدن به چوبه دار بود. اگر کسی از اقرار به اتهامات علیه خودش سر باز می زد، آن قدر او را شکنجه می دادند که دست از سرسختی بردارد و آنچه را که از او می خواهند اقرار کند... اشراف و توانگران حق داشتند که با هم از در ستیز درآیند... سرانجام روحانیان و اشراف همعنان شدند و پادشاه را بر آن داشتند بر فرمانی صحه گذارد که برای هر طبقه و فردی حقوقی در برداشت. این فرمان "ماگناکارتا" یا فرمان کبیر خوانده شد. در دوران حکومت ایلخانی میان پادشاه و اشراف و روحانیان، جدال و کشمکش قرن ها همچنان درگیر بود. اما ماگناکارتا کم به صورت ماده اساسی درآمد و میزان حل اختلاف

نظرها شد؛ و نیز به موجب آن حقوق مادی برای تمامی افراد پدید آمد.^۴

اعتراض‌ها با زور سرکوب می‌شد از برابری انسانها با یکدیگر و بهره‌مندی از حقوق خبری نبود. در جوامع آن روزگار مردم همانند اموال فرمان روا بودند؛ نابرابری، فقر و بلا تکلیفی زیردستان را به اعتراض علیه فرمانروای زورگو و می‌داشتند و انقلابات و اعتراض‌های زیادی بوجود آمد. تحدید حدود قدرت حاکمان و پذیرش این اصل که حاکمیت از آن مردمی است که در سرزمینی مشخص با یکدیگر زندگی می‌کنند و حکمران به نام مردم و برای مردم قدرت را در دست دارد نه عطیه ایزدی و نه ارثیه پدری؛ ایجاد دادگستری معلول و ثمره تفکیک کردن قوای موجود در یک کشور است^۵ تا نه قدرت در دست یک نفر بیفتد و قدرت‌ها یکدیگر را مهار کنند. برای جلوگیری از افراط و تفریط و احترام به جان و مال و آزادی انسان‌ها مقرراتی وضع شد و سرپیچی از آنها با مجازات همراه و این نماینده عموم که دولت نام گرفت به جای تک‌تک افراد تجاوز به این مقررات را کیفر می‌داد یا جبران می‌کرد و نظم را برقرار می‌کرد و می‌کند. خوشبختانه مردم امروزه اصل را بر این نهاده‌اند که متمدنانه و مهربانانه و برابر با یکدیگر

^۴ جیمز داگرتی، ترجمه ایرج ساویز، منشور بزرگ، ناشر شرکت سهامی انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۹، صص. ۳ تا ۵.

^۵ از منظر حقوق اساسی این بحث مطرح شده است که آیا تفکیک قوا واقعا اقتضاء می‌کند که از دو قوه قانونگذار و اجرایی سخن بگوییم و قضایه را جزیی از قدرت اجرایی بدانیم یا بر اساس نظر مونتسکیو عقیده به وجود سه قوه قانونگذاری، اجرایی و قضایی داشته باشیم. برای اطلاع بیشتر رک دکتر ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، دانشگاه تهران ج هفتم پاییز ۱۳۸۰، ص ۵۹۵ به بعد.

زندگی کنند. در روابط با یکدیگر زور به کار نبرند؛ وسیله عمده این کار تبعیت از قانون است که در ایجاد آن خودشان دخالت می کنند و برای رفع حوائج زندگی شان با یکدیگر قرارداد می بندند و وضع خودشان را پیشاپیش در مقابل هم روشن می کنند که هر طرف چه کار باید یا نباید بکند. برای پیشگیری از وقوع اختلاف قرارداد بستن و از آن مهمتر محترم شمردن قرارداد و پای بندی به آن شرط لازم است اما کافی نیست؛ چون ممکن است که بین طرف ها در این که آیا به قرارداد و قانون وفادار بوده اند و براساس آن عمل کرده اند یا خیر؟ اختلافی بوجود آید که در این حالت ناچارند به شخص ثالث مراجعه کنند که امروزه غالباً مراجع رسمی احقاق حق دادگاههای دادگستری است که اصولاً با همه مردم یکسان رفتار می کند و اصل در کارش این است که هرکس زودتر طرح دعوا کند به دعوایش زودتر رسیدگی می شود و برای تمام اختلافات حقوقی دادرسان را با شرایطی یکسان استخدام می کند؛ پس توقع تخصص در مسائل پیچیده و سرعت در رسیدگی از ایشان نباید داشت. اما در گذشته های دورتر شخص خردمند، درستکار و دادگر و امین بوده که طرف ها هم خودش و هم راهکارش را قبول داشتند.

در هر جامعه انسانی، سازمان قضایی، یعنی سیستمی که قاعده حقوقی را تصدیق کند، پاسخگوی نیازی اولیه، یعنی تامین منافع فردی و جمعی است. امر قضاء از چنان منزلتی برخوردار است که به جرات می توان آن را شرط بقاء و پیشرفت هر جامعه دانست، زیرا دستگاهی که بتواند حق را برپا بدارد، یقیناً ضامن صلح اجتماعی است. از همین روست که منزلت دستگاه قضائی در هر کشور، و نحوه اداره آن نشان دهنده میزان تمدن آن کشور

است: هر کجا از عدالت (دادگستری) نشانی نباشد، از دولت هم خبری نیست. با همه این احوال، انسانها دیرزمانی از داشتن دستگاه (سیستم) قضائی محروم بودند. قرن‌ها گذشت تا انسان به ضرورت وجودی چنین دستگاهی پی بردند، و این درست در آن هنگام بود که افراد از آزادیهای اولیه و ابتدایی خود به نفع جامعه صرف نظر کردند. در نتیجه جامعه به آنان هم قانون داد و هم قاضی. پیش از آنکه دادگستری نظم و نسقی بگیرد، در هر جامعه انسانی عدالتی سبعانه وجود داشته است؛ به این صورت که هر کس تلاش می کرده است تا به مدد عوامل و وسایلی که در اختیار او بوده، ضرر و زبانی را که بر او وارد می شده جبران کند: عدالت خصوصی. در این میان زور تنها وسیله ای بود که با توسل بدان هر کس می توانست حتی را که مدعی آن بود باز ستاند. به همین سبب، وقتی عرف زمانه باعث شد متضرر در اعمال حق خود به بعضی آیینهای شکلی احترام بگذارد، توفیقی عظیم نصیب جامعه شد. البته، پس از سپری شدن ایامی چند، افراد به این نتیجه رسیدند که توسل به زور وسیله ای مطلوب و کافی برای صیانت نفس و مال نیست، زیرا به خوبی دریافته بودند که اگر طرف مقابل قوی تر باشد، از زور مداری چیزی نصیبشان نخواهد شد. پس منفعت آنان در این بود که یا با مصالحه، و یا با ارجاع امر به داور بی طرف، که با تراضی خود آنان به این سمت گمارده می شد، اختلافاتشان را فیصله دهند. با کاهش یافتن میزان اغتشاشات و بی نظمی، معلوم شد که این قبیل راه حلهای ضامن منافع جمع است. به همین سبب، جامعه خود تلاش کرد تسهیلاتی برای حل مسالمت آمیز اختلافات تدارک ببینند: ابتدا صاحب منصبانی را مأمور کرد طرفهای دعوا را راهنمایی کنند، سپس قضائی را تربیت نمود که آماده بودند اختلافاتی را که افراد به داوری می بردند حل و فصل کنند. آنگاه که این آیین استقرار یافت، جامعه گامی دیگر برداشت و آن آیین را سازمان داد، به این صورت که اقامه دعوا در محضر قاضی را اجباری، و آزادی عمل طرفهای دعوا را تا حد اجرای خصوصی احکام محدود کرد ... اما پس از چندی، این آخرین یادگار دوران اولیه تاریخ نیز به فراموشی سپرده شد، و جامعه، اجرای احکام قضایی را به کارگزاران خود سپرد. در پایان این دوران

تاریخی، دادگستری کاری خصوصی قلمداد نمی شد، بلکه اشتغالی اجتماعی و یکی از مهمترین خدمات عمومی دولت به شمار می آمد. هندوها و عبرانیان و ایرانیان و یونانیان در مشرق زمین، و رومیها و سلتها و ژرمنها و فرانکها در مغرب زمین، همه این تغییرات و تطورات را پشت سر گذاشته اند. دادگستری - در شکل تکامل یافته خود- و قانون و قدرت عمومی مبانی اصلی جامعه سیاسی عصر جدید به شمار می آیند. هر یک از این سه عنصر اشتغالی معین دارد، و هر گاه به هم متصل شوند و وحدت بیابند، در جهت تحقق هدفی متعالی یعنی استقرار و حفظ صلح اجتماعی فعال می شوند. با آنکه این سه عنصر قابل تفکیک از یکدیگر نیستند، همیشه همبودی نداشته اند؛ چنانکه ابتداء قانون (به شکل عرف) ظاهر شد، سپس دادگاه هایی بنیاد گرفت، و آنگاه قدرتی عمومی در خدمت دادگستری کمر همت بست.

اما در جامعه بین المللی، برخلاف جوامع ملی، نظام حل و فصل اختلافات دولت ها هنوز مراحل ابتدایی رشد و تکامل خود را می پیماید، و به همین علت آیین قضایی فیصله اختلافات بین المللی از انسجامی مطلوب برخوردار نیست. زیرا در این جامعه قواعد حقوقی کلیتی همچون قواعد داخلی ندارند، و قدرتی عمومی ضامن اعمال آن قواعد نیست. با این وصف، این امر مانع از آن نبوده است که جامعه بین المللی بتواند در این مرحله دادگاهی جهانی داشته باشد؛ گو اینکه تا به حال، در همین جامعه دادگاه های بین المللی متعددی نیز بنیاد گذاشته شده است. این دادگاه ها که همگی موظف به اعمال قواعد حقوقی شده اند، پس از آنکه برای رسیدگی به دعوایی معین اعلام صلاحیت کردند، باید درباره صحت یا بطلان توصیف ها و تفسیرهای متفاوت هر یک از طرف های دعوا نظر قطعی خود را ابراز بدارند. با این حال، استدلال منطقی قضات دیوان بین المللی دادگستری در تمهید مقدمه و انشاء حکم بیشتر از سایر مراجع قضائی نمود داشته است. گذشته از این، دیوان بین المللی در رسیدگی به قضایا تنها به این امر نپرداخته است که اقتدار قاعده حقوقی را توجیه نماید، بلکه بیشتر تلاش نموده که با تحلیل امور و قضایا حکمی صادر کند که با

آن هر یک از طرف های دعوا را مجاب و منقاد سازد. البته با آنکه دیوان بین المللی دادگستری، در مقام رکن قضایی ملل متحد، موظف به حل اختلافات دولت ها بر اساس موازین حقوق بین الملل، و ایجاد ارتباطی منظم میان مقررات مختلف آن نظام است، چون قاعده نمی توانسته و نمی بایست خود را در چنان محدوده تنگی محصور کند، در عمل تلاش نموده است که با ترکیب قضایا متضاد و اجتماع آنها در یک قضیه ثالث، مفهوم امنیت را با مفاهیم عدالت و انصاف سازگار کند. از این رو کوشیده است ضمن توصیف وقایع، و تفسیر قواعد حقوقی میان مفاهیم موجود و واقعیات متضاد اجتماعی رابطه ای موزون ایجاد نماید، تا علاوه بر فیصله داری دولت ها، ماهیت ارزشهای بین المللی را نیز بنمایاند، زیرا ایجاد توازن میان ضرورت های حقوقی و نتایجی که از اعمال قواعد حقوقی بر موارد خاص به دست می آید، و همچنین شناخت ارزش های عینی بین المللی، در تحلیلی نهایی، موجب می شوند تا طرف های دعوا با رغبت در برابر احکام قضائی سر فروه آورند، و جامعه بین المللی به ارزش های حیات جمعی پی ببرد.^۶

ب) نبود صلاحیت اجباری در جامعه بین المللی

اگرچه در عرصه ملی کاربرد زور کمتر شد اما در عرصه خارجی تا اوایل قرن بیستم می توانستند زور به کار ببرند؛ چون نه کاربرد زور ممنوع بود و نه بین دولت ها یعنی نمایندگان مردم در عرصه جامعه بین المللی قدرتی برتر بوجود آمده بود تا قانونگذاری کند و قانون را اجرا و تخلف از قانون را مجازات کند.^۷ با نبود مرجعی فراتر از دولت ها در عرصه بین المللی

^۶ دکتر هدایت الله فلسفی، حقوق بین الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، ویراست سوم، ۱۳۹۱،

صص ۱۰۴۷ و ۱۰۴۸

^۷ برای اطلاع از ساختار جامعه بین المللی و مقایسه آن با نظام های ملی و نیز آگاهی از

دولت‌ها با یکدیگر عهد و پیمان می‌بستند و می‌بندند ظاهراً تمام دولت‌ها با یکدیگر مساوی و برابر انگاشته شدند و می‌شوند ولی در عمل از جهات گوناگون نابرابرند. هیچ دولتی حق دخالت در امور داخلی دولت دیگر را نداشت و مرجعی وجود ندارد که به اختلافات دولتها بدون رضایت ایشان رسیدگی کند نتیجه‌اش این شد که دادخواهی دولتی علیه دولت دیگر با رضایت دولت دیگر انجام می‌شود. در جامعه دولت‌ها مرجعی که صلاحیت اجباری برای حل و فصل اختلافات بین دولتها داشته باشد وجود ندارد و تنها راه حل ممکن تشکیل مراجع اتفاقی و اختیاری است که تنها به موضوعی رسیدگی می‌کند که طرف‌ها حل و فصل اختلافشان را در آن موضوع به آن مرجع سپرده‌اند. در جامعه بین‌المللی به داوری ارجاع کردن اختلاف را باید اتفاقی فرخنده دانست چون که دولتها علیه یکدیگر زور به‌کار نمی‌برند و دوستانه اختلافشان را حل می‌کنند.

ج) وضع اولین قانون داوری در ایران

قانونگذار ایران اولین بار در «قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب کمیسیون عدلیه» در ۲۶ رمضان و ۱۹ ذی‌عقده ۱۳۲۹ قمری در فصل دوم از باب هفتم این قانون با عنوان حکمیت از ماده ۷۵۷ تا ۷۷۹ در ۲۳ ماده و

یک تبصره اولین مقررات داورى در نظام نوپای ایران به روش جدید را بنسأ نهاد؛ و در قوانین بعدی مخصوصاً قانون آیین دادرسی مدنى ۱۳۱۸ و نیز در قانون آیین دادرسی مدنى ۱۳۷۹ هم بابی را به داورى اختصاص داده است. از وضع اولین مقررات داورى در ایران تاکنون بیش از صدسال مى گذرد^۸ اما با احتیاط باید مقررات داورى را بخش متروک قانون آیین دادرسی مدنى دانست؛ چون چندان از آن استفاده نمى شد یا از آن بحث.

(د) جایگاه داورى در نظام آموزشى ما

در دانشکده‌های حقوق کشور ما به دانشجو مى آموزند که «حق گرفتنى است!» تنها راه آن هم دادخواهى دادخواه در مراجع رسمى احقاق حق یا مشخصاً دادگاههای دادگستری است. دادگاههای دادگستری مخلوق اراده قانونگذار است که صنف و نوع و درجه‌شان را تعیین مى کند؛ براساس آنچه کمال مطلوب اوست و هرگاه چنانچه نارضایتی از کارشان داشته باشد بدون توجه به نظر دادخواهان و صاحب منصبان این مراجع؛ بیه انگیزه بهکرد و بهتر شدن نظام دادرسی و رسیدن به کمال مطلوب قانونگذار بنایی را که

^۸ البته نباید گمان کرد که آشنایی مردم ما با داورى محدود و منحصر به عمل قانونگذار است و از صدسال پیش آغاز مى شود. قدیمی ترین نمونه ای که من سراغ دارم و در دسترس همگان است: در گلستان سعدی است: "مردکی را چشم درد خواست پیش بیطار رفت که دوا کن بیطار از آنچه در چشم چارپای مى کرد در دیده او کشید و کور شد حکومت به داور بردند گفت برو هیچ تاوان نیست که اگر این خبر نبودى پیش بیطار نرفتی..." کلیات سعدی، به اهتمام محمد علی فروغی، انتشارات امیرکبیر، تهران ۱۳۶۳، ص ۱۶۰.

بیشتر ایجاد کرده بود براحتی دگرگون می‌کند؛ از آن می‌کاهد یا بر آن می‌افزاید یا به یکباره آن را برمی‌چیند و روشی جدید بنا می‌نهد؛ نتیجه این وضع نارضایتی دادخواهان است و بی‌توجهی پیمان شکنان به وجود دستگاه دادگستری: «برو هر کاری می‌خواهی بکن!» به دادگستری رفتن و دادخواهی کردن دردی است بر دردهای دیگر دادخواه. تغییرات پی در پی در نظام قضای ما از یک سو، از سوی دیگر بیشتر شدن تعداد دعاوی هم عاملی دیگر است که دادگری را آهسته می‌کند؛ و پیمان شکنان هم به لطائف الخیل می‌کوشند که تا می‌توانند دادرسی را طولانی‌تر کنند. اما خوشبختانه علم و اطلاع مردم امروزه بیشتر شده و می‌دانند که حل و فصل اختلاف لزوماً در دادگاه نباید باشد و قانونگذار هم چنین اجازه‌ای را به متعاملین داده است که اختلافات ناشی از معاملات شان را خودشان حل و فصل کنند.

در دانشکده‌های حقوق ما به دانشجوی می‌آموزند که ساختمان فعلی دادگستری چگونه است؟ نه در اندیشه ارتقاء دادن سازمان و ساختمان دادگستری هستند و نه در پی یافتن عناصر دادرسی عادلانه، چندان علاقه‌ای وجود ندارد که طرحی نو در اندازند و پاسخی برای این پرسش بیابند که چگونه می‌توان دستگاه دادگستری چابک، چیره و به‌دادگر ایجاد کرد؟ برای حل و فصل اختلافات اشخاص در اسرع وقت و به بهترین وجه چه کار باید کرد؟!