

بررسی داوری در فقه امامیه و حقوق افغانستان

علی رضا شجاعی^۱

چکیده

طبق بررسی‌های صورت گرفته حکمیت در فقه همان داوری در حقوق است، این شیوه از رسیدگی در حل و فصل اختلافات یکی از شیوه‌های سنتی و قدیمی است که سابقه طولانی در زندگی بشر دارد، یعنی قبل از این که نظام‌های حقوقی در دولت‌ها شکل گیرد، در فقه اسلامی به عنوان حکمیت مطرح بوده و فقها به آن توجه داشته است، البته که در فقه اسلامی بحث داوری و حکمیت تحت عنوان جداگانه و مستقل مطرح نگردیده ولی به مصادیق و موارد آن در قرآن کریم و روایات تصریح شده است، در قرآن کریم در سوره نساء آیه ۳۵، ۶۵ و ۵۹ به ضرورت انتخاب داوری و حکمیت تأکید می‌کند، از اهمیت روش و شیوه فوق، این است که به دو طرف دعوا این امکان را می‌دهد که بدون مراجعه به دادگاه با توافق و رضایت به فرد یا افرادی که مورد اعتماد می‌باشند برای تسریع حل و فصل اختلافات مراجعه نمایند، در حقوق افغانستان هم نهاد داوری تحت عنوان حکمیت به عنوان یک نهاد مستقل در حل و فصل اختلافات به رسمیت شناخته شده و در قوانین متعددی به آن اشاره شده است. از جمله در قانون اصول محاکمات تجاری که فصل یازدهم آن اختصاص به موضوع حکمیت پیدا کرده است و هم در قانون حکمیت تجاری به موضوع حکمیت پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: حکمیت، داوری، محاکمات تجاری، سازش، رسیدگی قضایی، قاضی تحکیم.

۱. گروه حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی (ص) العالمیه، کابل، افغانستان.

مقدمه

انسان موجود اجتماعی است زندگی اجتماعی، نیازمند تعاون و همکاری است، بدون تردید پذیرفتن داوری و حکمیت از سوی اصحاب دعوا، یکی از مصادیق روشن و بارز تعاون و همکاری در حل و فصل اختلافات بوده و موجب کاهش تنش نیز می‌شود، برخلاف رسیدگی از طریق رسمی و قضایی که در برخی موارد ممکن است موجب تنش‌های بیشتر هم بشود، گاهی هم اختلافاتی در آن بروز می‌کند، به‌طور کلی رسیدگی به اختلافات و حل و فصل آن به سه صورت یعنی از طریق سازش، رسیدگی قضایی و داوری امکان‌پذیر است که در این میان، موضوع داوری که در فقه از آن به قاضی تحکیم یاد شده است سابقه طولانی داشته و در حقوق هم از اهمیت و جایگاه خاصی برخوردار است؛ زیرا حجم زیاد پرونده‌ها که موجب طولانی‌تر شدن رسیدگی می‌شود از یک‌سو، مزیت‌های داوری از قبیل کاهش هزینه‌ها، صرفه‌جویی در وقت، حفظ اسرار و سرعت در رسیدگی از سوی دیگر موجب می‌شود که حل و فصل اختلافات از طریق داوری بیشتر مورد استقبال اطراف دعوا و مراجع قضایی قرار گیرد، بنابراین اطراف دعوا و مراجع قضایی نه تنها علاقه‌مند نیستند که دعوای به صورت قضایی از طریق دادرسی‌های رسمی مورد رسیدگی واقع شود، بلکه توصیه آن‌ها بر این است که اگر رسیدگی به صورت غیر رسمی، از طریق داوری صورت گیرد هم به نفع مراجع قضایی بوده و هم به نفع اطراف دعوا خواهد بود، لذا در این تحقیق سعی شده نهاد داوری در فقه امامیه و حقوق افغانستان مورد بررسی قرار گیرد.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. مفهوم داوری در لغت و اصطلاح

۱-۱-۱. مفهوم لغوی

با توجه به این که داوری در لغت معانی متعدد دارد، یکی از معانی آن قضاوت است، گویا این واژه گرفته شده از دادور بوده است که به معنای عادل است که برای سهولت در تکلم و رعایت فصاحت کلمه دال از آن حذف شده است (دهخدا، ج ۲، ص ۲۴۳).

- در قانون داوری تجاری افغانستان در ماده ۲ اصطلاحات مثل حکم (داور)، حکمیت، موافقت نامه حکمیت، قرار حکمیت و ... تعریف شده است:
- ۱- حکم: شخصی است که وظیفه حکمیت را در منازعات تجارتی به عهده دارد.
 - ۲- حکمیت: عملیه لازم الاجرائی است که به اساس آن حکم یا حکم‌ها یا اداره حکمیت بالأثر تقاضا و توافق طرفین یا قرار محکمه، خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات ناشی از قرارداد معاملات اقتصادی و تجارتی، انجام می‌دهند.
 - ۳- موافقت نامه حکمیت: موافقت نامه کتبی طرفین (طور ماده‌وار یا غیر آن) مبنی بر احاله کلی یا قسمی منازعات ناشی از قرارداد یا غیر آن به حکم، حکم‌ها یا بورد حکمیت است.
 - ۴- قرار حکمیت: تصمیم نهایی است که از طرف حکم، حکم‌ها یا بورد حکمیت یا محکمه در مورد حل و فصل منازعه اتخاذ می‌گردد.
 - ۷- دفتر ثبت مرکزی: اداره‌ای است که اسناد مربوط حکمیت در آن ثبت و نگهداری می‌گردد.

۱-۱-۲. مفهوم اصطلاحی

اندیشمندان حقوق تعاریف متعددی را برای داوری بیان کرده‌اند که به چند مورد مهم آن اشاره می‌گردد: داوری عبارت است از یک قضاوت خصوصی که با اراده دو طرف شکل می‌گیرد، بدین صورت که افراد در دعاوی مربوط به حقوق و منافع خصوصی خودشان، از مداخله مراجع رسمی صرف نظر کرده و تسلیم حکومت خصوصی اشخاصی بشوند که از نظر معلومات و اطلاعات فنی و یا از نظر شهرت، آن‌ها به درستکاری و امانت مورد اعتماد مخصوص آن‌ها هستند و این حکومت خصوصی را داوری (حکمیت) خوانند (یوسف‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۲۸) و یا در تعریف دیگر آمده است «داوری روش حل و فصل خصوصی اختلافات است» (کریمی، ۱۳۹۲، ص ۲۱).

قانون داوری ایران در ماده ۱ بند الف، داوری را این گونه تعریف کرده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متعاملین در خارج از دادگاه به وسیله شخص حقیقی

یا حقوقی مرضی طرفین و یا انتصابی.» در تعریف برخی از حقوق دانان آمده است: «داوری عبارت است از فصل خصومت توسط غیر قاضی و بدون رعایت تشریفات رسیدگی دعاوی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۲۸۴).

۱-۱-۳. مفهوم داوری در فقه

داوری در فقه همان (قاضی تحکیم یا حکمیت) است، به این صورت وقتی که دو یا چند نفر در امر مالی یا غیر مالی اختلاف پیدا می‌کنند و باهم توافق می‌کنند، که برای حل و فصل اختلاف، شخصی را به عنوان حکم انتخاب کنند و آنچه او به آن حکم می‌کند راضی می‌شوند، حل و فصل انتخاب توسط شخص ثالث بین دو نفر را «تحکیم» و آن شخص ثالث را قاضی تحکیم می‌گویند (محمدی گیلانی، ۱۳۶۰، ص ۶۳).

برخی از فقها قاضی تحکیم را این گونه تعریف کرده است «قضات تحکیم شخص یا اشخاصی هستند که اطراف دعوا تراضی کرده‌اند تا اختلافات خود را نزد او مطرح کنند و رأی و نظر او را در خصوص موضوع اختلاف بپذیرند و بدان عمل کنند (طوسی، ۱۳۵۵، ص ۱۶۵). یا در جای دیگر آمده است: «قاضی تحکیم آن قاضی است که طرفین دعوی به داوری و حکمیت او در میان خود رضایت دهند تا خلاف را فیصله دهد» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۸، ص ۴۳۴). خلخالی در مورد قاضی تحکیم می‌گوید: «حکم قاضی تحکیم: یعنی حکم کسی که طرفین دعوا او را برای داوری انتخاب نمایند» (خلخالی، ۱۴۲۲، ص ۲۵۴). بنابراین حکمیت در اصطلاح فقها عبارت است از رضایت مندی اصحاب دعوا به انتخاب یک شخص برای داوری و حل فصل اختلافات بین آنها، لذا بین مفهوم داوری در حقوق و فقه اختلافی به نظر نمی‌رسد.

۱-۲. رابطه حکمیت با داوری در حقوق

با توجه به شباهت‌هایی که اصطلاح داوری در حقوق، با نهاد مشابه آن یعنی (حکمیت) در فقه دارد، یکی از بحث‌های مهم که مطرح می‌شود این است که چه رابطه میان داوری در حقوق و حکمیت در فقه وجود دارد در این مورد نظریات مطرح

شده است که به صورت موجز به آن اشاره می شود.

۱. داوری همان حل و فصل اختلافات از طریق حکمیت است؛ به این صورت که اصحاب دعوا با تراضی شخص یا اشخاصی را به عنوان داور یا حکم انتخاب می کنند تا به اختلافات رسیدگی نماید (مدنی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۶۶). به عبارتی دیگر، داوری یک نوع حکومت قضایی خصوصی است که با انتخاب افراد صورت گرفته تا دعوا به صورت بهتر حل و فصل شود، این انتخاب یا به صورت عقد مستقل و یا در ضمن قرارداد ایجاد می شود که در ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی ایران به این موضوع اشاره شده است «متعاملین می توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز هرگونه اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند».

۲. نهاد داوری با حکمیت یا قضای تحکیم که در فقه مطرح است از چند جهت متفاوت است: اولاً این که حکم قضای تحکیم قابل نقض نیست مگر این که خلاف آن اثبات شود، ولی رأی داوران با توجه به این که نظر اصحاب دعوا در رأی داوری هم می تواند مؤثر باشد قابل تغییر است (قحطانی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۲۷). ثانیاً بر اساس ماده (۶۳۳) قانون آیین دادرسی مدنی ایران که داوری را یک نوع قرارداد دانسته است که صرفاً در دعاوی حقوقی کارساز و مؤثر است، با قضای تحکیم با عنایت به اطلاق ماده (۶) قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب که هم در دعاوی حقوقی و هم در دعاوی کیفری کارساز است متفاوت است (جمعی از مؤلفان، ص ۲۳۵).

۱-۳. ماهیت داوری

با توجه به بررسی های صورت گرفته، در مورد نهاد داوری نظریات متفاوت مطرح شده که به صورت مختصر به مهم ترین آن ها اشاره می شود:

۱-۳-۱. قراردادی بودن نهاد داوری

نخستین نظریه این است که داوری صرفاً یک روش ارادی برای حل اختلاف بوده که جنبه قراردادی آن غلبه دارد، به این صورت که دو طرف قرارداد قبل از این که دعایی به وجود آمده باشد در ضمن قرارداد، یا به صورت یک قرارداد مستقل موافقت

می‌کنند که در صورت بروز اختلاف برای حل و فصل آن به داوری مراجعه کنند، طبق این نظریه نهاد داوری در حوزه حقوق قراردادها قرار دارد و اصل آزادی طرفین در این خصوص حاکم بوده و قرارداد منشأ داوری است به گونه‌ای که داوری اعتبار خودش را از قرارداد کسب می‌کند و دو طرف بر اساس اصل آزادی اراده می‌توانند زمان و مکان داوری، تعداد و شخصیت داور یا داوران خود را و نیز قانون ماهوی و آیین دادرسی حاکم بر دعوا را تعیین کنند، در ضمن تشریفات دادرسی و صلاحیت داوری توسط اصحاب دعوا تنظیم می‌شود و آن‌ها هستند که بدون مداخله دستگاه قضایی دولتی، اختیارات و وظایف داوران را کنترل می‌کنند (تقی پور، ۱۳۹۶، ص ۱۸۰).

۱-۳-۲. قضایی بودن نهاد داوری

این نظریه برعکس نظریه اول بر نظریه دادگاهی و قضایی داوری تأکید داشته است، این نظریه که به نظریه صلاحیتی نیز معروف است، نهاد داوری را دارای وصف قضایی می‌داند، در این نظریه آنچه حرف اول را می‌زند دولت و حاکمیت است به عبارتی سخن دولت و حاکمیت، مافوق رضایت و اراده طرفین قرارداد است، طبق این نظریه داوری صرفاً در حوزه قضایی یک کشور و به شرط اجازه قانون حاکم بر داوری می‌تواند برگزار شود و حاکمیت اراده دو طرف دارای اثر کم یا فقط محدود به انتخاب داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلاف است و این انتخاب، صرفاً به این دلیل مؤثر است که قانون، آن را شناسایی کرده و به آن اثر بخشیده است و الا اراده طرفین قرارداد بدون به رسمیت شناختن حاکمیت اثری ندارد (تقی پور، ۱۳۹۶، ص ۱۸۸).

طرفداران نظریه فوق معتقدند که داوران شبیه قضات دادگاه‌ها بوده و اختیارات آن‌ها ناشی از دولت و حاکمیت است که به وسیله قانون اعطا می‌شود و داوران مثل قضات، ملزم به اعمال قواعد قانونی برای حل و فصل اختلافات هستند، چنانچه برخی از حقوق دانان هم بر این باورند که وظیفه داور بیشتر از قانون ناشی می‌شود (تقی پور، ۱۳۹۶، ص ۱۸۰).

۱-۴. مبانی داوری و حکمیت

۱-۴-۱. داوری در آیات قرآن

آیات قرآن یکی از مبانی مهمی است که می‌تواند دلالت بر مشروعیت داوری نماید: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (آل عمران، ۱۰۴)؛ و باید از شما گروهی باشند که به نیکی دعوت کنند و به کارهای پسندیده فرمان دهند و از کارهای زشت و ناپسند بازدارند و آنان رستگاران‌اند. بدون تردید در فرهنگ دینی یکی از مصادیق منکر و معروف، قهر و ناسازگاری و حل و فصل اختلافات از طریق داوری میان انسان‌ها است «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (نساء، ۳۵)؛ اگر از اختلاف بین زن و شوهر بیم دارید، داوری از کسان مرد و داوری از کسان زن برانگیزید، اگر آن دو (زن و مرد) سازش و آشتی خواهند، خداوند میانشان سازگاری پدید آورد.

هرچند آیه فوق به تعیین داوری در صورت اختلاف و ناسازگاری میان زن و شوهر دلالت دارد، ولی منحصر به آن نیست و می‌توان لزوم داوری در حد وسیع در محیط خانواده را نیز استفاده کرد؛ زیرا وقتی که نزاع و اختلاف در محیط کوچک خانواده برای قانون‌گذار غیر قابل تحمل باشد، تا آنجا که قانون‌گذار برای آشتی و اصلاح، قانون وضع نموده و داوری را الزامی می‌کند. درجایی که هم اصل اختلاف دارای اهمیت بیشتری است و هم آثار و تبعات بیشتری مانند درگیری‌های مختلف در جامعه دارد؛ به طریق اولی انتخاب داوری ضروری است. این تصور که تمامی اختلافات از طریق قضاوت‌های رسمی قابل حل باشد، تصور درست و صحیح نخواهد بود، زیرا مواردی وجود دارد که افراد دسترسی به قاضی و دادگاه ندارند و از سوی دیگر کثرت پرونده‌ها موجب می‌شود که رسیدگی مدت‌ها طول بکشد، بنابراین موضوع داوری خردمندانه‌ترین و بهترین روش برای حل اختلافات و بیرون رفت از مشکل است که قرآن کریم در مورد ناسازگاری زن و شوهر به آن تصریح کرده است.

۱-۴-۲. داوری در سنت

یکی از بهترین دلایل بر مشروعیت داوری وقوع آن در دوران حیات پیامبر اکرم (ص) است، سال چهارم هجرت پیامبر اکرم (ص) بعد از پایان جنگ خندق به مدینه بازگشت، جبریل بر ایشان نازل شد و دستور حرکت به سوی بنی قریظه را ابلاغ کرد. با دستور پیامبر (ص) مسلمانان به سوی بنی قریظه حرکت کردند و نماز عصر را در محل سکونت بنی قریظه اقامه نمودند. مسلمانان بنی قریظه را محاصره نمودند و این محاصره به مدت یک ماه طول کشید. بعد از محاصره، یهودیان بنی قریظه به پیامبر اکرم (ص) پیشنهاد کردند که ابولبابه بن عبد المنذر انصاری را برای داوری به سوی آنان اعزام نمایند و پیامبر اکرم (ص) هم موافقت نمودند. زنان و کودکان بنی قریظه هنگام ورود ابولبابه، او را با گریه و ناله استقبال کردند، این گریه ابولبابه را سخت مورد تأثیر قرار داد، بنی قریظه در مورد تسلیم شدن از ابولبابه مشورت خواستند، ابولبابه خبر کشته شدن آن‌ها را داد، پس از آن که ابولبابه متوجه شد که به خدا و رسولش خیانت کرده است، بیان داشت که به خدا قسم از جای خود حرکت نمی‌کنم تا این که خداوند توبه مرا قبول کند. پیامبر اکرم (ص) فرمودند که آیا راضی هستید که سعد بن معاذ درباره شما حکم کند؟ آن‌ها داوری سعد بن معاذ را پذیرفتند، سعد بن معاذ با احترام از پیامبر اکرم (ص) پرسید آیا شما هم داوری من را قبول دارید، پیامبر اکرم (ص) قبول کردند، سپس حکم کرد که زنان‌شان اسیر و اموال‌شان تقسیم گردد (ابن هشام، بی‌تا، ص ۲۴۴). این روش به این نکته اشاره دارد که سپردن حل و فصل اختلافات به داوری بهترین روش خواهد بود.

۱-۴-۳. حکم عقل

یکی از مستندات داوری، حکم عقل است. افراد نسبت به تعیین سرنوشت و استیفای حقوق‌شان آزاد هستند، یکی از حقوق تراضی افراد در انتخاب داور است (دوری، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۸۵). از سوی دیگر محدود کردن حل و فصل اختلاف‌ها از طریق قضاوت‌های رسمی و عدم جواز رجوع به داوری موجب عسر و حرج در میان افراد می‌شود، زیرا بسیاری از افراد در مناطق دورافتاده‌ای هستند که دسترسی به قضات ندارند و یا برایشان مشقت دارد (دوری، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۱۰۵).

۱-۴-۴. چهارم اجماع

یکی از دلایل مهم بر مشروعیت داوری، اجماع بر جواز داوری است: «إذا ترضی نفسان برجل من الرعیة یحکم بینهما وسألاه الحکم بینهما کان جائزاً بلا خلاف، فإذا حکم بینهما لزم الحکم و لیس لهما بعد ذلک خیار» (طوسی، ۱۴۱۸، ص ۴۱۷). در عبارت فوق به دو رکن اساسی داوری اشاره شده است تراضی و اتفاق دو طرف در انتخاب داور و الزام آوری حکم صادره از سوی داور.

۱-۵-۵. مزایای داور

۱-۵-۱. اقتضای طبیعت دعوا

گاهی اوقات طبیعت دعوا و اختلاف به گونه ای است که رسیدن به قدر متقین بسیار سخت و دشوار خواهد بود، مثلاً در روابط حقوقی زن و شوهر، فرزندان و دیگر خویشاوند که روابط بر اثر اعتماد شکل می گیرد و از همان ابتدا نه سند در کار است و نه شاهد وجود دارد، در چنین مواردی رسیدگی توسط داوری جواب داده و به نفع طرفین دعوا است.

۱-۵-۲. حفظ رابطه حسنه

گاهی دو طرف دوست دارند که اختلافات به گونه ای حل و فصل شود که به روابط حسنه دو طرف لطمه ای وارد نشود، مثلاً در یک شرکت تضامنی برای حسن اداره شرکت، شرکا نهایت حسن رفتار و تفاهم با یکدیگر دارند و اگر این رابطه حسنه آسیب ببیند ممکن است به اصل شرکت تأثیر منفی گذارد و حتی شاید موجب ورشکستی شرکت شود در صورت بروز اختلاف، شرکا همه علاقه مند هستند که اختلافات به گونه ای حل و فصل شود که حسن روابط حفظ شود و تجربه هم نشان داده است که رجوع به داوری بهترین گزینه برای تأمین حفظ رابطه حسنه است.

۱-۵-۳. حفظ اسرار

یکی از ویژگی های مهم داور، حفظ اسرار طرفین دعوا است، زیرا رسیدگی از طریق دادرسی قضایی رسمی و علنی است، یعنی هر کس می تواند به عنوان تماشاگر در

دادگاه حاضر شود و ممکن اطراف دعوا دوست نداشته باشند که برخی از مسائل علنی شود، بنابراین رجوع به داوری برای تأمین هدف حفظ اسرار ضرورت دارد.

۱-۵-۴. صرفه‌جویی

معمولاً رسیدگی قضایی و دادرسی بسیار پرهزینه است، مثل هزینه‌های دادرسی، تهیه رونوشت از اسناد و در برخی موارد هزینه وکیل و حق الزحمه کارشناس و یک سلسله هزینه‌های دیگر که بر اصحاب دعوا تحمیل می‌شود در حالی که هزینه داوری به مراتب کمتر از هزینه‌های قضایی و دادرسی است.

۱-۵-۵. وحدت قاضی

یکی از مشکلات دادرسی دولتی این است که علاوه بر تغییرات دادگستری، قضات هم دائماً در حال تغییر هستند، ممکن است در طول رسیدگی به یک پرونده چندین قاضی جابجا شود، حتی در برخی موارد دیده می‌شود که قضات در طول رسیدگی نظرات متفاوت نسبت به یک پرونده داده‌اند و نظرات قاضی که قبلاً رسیدگی کرده را قبول نکرده و رد کرده است (یوسف زاده، ۱۳۹۲، ص ۴۲).

۲. حکمیت یا داوری در حقوق افغانستان

قانون اصول محاکمات مدنی یک فصل را به‌صورت مستقل به داوری و حکمیت اختصاص داده است مثلاً در فصل یازدهم در ماده ۲۰۸ مقرر می‌دارد: «اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا را دارند درباره حل و فصل اختلافات خود و لو این که در محاکم تجارتی اقامه شده یا نشده باشد قبل از اصدار حکم محکمه به حکمیت (داوری) یک و یا چند نفر مراجعه نمایند.» در ماده بعدی به کیفیت رجوع پرداخته شده است به این صورت که دو طرف قرارداد می‌توانند مراجعه داوری را در ضمن عقد قرارداد یا به‌عنوان یک قرارداد مستقل تعیین نمایند، مثلاً در ماده ۲۰۹ همین قانون تصریح می‌کند «طرفین می‌توانند در اصل عقد و یا به‌موجب قرارداد جداگانه متعهد شود که در حال حدوث اختلاف بین آن‌ها به حکمیت مراجعه کنند». و نکته‌ای دیگر این که اگر چنانچه دو طرف قرارداد موافقت به داوری کردند، هیچ نهادی نمی‌تواند

در آن دخالت نماید، مثلاً در ماده ۸ قانون حکمیت تجارتي افغانستان به این موضوع تصریح شده است «زمانی که دو طرف قرارداد تراضی بر داوری و حکمیت می کنند هیچ نهاد نمی تواند در آن دخالت داشته باشد؛ محکمه یا ادارات دولتی نمی توانند در امور حکمیت مندرج این قانون مداخله نمایند، مگر اینکه در این قانون طور دیگری تصریح شده باشد».

۲-۱. طریق تعیین حکم در حقوق افغانستان

۲-۱-۱. تعیین حکم یا داور توسط طرفین قرارداد

به موجب ماده ۲۱۲ قانون اصول محاکمات، دو طرف قرارداد، در ضمن عقد و یا به عنوان یک قرارداد مستقل می توانند که حکم و یا حکم های متعدد را انتخاب نمایند، قانون گذار در ماده فوق به این صورت بیان می دارد «در صورتی که به موجب اصل قرارداد و یا عقد جداگانه بیش از یک حکم باید انتخاب شود ولی عده حکم ها و اشخاص آن ها معین نشده باشد، باید هر یک از طرفین یک نفر حکم تعیین نموده و هر دو حاکم یک حکم ثالث انتخاب نمایند». بنابراین اگر دو طرف عقد به اصل حکمیت و مراجعه به داوری موافقت نموده باشند، لازم و ضروری که مشخصات حکم و اطراف قرارداد مشخص شود، در ماده ۲۱۰ قانون اصول محاکمات تجارتي افغانستان آمده است «اگر در قرارداد جداگانه که به موجب آن طرفین اساس حکمیت را برای حل و فصل اختلافات خود قبول نموده اند به کدام حکم و یا حکم های معین موافقت به عمل آمده باشد رعایت نکات ذیل در آن مورد ضروری است، الف: بیان مشخصات هویت طرفین و حکم و حکم ها به طور واضح. ب: بیان موضوع متنازع فیه که می باید از طریق حکمیت حل و فصل شود».

۲-۱-۲. تعیین حکم یا داور از طریق دادگاه

طبق ماده ۲۱۳ قانون اصول محاکمات تجاری افغانستان، چنانچه دو طرف قرارداد در تعیین حکم به موافقت نرسند و یا فوت و استعفا نمایند، محکمه برای انتخاب حکم اقدام می کند؛ طبق این ماده مواردی که محکمه اقدام به تعیین حکم خواهد کرد

عبارت‌اند از:

۱. اگر به موجب قرارداد بین دو طرف حل اختلافات به حکم واحد راجع شده باشد و طرفین نتوانند در انتخاب حکم مذکور توافق نظر حاصل کنند.
۲. در صورتی که حکم یکی از طرفین مستعفی شود و یا فوت نماید و یا اهلیت حکمیت را از دست بدهد و طرف مذکور نتواند در ظرف ۱۰ روز از تاریخ فوت و یا استعفا حکم مذکور عوض آن‌ها تعیین کند.
۳. در تمامی موارد که طرفین به تعیین حکم‌ها به موجب اصل عقد یا قرارداد جداگانه با احکام این قانون مکلف باشند و یکی از آن‌ها بتوانند در ظرف ده روز از تاریخ علم به تعیین حکم طرف مقابل حکم خود را تعیین کند.

۲-۱-۳. افرادی که دادگاه حق ندارد آن‌ها را داور انتخاب کند

- بر اساس مفاد ماده ۲۱۶ قانون اصول محاکمات تجارتي، دادگاه و محکمه حق ندارد اشخاص ذیل را به عنوان حکم تعیین نماید، مگر با موافقت طرفین:
- الف. شخصی که در دعوا ذی نفع باشد.
 - ب. شخصی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت درجه اول نسبی و سببی داشته باشد.
 - ج. شخصی که وکیل و یا مباشر امور یکی از طرفین دعوا است و یا یکی از طرفین دعوا مباشر امور اوست.
 - د. کسی که وارث یکی از اصحاب دعوا باشد.
 - ه. رؤسا و اعضای محاکم ثالثه تجارتي مأمورین دولت در حوزه مأموریت آن‌ها.

یکی از سؤالات که مطرح می‌شود این است که آیا حکم‌ها بعد از قبول حکمیت و داوری می‌توانند، استعفا بدهند؟ قانون اصول محاکمات تجارتي افغانستان استعفاي حکم را بعد از قبول حکمیت و داوری نپذیرفته است، مگر این که عذر موجه وجود داشته باشد، ماده ۲۱۸ قانون فوق مقرر داشته است «حکم‌ها پس از قبول حکمیت حق استعفا ندارند، مگر در حال عذر معقول از قبیل مسافرت، مریضی و غیره». ولی اگر دو طرف قرارداد به صورت کتبی درخواست عزل حکم را مطالبه کنند، در این

صورت حکمیت از بین می‌رود، این موضوع در ماده ۲۲۱ قانون اصول محاکمات آمده است: «در صورتی که طرفین تحریراً از بین رفتن حکمیت را مطالبه کنند حکمیت از بین می‌رود».

۲-۲. موارد عدم اعتبار رأی حکمیت (داوری)

به موجب ماده ۲۲۶ قانون اصول محاکمات تجارتی افغانستان، رأی حکمیت و داوری در موارد ذیل از اعتبار ساقط است:

۱. در حالی که رأی حکمیت مخالف قوانین مملکتی باشد.
۲. در صورتی که حکم موضوع حکمیت را گذاشته درباره مطلبی که موضوع حکمیت نبوده رأی داده باشد.
۳. هرگاه رأی حکمیت بعد از سپری شدن مدت حکمیت صادر شده باشد.
۴. در صورتی که رأی حکمیت مخالف محتویات اسناد رسمی باشد که به دفتر قضایی تجارتی ثبت رسیده است.

بر اساس ماده ۲۲۸ قانون اصول محاکمات تجارتی افغانستان، حق الزحمه و کارمزد حکم و حکم‌ها به عهده دو طرف قرارداد است؛ به این صورت که دو طرف معامله به صورت منصفه باید حق الزحمه و کارمزد حکم‌ها را پرداخت نمایند. متن ماده فوق به این صورت است «حق الزحمه حکم‌ها به طور منصفه بر ذمه طرفین است مگر این که در قرارداد حکمیت ترتیب دیگری جهت تأدیه حق الزحمه مقرر شده باشد».

چنانچه حکم در ضمن قرارداد یا به عنوان یک قرارداد مستقل معین نشده باشد، طبق ماده ۲۱۱ قانون اصول محاکمات تجارتی افغانستان دو طرف می‌توانند بعداً حکم خودشان را تعیین نمایند، ولی اگر در مورد تعیین حکم به اتفاق نظر نرسیدند با دخالت محکمه و دادگاه حکم یا داور تعیین می‌شود: «در صورتی که طرفین در اصل عقد و یا به موجب قرارداد جداگانه حکم و یا حکم‌های خود را قبلاً معین نکرده باشند می‌توانند متعاقباً به موافقت طرفین این عمل را انجام دهند و هرگاه در تعیین

حکم اتفاق نظر طرفین حاصل نشود در آن صورت تعیین حکم از صلاحیت محکمه مربوطه است». یا در قانون داوری تجارتي افغانستان در ماده ۱۹ در بند ۱ مقرر شده است: «هرگاه طرفین بر طرز تعیین حکم یا حکم‌ها موافقت ننموده باشند، حکم یا حکم‌ها به طور ذیل تعیین می‌گردد:

۱. در صورتی که برای رسیدگی منازعه سه حکم لازم باشد، هر یک از طرفین، یک حکم را تعیین می‌نماید، در این صورت دو حکم تعیین شده حکم سوم را تعیین می‌کنند، هرگاه هر یک از طرفین در خلال (۳۰) روز از تاریخ درخواست طرف مقابل بتوانند حکم را تعیین نمایند یا در صورتی که دو حکم، حکم سوم را در خلال (۳۰) روز از تاریخ تعیین حکم دوم، انتخاب ننمایند محکمه حکم را در خلال (۳۰) روز بعد از تاریخ درخواست یکی از طرفین تعیین می‌کند.

۲. هرگاه منازعه توسط یک حکم حل و فصل شود و دو طرف بتواند در آن مورد به موافقت برسد، در این صورت محکمه در خلال (۳۰) روز از تاریخ درخواست یکی از طرفین حکم را تعیین می‌نماید.

۳. هرگاه طرفین به طرز تعیین حکم‌ها موافقت ننموده باشند ولی یکی از طرفین طبق طرزالعمل تعیین حکم، عمل ننماید یا طرفین یا حکم بتوانند طبق طرزالعمل به موافقت متوقعه نائل شوند یا شخص ثالث به شمول دفتر حکمیت و جایی را که طبق طرزالعمل متذکره به آنان محول شده است، بتوانند انجام دهند در این صورت هر یک از طرفین می‌توانند، از محکمه اتخاذ تدابیر لازم را درخواست نمایند، مگر این که در موافقت طور دیگری تصریح شده باشد.

۲-۳. تعیین محل داوری (حکمیت)

دو طرف قرارداد در انتخاب محل داوری آزاد بوده و می‌توانند نسبت به حل و فصل دعوا در جا و محل معین موافقت نمایند و چنانچه اگر محل داوری توسط دو طرف قرارداد مشخص نشده باشد مورد حکمیت یا همان (دادگاه) محل داوری را مشخص می‌کند، ماده ۳۳ قانون حکمیت تجارتي در موضوع تعیین محل داوری این گونه مقرر داشته است.

۱. طرفین می‌توانند در مورد محل حکمیت موافقت نمایند، در صورت عدم توافق، محل حکمیت توسط بورد حکمیت با نظر داشت حالات قضیه، به شمول سهولت رسیدگی به طرفین تعیین می‌گردد.

۲. بورد حکمیت می‌تواند جهت مشورت میان اعضای بورد، استماع اظهارات شهود، ابراز نظر از طرف اهل خبره یا حضور طرفین یا تفتیش و معاینه اسناد، اموال و سایر دارایی‌ها، هر محلی را که مناسب تشخیص دهند، تدویر جلسه نمایند، مگر اینکه طرفین طور دیگری موافقت نموده باشند.

۳. بورد حکمیت مکلف است جهت استماع و جلسات بورد به منظور تفتیش و معاینه اسناد، اموال و سایر دارایی‌ها، مدتی را تعیین و طرفین را مطلع سازد.

۲-۴. فسخ حکمیت یا داوری در حقوق افغانستان

در ماده ۵۳ قانون حکمیت تجارتي افغانستان آمده است که محکمه می‌تواند در صورت اعتراض یا درخواست یکی از طرفین مبنی بر فسخ قرار حکمیت، در حالات ذیل قرار حکمیت را فسخ نماید:

۱. در صورتی که یکی از عاقدین موافقت‌نامه، حکمیت مندرج ماده چهاردهم این قانون را فاقد اهلیت حقوقی بداند.

۲. در صورتی که موافقت‌نامه حکمیت، طرفین حکمیت را در مورد حل منازعه به قانون موکول ساخته باشد که قانون مذکور بر طبق قوانین افغانستان، فاقد اعتبار باشد.

۳. در صورتی که به طرفین متقاضی در مورد تعیین حکم یا رسیدگی حکمیت اطلاع لازم داده نشده باشد یا طبق احکام این قانون مدعی به ارائه ادعای خود قادر نباشد.

۴. در صورتی رشوه یا تحت تأثیر قرار دادن حکم یا تضاد منفعت مادی وی با یکی از طرفین، شهود یا عدم رسیدگی به موقع موضوع حکمیت، طبق احکام این قانون.

۵. در صورتی که قرار در مورد منازعه صادر شده باشد که در موافقت‌نامه حکمیت در نظر گرفته نشده یا در سانحه تطبیق آن واقع نباشد و یا حاوی تصامیم بر موضوعاتی باشد که خارج از دایره موضوعات قابل ارائه به حکمیت، قرار داشته باشد.

هرگاه تصامیم بر موضوعات خارج از ساحة حکمیت از تصامیم بر موضوعات شامل در ساحة حکمیت تفکیک شده بتواند، در این صورت صرف آن بخشی از قرار که حاوی تصامیم بر موضوعات خارج از ساحة حکمیت باشد، غیر قابل اجرا است.

۶. در صورتی که ترکیب مورد حکمیت یا طرز العمل حکمیت با موافقت‌نامه طرفین مطابقت نداشته باشد، یا موافقت‌نامه طرفین با حکمی از احکام این قانون که بر طرفین قابل تطبیق است، مغایرت داشته باشد.

۷. هرگاه موضوع حکمیت طبق قوانین افغانستان از طریق حکمیت، قابل حل و فصل نبوده یا قرار حکمیت مغایر پالیسی عامه افغانستان باشد.

نتیجه‌گیری

از بررسی انجام‌شده به این نتیجه می‌رسیم که داوری در حقوق همان حکمیت و یا تحکیم در فقه اسلامی است که از دیرزمان به‌عنوان یکی از بهترین شیوه‌ها در حل و فصل اختلافات مطرح بوده و مشروعیت داشته است، قرآن کریم و روایات که دو منبع مهم در استنباط احکام شرعی در فقه است، به موضوع داوری و حکمیت پرداخته که این خود می‌تواند حاکی از این واقعیت و حقیقت باشد که نهاد داوری در ضمن مشروعیتی که دارد یکی از بهترین روش‌ها و شیوه‌ها در حل و فصل اختلافات است، امروزه هم این روش مسالمت‌آمیز با انعطاف و امتیازات مثل تسریع در رسیدگی، صرفه‌جویی در وقت و هزینه‌ها و حفظ اسرار، به‌عنوان یک نهاد مستقل مورد توجه بیشتر از نظام‌های حقوقی قرار داشته است و نظام حقوقی افغانستان نیز، همانند دیگر نظام‌های حقوقی، داوری را به‌عنوان یک نهاد مستقل به رسمیت شناخته و به افراد این حق را داده است که بدون مراجعه به دادگاه بتوانند اختلافاتشان را طریق داوری حل و فصل نمایند.

فهرست منابع

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۴)، ترمولوژی حقوق، تهران: انتشارات احمدی.
۲. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی، (۱۴۲۲)، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. دوری، قحطان عبدالرحمن، (۱۴۲۲)، عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی و القانون الوضعی، عمان، اردن: دار الفرقان.
۴. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۸۵)، لغت نامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی، (۱۳۵۵)، المبسوط، تهران: چاپخانه حیدری.
۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی، (۱۴۱۸)، الخلاف، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۷. عبدالملک بن هشام، (بی تا)، السیره النبویه، بیروت: المکتبه العلمیه.
۸. قانون اصول محاکمات تجارتی افغانستان، مصوب ۱۳۴۳.
۹. قانون حکمیت تجارتی افغانستان، مصوب ۱۳۸۵.
۱۰. کریمی، عباس، (۱۳۹۹)، حقوق داوری داخلی، تهران: دادگستر.
۱۱. مافی، همایون و محمدحسین تقی پور درزی نقیبی، (۱۳۹۶)، ماهیت حقوقی نهاد داوری، فصل نامه پژوهشی حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۲۱.
۱۲. محمدی گیلانی، محمد، (۱۳۶۰)، قضا و قضاوت در اسلام، تهران: چاپخانه حیدری.
۱۳. مدنی، سید جلال الدین، (۱۳۷۲)، آیین دادرسی مدنی، تهران: گنج دانش.
۱۴. منتظری، حسین علی، (۱۴۹۰)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، قم: موسسه کیهان.
۱۵. یوسف زاده، مرتضی، (۱۳۶۲)، آیین داوری، تهران: شرکت سهامی انتشار.