Interdisciplinary Legal Research
Sep 2026, 7(5): 111-121
Available online on: www.ilrjournal.ir
e-ISSN:2717-1795

ORIGINAL RESEARCH PAPER

An Analysis of the Nature of Arbitration in Imami Jurisprudence and Afghan Law

Alireza Shojaei [*1], ***Mohsen Malek Afzali*** [2], ***Siamak Qiasi Sarak*** [3]

Received:
15 Dec 2025
Revised:
21 Feb 2026
Accepted:
19 Apr 2026
Available Online:
22 Dec 2026

Keywords:
Arbitration, Nature of Arbitration, Judicial Proceedings, Imami Jurisprudence, Afghan Law.

Abstract

Arbitration is one of the most important methods of alternative dispute resolution (ADR) outside the courts and plays a significant role in the adjudication and settlement of disputes. This method is also recognized in Imami jurisprudence and the legal system of Afghanistan. However, its application within the scope of judicial proceedings can be considered justified and rational only when its nature has been clearly established. Accordingly, the question of the nature and legal character of arbitration arises. The present study seeks to address this question through a descriptive-analytical approach and library-based research methods. The findings indicate that, in general, four theoretical approaches can be identified regarding the nature of arbitration: the contractual, mixed, independent, and judicial approaches. Overall, it can be argued that the nature of arbitration cannot be adequately analyzed by insisting exclusively on one particular approach. Rather, this institution should be examined in light of the different contexts in which it is applied. This means that no single approach can be regarded as universally and absolutely applicable to all forms of arbitration.

1 *Ph.D Student in Private Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Corresponding Author)

2 Assistant Professor, Department of Law, University of Yazd, Yazd, Iran.

3 Assistant Professor, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.

Please Cite This Article As: Shojaei, A; Malek Afzali, M & Qiasi Sarak, S (2026). "An Analysis of the Nature of Arbitration in Imami Jurisprudence and Afghan Law". *Interdisciplinary Legal Research*, 7(5): 111-121.

This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

مقاله پژوهشی
(صفحات ۱۱۱-۱۲۱)

تحلیل چیستی حکمیت در فقه امامیه و حقوق افغانستان

علیرضا شجاعی*[۱]، محسن ملک افضلی[۲]، سیامک قیاسی سرک [۳]

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. (نویسنده مسؤول)
۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه یزد، یزد، ایران.
۳. استادیار دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

دریافت: ۱۴۰۴/۰۹/۲۴ ویرایش: ۱۴۰۴/۱۲/۰۲ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۱/۳۰ انتشار: ۱۴۰۵/۱۰/۰۱

چکیده
حکمیت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین روش‌های حل اختلاف در خارج از دادگاه، کاربرد زیادی در رسیدگی و حل اختلافات دارد. در فقه امامیه و حقوق افغانستان نیز این روش به رسمیت شناخته شده است؛ ولی باید گفت که کاربست آن در گستره دادرسی، آن‌گاه موجه و منطقی خواهد بود که ماهیت آن روشن شده باشد. براین اساس، پرسش از چیستی حکمیت قابل طرح است که پژوهش فرارو با روش توصیفی-تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای در پی پاسخ بدان است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که به صورت کلی درباب چیستی دیدگاه چهارگانه قراردادی، مختلط، مستقل و قضایی قابل سنجش هستند. به صورت کلی باید گفت که نمی‌توان با اصرارورزی بر یک دیدگاه چیستی حکمیت را تحلیل کرد؛ بلکه این نهاد با توجه به عرصه‌های کاربستش باید چیستی‌شناسی گردد. این بدان معنا است که نمی‌توان دیدگاه ویژه‌ای را به صورت مطلق و عمومی انگاشت.
کلمات کلیدی: حکمیت، چیستی حکمیت، دادرسی، فقه امامیه، حقوق افغانستان.

مقدمه

حکمیت قراردادی است که با رضایت و قصد طرفین منعقد می‌گردد در این قرارداد طرفین توافق می‌کنند که حل اختلافات خود را به شخصی ثالث واگذار نمایند مشروعیت رسیدگی و صدور حکم شخص ثالث بستگی به عواملی دارد که ماهیت حکمیت از آن نشئت می‌گیرد و اینکه مشخص گردد که بر اساس فقه و حقوق افغانستان مرجع حکمیت مجوز استماع دعوا و اتخاذ تصمیم نسبت به دعوا را از کجا می‌گیرد آیا حکمیت ماهیت قضایی دارد و مبتنی بر قانون و اراده حاکمیت است یا اینکه ماهیت قراردادی دارد و متکی بر اراده طرفین اختلاف و توافق آن‌ها است؟ حکمیت گاهی به عمل قراردادی و گاهی به یک عمل قضائی یا شبه قضائی نزدیک می‌شود هرکدام از این حالات، اثرات مختلفی را بر حکمیت و صدور رأی حکمیت دارد ازاین‌رو لازم است ماهیت، احکام و آثار آن را از منظر فقه و حقوق افغانستان بررسی خواهد شد.

۱- ماهیت حکمیت در فقه امامیه

در خصوص ماهیت حکمیت و حکمیت میان فقها دو نظریه اصلی مطرح است نظریه اول حکمیت و حکمیت را نوعی از قضاوت می‌دانند که آثار، احکام و شرایط قضاوت را دارد اما در نظریه دوم ماهیت حکمیت را وکالت داور از جانب طرفین اختلاف دانسته است که ریشه در توافق طرفین اختلاف دارد و احکام و آثار وکالت بر آن مترتب می‌گردد لازم است هریک از این دو نظریه فقهی به‌صورت جداگانه موردبحث قرار می‌گیرد.

۱-۱- ماهیت قضائی

بسیاری از فقها حکمیت را نوعی از قضاوت می‌دانند و بر این باور هستند که حکمیت ماهیت قضائی دارد زیرا منظور از داور در آیه تحکیم حکم است شهید ثانی می‌فرماید «و لو قلنا إنه تحکیم- کما هو المتصور فقال الشیخ فی ال**مبسوط: لا یجوز الحکم مع غیبة أحدهما، لأن الحکم حینئذ مشروط ببقاء الشقاق و الخصومة بینهما و مع الغیبة لا یعرف بقاء ذلک.**» (شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ ق، ۸،۴۶۱) درصورتی‌که برای حل اختلاف میان زن و شوهر دو شخص به‌عنوان داور و حکم انتخاب گردد بر خی گفته است که داوران نمی‌توانند حکم صادر کند زیرا حکم بر غائب است اما جواز صدور حکم بهتر است زیرا حکم هردو داور مبتنی بر اصلاح ذات البین است نه تفرقه اگر تفرقه بود نیاز به اذن داشت در ادامه شهید می‌فرماید که صدور حکم مبتنی بر این است که انتخاب داور از باب وکالت باشد در این صورت حکم داور صحیح و نافذ است زیرا تصرف وکیل در آنچه برای انجام آن وکیل شده است نافذ است چه موکل حضورداشته باشد یا غائب باشد و چه در خصومت و شقاق باشد یا در صلح و آرامی اما اگر داور را قاضی تحکیم بدانیم چنانچه تصور می‌شود که همین‌گونه باشد در صورت غیبت زوجین هردو حکم نمی‌تواند بررسی را شروع کرده و حکم صادر نمایند زیرا صدور حکم مبتنی بر این است که خصومت و شقاقی وجود داشته باشد درحالی‌که اگر طرفین اختلاف غائب باشد به‌راحتی نمی‌توان فهمید که آیا اختلافی است که حل‌وفصل گردد یا نه دیگر اینکه هرکدام از طرفین دعوا می‌توانند محکوم‌له یا محکوم‌علیه باشد درحالی‌که می‌توان به نفع شخص غائب حکم صادر کرد اما نمی‌توان به ضرر آن حکم نمود شیخ طوسی حکمیت را نوعی از حکمیت می‌داند و می‌فرماید «بعث الحکمین فی الشقاق علی السبیل التحکیم لا علی التوکیل و به قال علی ع و ابن عباس و القول الاخر انهما علی سبیل التوکیل و به قال ابوحنیفه» (طوسی، محمد بن حسن،۱۴۰۷، ۴، ۴۱۶) دلایل که شیخ طوسی به آن استدلال می‌کند این است که خداوند فرموده است «و ان خفتم شقاق بینهما فابعثو حکما من اهله و حکما من اهلها» (نساء ۳۵) در این آیه خداوند می‌فرماید که برای حل اختلاف حکم و داور انتخاب کنید نه گفته است که وکیل بگیرید دلیل دیگر این است که اگر خطاب که برای بیان احکام است مطلق باشد انصراف به ائمه و قضات دارند مثل آیات «والسارق و السارقه فاقطعو ایدهما» مائده ۳۸ **«الزانیة و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلدة»** (نور ۲) انصراف به زوجین ندارد زیرا اگر زوجین مخاطب بود باید می‌فرمود فابعثا وکیلا که شامل هردو طرفین اختلاف می‌شد در حال که فرمود فابعثو حکما پس وقتی مخاطب در این مطلقات، قاضی بود حکمیت و حکمیت ماهیت قضائی دارد دیگر اینکه هردو حکم نافذ است مگر اینکه حکم به افتراق کرده باشند اگر حکم به افتراق زوجین باشد نیاز به اذن دارد درحالی‌که اگر داور وکیل طرفین اختلاف باشد در تمامی تصمیمات خود باید بر مبنای نظر موکلان خود عمل کند (طوسی محمد بن حسن الخلاف، ۱۴۰۷ ق،۴، ۴۱۶)

۱-۱-۱- بر اساس این نظریه که به نظریه صلاحیتی معروف است، نهاد حکمیت دارای خصوصیات قضاوت است هر آنچه در قاضی منصوب شرط است در قاضی تحکیم نیز شرط است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ ق،۱،۱۲۸) حاکمیت دولت مافوق رضایت طرفین قرار دارد یعنی حکمیت صرفا در حوزه قضایی یک کشور بر اساس اجازه قوانین آن کشور اجرا و نظارت می‌شود

و نقش اراده طرفین محدود به انتخاب داور می‌گردد و این انتخاب صرف به آن دلیل معتبر است که قانون آن را شناسایی کرده و به رسمیت می‌شناسد بر اساس صلاحیتی بودن حکمیت، رسیدگی و حل‌وفصل اختلافات تفسیر و تطبیق قانون یکی از جلوه‌های حاکمیت و صلاحیت قضائی دولت‌ها است اگرچه منشأ حکمیت توافق‌نامه‌ای است که میان طرفین ایجاد گردیده است اما اعتبار توافق‌نامه حکمیت و آیین حکمیت منوط به نظارت یک قانون ملی است داوران شبیه قضات دادگاه هستند که اختیارات آن‌ها ناشی از حکومت است که به‌وسیله قانون اعطا می‌شود با توجه به ماده ۱۸۶ قانون مدنی افغانستان که عدالت را برای داور شرط می‌داند حکمیت و حکمیت در برخی موارد ماهیت قضایی دارد که بر اساس آن دولت‌ها نه‌تنها در ایجاد قراردادهای حکمیت مؤثر هستند بلکه در صلاحیت داورها جریان حکمیت و صحت آن نیز مؤثرمی باشند داوران موظف به رعایت قوانین کشوری هستند که حکمیت در آن برگزار می‌گردد و درصورتی‌که موضوعات مختلف حکمیت مانند موافقت‌نامه حکمیت، شیوه رسیدگی، صلاحیت داور قلمرو موضوعات قابل‌رسیدگی و حکم داور مخالف با قواعد آمره و نظم عمومی آن کشور باشد غیرقابل‌توجیه و باطل است با ایجاد حکمیت درواقع دولت در درون سرزمین خود از طریق واگذاری صلاحیت خود نظام‌های دادگستری را با مدیریت اشخاص خصوصی ایجاد می‌کند و داوران کارکرد وظیفه‌ای عمومی را به انجام می‌رسانند (جولیان دی‌ام لیو،۱۳۹۱، ۹۸)

ماهیت قضای ویژگی‌های دارد که او را از دیگر نظریات در مورد ماهیت حکمیت متمایز می‌کند مانند اینکه داور باید شرایط قاضی منصوب را داشته باشد و از صلاحیت‌های بیشتری برخوردار است دیگر اینکه رأی او اعتبار امر مختومه دارد برای شناخت ماهیت قضایی حکمیت، لازم است که خصوصیات احکام و آثار آن به نحوی شایسته موردبحث و بررسی قرار بگیرد

بر اساس این نظریه داور ازنظر ماهیت و خصوصیات احکام و شرایط مانند قاضی منصوب است و صلاحیت‌های قاضی منصوب را دارد مانند اینکه داور باید مرد، عالم، عادل و مسلمان باشد درحالی‌که بر اساس نظریات دیگری که در مورد ماهیت حکمیت وجود دارد برخی از شرایط که در قاضی منصوب شرط است برای داور یا هیئت حکمیت شرط نیست مثل اسلام و اجتهاد

یکی دیگر از لوازم ماهیت قضائی حکمیت این است که آرای حکمیت باید از اعتبار آرای قضائی برخوردار بوده و دارای اعتبار امر مختومه باشد یعنی اولا این رأی برای اصحاب دعوا لازم‌الاجرا است ثانیا وقتی رأی صادر شد دیگر نمی‌توان از آن عدول کرد مگر در موارد خاص ثالثا قاضی دیگر نمی‌تواند بدون دلیل رأی صادرشده را نقض کرده و همان موضوع را مجددا مورد رسیدگی قرار دهد (نجفی محمدحسین،۱۴۰۴ ق، ۴۰، ۹۷)

قاضی صلاحیت‌های بیشتری نسبت به داور دارد او می‌تواند ولی صغیر و مجنون باشد و در مورد مجازات مجرم تصمیم اتخاذ نماید دیگر اینکه قاضی می‌تواند در موضوعات مانند روئیت حلال ماه حکم صادر کند همچنین در خصوص دفاع از حقوق جامعه اقدامات لازم را انجام دهد حکمیت که ماهیت قضایی دارد نیز بر اساس نظریه صلاحیتی دارای چنین اختیارات و صلاحیت‌های است درحالی‌که بر اساس نظریات دیگر داور چنین اختیاراتی ندارد بلکه تنها در محدوده اذن که طرفین به او داده است می‌تواند در مورد حل فصل اختلافات نظر دهد

در مقام ارزیابی این دیدگاه باید گفت که اشکالات متعددی بر نظریه ماهیت قضایی حکمیت وارد است. با توجه به این اشکالات پذیرش نظریه ماهیت قضایی حکمیت دشوار می‌شود برای بحث و بررسی بیشتر لازم است برخی از اشکالات وارده بیان شود و برخی از نقدهای که وارد نیست پاسخ داده شود. دلایلی که برای اثبات نظریه ماهیت قضائی حکمیت ذکرشده‌اند، نمی‌توانند ماهیت قضائی آن را اثبات نمایند؛ بلکه حداکثر چیزی را که ثابت می‌کنند، این است که ماهیت وکالتی ندارد و داوران وکیل زوجین نیستند. از کلام شیخ طوسی چنین برمی‌آید که ایشان احتمال وکالت را نفی می‌کند و با نفی احتمال وکالت نمی‌توان ماهیت قضائی حکمیت را اثبات کرد؛ زیرا ممکن است حکمیت نه قضاوت باشد نه وکالت بلکه ماهیت مستقل دیگری داشته باشد (هدایت نیا، فرج‌الله،۱۳۸۷، ۷۷)؛ولی اشکال را می‌توان این‌گونه پاسخ داد که شیخ طوسی و بسیاری از فقهای دیگر ماهیت حکمیت را تقسیم به قسمت ثنایی کرده است؛ به این صورت که ماهیت حکمیت، یا قضائی است یا وکالتی و قسم سومی در کار نیست به همین جهت وقتی وکالتی بودن آن را نفی می‌کند به این نتیجه می‌رسد که ماهیتی قضایی دارد

اشکال دیگر این نظریه، آن است که برپایه آن به دولت اجازه می‌دهد در امور حکمیت بیش‌ازحد دخالت کند و صلاحیت‌های

آن را محدود نماید درحالی‌که بر اساس واقعیت موجود در حکمیت حدود اختیار داور به‌وسیله توافق طرفین مشخص می‌گردد و آن‌ها می‌توانند با توافق یکدیگر صلاحیت داور را تعیین کنند آزادی اراده طرفین بر اساس قرارداد حکمیت گاه می‌تواند تا آنجا پیش رود که داور را از مراجعه به مقررات آیین دادرسی و قوانین داخلی کشورها در حل‌وفصل اختلافات بی‌نیاز کند یعنی می‌تواند رأی خود را بر اساس انصاف و بدون رعایت تشریفات دادرسی صادر نماید (مافی همایون، ۱۳۹۶، ۱۹۰)

۲-۱- ماهیت قراردادی

بر اساس دیدگاه مذکور مکان حکمیت، آئین رسیدگی، قانون حاکم بر حکمیت، موجبات جرح داور و برخی از امور دیگر توسط توافق اراده طرفین دعوا معلوم می‌گردد آن‌ها با ایجاد قرارداد حکمیت حل اختلافات خود را به داور واگذار می‌کند قرارداد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقال یک یا چند نفر تعهد بر امری نماید و موردقبول آن‌ها واقع شود (صفایی، سید حسین، ۱۳۸۷، ۱۱) نقش مهم توافق اراده‌ها در ایجاد، هدایت و انحلال حکمیت بیانگر این است که حکمیت ماهیت قراردادی دارد بر اساس این نظریه داوران در حقیقت وکلای طرفین هستند که از طرف آن‌ها برای حل اختلاف اجازه حکمیت خواهند داشت. دلایلی که بر این ادعا طرح کرده است یکی این است که از شرایط قاضی اجتهاد هست و رعایت چنین شرطی برای داور الزامی نیست لذا باید پذیرفت که داور قاضی به‌حساب نیامده بلکه وکیل محسوب می‌گردد دیگر اینکه نهاد حکمیت مبتنی بر توافق طرفین است و داوران هیچ قدرتی جز آنچه طرفین به او اعطا کرده است ندارد رأی داور ارزش حقوقی خود را از قرارداد طرفین می‌گیرد

دلیل دیگری که بر وکیل بودن داور اقامه کرده است این است که بضع حق زوج و مال حق زوجه است و این دو بالغ و رشید هستند و هیچ‌کس بر آن‌ها ولایت ندارد بنابراین داور وکیل آن‌ها هستند البته در جواب این دلیل گفته است مانعی نیست که بر بالغ رشید حکم کرد درصورتی‌که از قبول حق امتناع کرد (حسینی روحانی، صادق، ۱۴۱۲ ق، ۱۲، ۲۲۹) برخی در جهت رد دلایل این نظریه، گفته است که حکمیت سنخیتی با وکالت ندارد زیرا در حقیقت وظیفه داور بیشتر از قانون ناشی می‌گردد قانون بنا بر نیازها و مصالح که وجود دارد به اشخاص اجازه داده است که جهت حل‌وفصل اختلافات خویش بجای مراجعه به محکمه شخصی را انتخاب کنند تا اختلافات را حل‌وفصل کند بنابراین داور کسی است که قانون به‌طور موقت و در مورد خاص وظیفه دادرسی را به او می‌سپارد و در هنگام اجرای وظایف خویش یک مأمور عمومی است قانون نظر داور را مانند رأی دادگاه دارای اعتبار امر قضاوت شده می‌داند یعنی موضوعی که به حکمیت ارجاع شده و بعد از بحث و بررسی داوران در مورد آن حکم صادرشده است دیگر در دادگاه قابل‌رسیدگی نیست (شمس، عبدالله، ۱۳۹۴، ۶)

قاضی ابن براج تنها فقیهی است که در کتاب الکامل خود آن را آورده اما در کتاب المهذب خود از آن عدول کرده است «ذکرنا فی کتابنا الکامل فی الفقه فی هذا الموضع انه علی طریق التوکیل و الصحیح انه علی طریق التحکیم» (قاضی ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز،۱۴۰۳ ق، ۲، ۲۶۶)

این نظریه نادر است که تنها ابن براج در الکامل فی الفقه خود آن را پذیرفته اما در کتاب دیگر خود از آن عدول کرده است اما بسیاری از فقها این نظریه را در کتاب‌های خود موردبحث و بررسی قرارداد است تا با نقد و رد نظریه وکالت نظریه تحکیم را قوت بیشتر ببخشند چنانچه فاضل مقداد در کنز العرفان صاحب حدائق الناضره، شهید ثانی در مسالک الافهام، سبزواری در مهذب الاحکام و بسیاری دیگر از فقها نیز همین روش را انتخاب کرده است دلایل که برای رد نظریه وکالت طرح می‌کنند این است که خداوند فرموده است فابعثو حکما نه گفته است فابعثو وکیلا دیگر اینکه اگر داوران وکلای زوجین باشند ملزم هستند از حدود اختیاراتی که زوجین به آن‌ها داده است تجاوز نکند در طلاق و وفاق نیاز به اجازه زوجین خواهند داشت درحالی‌که آنچه از روایات به دست می‌آید این است که داوران تنها برای حکم به طلاق به اجازه زوجین نیاز دارند دلیل دیگر که برای رد نظریه وکالت می‌توان گفت این است که داوران ملزم هستند مصلحت هردو طرف دعوا را در نظر بگیرند تا عدالت را تحقق بخشیده و احقاق حق نمایند در حال که وکیل موظف هستند تنها مصلحت موکل خود را در نظر گرفته و تابع مقررات و شرایط وکالت باشد (سبزواری محمدباقر،۱۴۲۳ ق،۲، ۲۷۱) غیر از ابن براج اگرچه برخی دیگر فقهای امامیه به نظریه وکیل بودن داور اشاره‌کرده است اما ظاهرا آن را صرفا جهت رد نظر برخی اهل سنت آورده‌اند

اگر پذیرفته شد که داوران وکیل طرفین اختلاف هستند در این صورت آثار وکالت باید بر آن مترتب شوند؛ یکی از این آثار رعایت مصالح موکل است که وکیل باید برای رسیدن به آن باید تلاش

کند درحالی‌که داور نباید به دنبال مصلحت و منفعت یک‌طرف از طرفین دعوا باشد بلکه او به‌عنوان داور و قاضی باید بی‌طرفی خود را حفظ کرده و عدالت را تأمین کند لوازم دیگر عقد وکالت این است که اختیارات وکیل محدود است و تنها در حدود صلاحیت‌های که به او اعطاشده است حق اقدام و تصمیم‌گیری دارد دیگر اینکه چون وکالت عقد جایز است هرکدام از طرفین می‌توانند هر وقتی‌که بخواهند عقد را به هم بزنند و موکل درزمانی که احساس خطر کند می‌تواند او را برکنار نماید وکیل هم این حق را دارد که هرزمانی بخواند می‌تواند از ادامه کارش انصراف داده و کنار رود همچنین اگر موکل این‌گونه به وکیل اختیار دهد که تنها می‌تواند در جهت تأمین منافع او رأی دهد در این صورت اگر وکیل رأی صادر کند که خوشایند موکل نیست در این صورت رأی وکیل فضولی و منوط به تنفیذ موکل است (موسوی خمینی، سید روح‌الله، بی‌تا ۲۴۵،۴۵) درحالی‌که هیچ‌کدام از این آثار با وضعیت حکمیت سازگاری ندارد بنابراین ماهیت حکمیت نمی‌تواند تنها ماهیت وکالتی باشد

۲- ماهیت حکمیت در حقوق افغانستان

حکمیت در افغانستان سابقه طولانی دارد و از گذشته‌های خیلی دور حکمیت به‌عنوان یک‌نهاد شرعی موردپذیرش جامعه و مردم بوده و افراد بنا به دلایل مختلفی از مراجعه به سیستم قضایی خودداری می‌کردند یا اینکه امکانات برای دسترسی به قضات فراهم نبود است مردم در عوض برای حل اختلافات و دیگر مشکلات به علما، ریش‌سفیدان و متنفذ ین محل مراجعه می‌کردند هنوز هم این وضعیت به‌طور چشم‌گیری در مناطق مختلف کشور مخصوصا در مناطق دورافتاده مورد استقبال مردم قرار دارد و از این روش به‌عنوان یک ابزار مناسب حل‌وفصل اختلافات استفاده می‌کنند قبل از تدوین قوانین در افغانستان صدور حکم و فتوا و حل اختلافات بر اساس فقه امامیه و یا با استفاده از کتاب‌های فقهی اهل سنت مانند مجله الاحکام الاسلامی عثمانیه صورت می گرفت که در آن حکمیت به‌خوبی بیان‌شده است (کریمی: ۱۳۹۵، ص۷)

قانون‌گذاران افغانستان استفاده شیوه حکمیت و حکمیت را برای حل‌وفصل اختلافات موردتوجه قرار داده و در برخی از مواد قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی این شیوه را پیشنهاد نموده است و مقرراتی را جهت نحوه رسیدگی از طریق حکمیت وضع کرده است اما اهتمام و توجه قانون‌گذاران افغانستان معطوف به روش حکمیت یا حکمیت در دعاوی داخلی بوده است و برای حکمیت و حل اختلافات تجارتی موادی را در مجموعه‌ای از قوانین افغانستان و در بخش اخیر قانون تجارت افغانستان به حکمیت تجارتی اختصاص داده است شورای ملی افغانستان در سال ۱۳۸۵ قانون حکمیت تجارتی را تدوین کرده است تا بتواند پاسخگویی نیازهای حکمیت در عصر کنونی باشد و در صورت که حکمیت بین‌المللی در قلمرو افغانستان برگزار گردد قوانین حاکم بر حکمیت داخلی بر حکمیت بین‌المللی نیز حکومت خواهد داشت

حکمیت بین‌المللی نیازها، شرایط، پیچیدگی و دشواری‌های دارد که قوانین داخلی نمی‌تواند این نیازها را برآورده سازد و برای این دشواری‌های راه‌حل پیدا کند در راستای پاسخگوی به این نیازها و پر کردن خلأ قانونی ایجادشده قانون‌گذاران افغانستان با الهام از قانون نمونه آنسیترال سرانجام قانون حکمیت تجاری بین‌المللی افغانستان را در سال ۱۳۸۵ ش تصویب نمود، تدوین و تصویب این قانون دست آورد مهمی در نظام حقوقی افغانستان و نقطه عطفی درروند اصلاحات و تحولات مربوط به حکمیت در افغانستان است، قانون حکمیت تجارتی قوانین دیگر مربوط به حکمیت را تکمیل می‌کرده و تصویر نسبتا روشن را از نهاد حکمیت در افغانستان ترسیم می‌کند

تحقیق در مورد حکمیت در افغانستان با دشواری‌های زیادی مواجه است مهم‌ترین آن فقدان منابع در این زمینه، پراکندگی قوانین و مقررات، تغییرات که با وقوع جنگ‌ها و تحولات و انقلاب‌ها در قوانین و مقررات افغانستان ایجاد گردیده و براثر نبود شرایط مناسب اقتصادی اجتماعی و سیاسی نهاد حکمیت به فراموشی سپرده‌شده است و جایگاه مناسب خود را نتوانسته است که به دست آورد به همین جهت نه در عمل و نه در تئوری کاری چندان انجام‌نشده است

در عرصه قانون‌گذاری اولین بار واژه حکمیت در قانون «اصول اجرائیات محاکمات حقوقی عدلی» مصوب اول جدی (دی) ۱۳۲۷ ه ش ذکرشده است این قانون رأی صادره از جانب حکم یا داور را که محکمه ابتدائی بر مبنای آن به صدور حکم پرداخته است قطعی و غیر استیناف طلبی و نیز غیر تمییز طلبی (غیرقابل فرجام‌خواهی) می‌داند در حقوق افغانستان از آغاز به شناسایی و قطعی بودن رأی داور اشاره‌شده است هم‌چنین در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۳۶ ه.ش به مسئله حکیمت و حکمیت و امکان حل اختلاف از این طریق تصریح‌شده است، قانون اصول

محاکمات تجارتی مصوب سال ۱۳۴۳ ه.ش به حکمیت اشاره نموده و به غیرقابل استیناف و تمییز خواهی بودن حکم صادر از جانب داور اشاره‌شده است این قانون مسئله‌ی حکمیت تجارتی را در فصل مجزا مطرح ساخته و مقررات نسبتا مفصلی را به حکمیت تجارتی اختصاص داده است از ماده ۲۰۸ الی ۲۳۰ مسائل مختلف حکمیت را بیان کرده است تعدیلاتی که در تاریخ ۱۳۵۳/۳/۲ در اصول نامه اتاق‌های تجارت و صنایع افغانستان توسط فرمان تقنینی رئیس‌جمهور انجام شد در ماده ۴ ضمیمه آن آمده است «حکمیت بر موضوعات تجارتی که به اتاق تجارت راجع می‌شود از وظایف اتاق تجارت است» در مواد مختلف قانون اصول محاکمات مدنی مصوب ۱۳۶۸ ه.ش به حکمیت پرداخته‌شده است حکمیت و حکمیت همچنین در فقره ۱۷ ماده ۶ قانون اتاق‌های تجارت و صنایع مصوب سال ۱۳۶۸ ه ش تحت عنوان وظایف و صلاحیت‌های ریاست عمومی اتاق‌های تجارت و صنایع، این‌گونه بیان‌شده است «حکمیت پیرامون اختلافات ناشی از معاملات تجارتی و صنعتی بین اشخاص حقیقی و حکمی داخلی و خارجی در حدود احکام قانون و مقررات از وظایف و صلاحیت‌های ریاست عمومی اتاق‌های تجارت و صنایع است» اولین قانون رسمی که به‌صورت مستقل و گسترده به مسئله حکمیت پرداخته است «مقرره حکمیت تجارتی» است که در سال ۱۳۷۳ ه.ش در ۵ فصل و ۳۲ ماده موضوعات مربوط به حکمیت تجارتی را موردبحث و بررسی قرار داده است این قانون تا حدودی به نیازهای حکمیت و سؤالات مربوط به آن پاسخ گفته است اما به‌صورت کامل نمی‌تواند ابهامات و مشکلات مربوط به حکمیت را حل کند بعد از تصویب قانون اساسی جدید در سال ۱۳۸۲ ه.ش و تغییرات گسترده داخلی و بین‌المللی و با توجه تأمین مصالح ملی و بین‌المللی افغانستان و به پیروی از مواد ۱۰،۱۱ و ۱۳ قانون اساسی ۱۳۸۲ و بر مبنای تعهدات افغانستان به جامعه‌ای بین‌المللی در اجلاس‌های بین‌المللی مربوط به افغانستان مانند جلسه بن آلمان و لندن که اصلاحات و نوآوری‌های زیادی را در کشور ایجاد کرد قانون حکمیت اصلاح و تعدیل گردید و دولت سرانجام در تاریخ ۱۳۸۵ ه.ش قانون حکمیت تجارتی افغانستان را طی فرمان قانونی توشیح و تنفیذ نمود این قانون با الگو قرار دادن قانون نمونه آنسیترال و دیگر کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ م به هدف آسان نمودن تجارت بین‌الملل و توجه به آخرین پیشرفت‌های جهانی در مورد حکمیت وضع‌شده است این قانون اگرچه دارای معایب و ابهامات زیادی است اما دارای مزایای زیادی است که می‌تواند هم در عرصه داخلی وهم در عرصه بین‌المللی قابل تطبیق باشد

۱-۲- ماهیت مختلط

بر اساس این نظریه ماهیت قضایی و قراردادی ماهیت واقعی حکمیت نیست بلکه ماهیت حکمیت ماهیت دوگانه‌ای است که از حاکمیت قانون محلی و توافق طرفین تشکیل می‌گردد و آثاری از هردو ماهیت قضایی و قراردادی بر آن مترتب است از یک‌سو طرفین برای انعقاد یک قرارداد حکمیت و انتخاب داور و تعیین قانون حاکم بر حکمیت آزاد هستند و از سوی دیگر نقش قضایی نهاد حکمیت در جریان رسیدگی و اعتبار توافق‌نامه حکمیت منوط به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی محل حکمیت است در این نظریه عناصر از ماهیت قراردادی و قضایی حکمیت درهم‌تنیده شده هرچند اساس حل اختلاف و ارجاع آن به حکمیت ریشه قراردادی دارد ولی باید قانون محور بوده و در چارچوب مقرراتی صورت گیرد که طرفین بر حاکمیت آن توافق کرده است

با توجه به ماده ۱۸۶ قانون مدنی افغانستان حکمیت و حکمیت را کسی می‌تواند انجام دهد و بر اساس آن اختلافات طرفین را حل کرده و در مورد مال یا حق دیگری تصمیم بگیرد و حکم صادر کند که عادل باشد اشخاص که فاقد این شرط است صلاحیت رسیدگی به اختلافات را ندارد بیان این شرط نشانده این است که قانون‌گذار ماهیت حکمیت و حکمیت را حداقل در مورد رسیدگی به اختلافات خانوادگی ماهیت قضایی می‌دانند و احکام آثار آن را بر او مترتب می‌کند اما قانون تجارت و قانون حکمیت تجارتی افغانستان برای داور هیچ شرطی را بیان نمی‌کند یعنی اینکه طرفین اختلاف هرکسی را مناسب دید می‌تواند برای حل اختلاف انتخاب کند و مشروعیت رسیدگی و صدور حکم داور برگرفته از توافق اراده طرفین اختلاف است ازاین‌رو می‌توان برای حکمیت در حقوق افغانستان ماهیت دوگانه فرض کرد آثار و احکام هریک آن را بر آن‌ها مترتب نمود به این صورت که در برخی موارد مهم مثل حقوق خانواده حکمیت ماهیت قضایی دارد هر آنچه در قاضی شرط است در داور هم شرط است اما در موارد عرفی دیگر مثل تجارت، ورزش، صنعت ... حکمیت ماهیت قراردادی دارد و هر شخصی را که طرفین اختلاف انتخاب کرد صلاحیت رسیدگی و حل اختلاف را دارد

به نظر برخی از حقوق‌دانان نهاد حکمیت دارای ماهیت مختلط است طبق این نظریه قاضی تحکیم کسی است که در ابتدا برای قضاوت نصب نشده بلکه در صورت توافق اصحاب دعوا حق قضاوت دارد درنتیجه داوران اختیار و صلاحیت خود را از توافق و اجازه طرفین به دست می‌آورد و با اجازه آن‌ها شروع به رسیدگی نموده و با رعایت قوانین آمره و نظم عمومی محل حکمیت، رأی داور معتبر است در تمایز بین نظریه مختلط و دو نظریه دیگر می‌توان گفت که نظریه‌های قضایی و قراردادی بسیط هستند اما نظریه مختلط ترکیبی از دو ماهیت قراردادی و قضائی است که با قرارداد آغاز و بارأی حکمیت خاتمه پیدا می‌کند در این نظام باید هنجارهای نظام قراردادی و قضائی توأمان اجرا گردد، درنتیجه ای قبول نظریه مختلط ازیک‌طرف رأی داور برای طرفین لازم‌الاجرا است و درصورتی‌که رأی داور با رضایت و توافق طرفین اجرا نشود ذینفع می‌تواند با رجوع به دادگاه درخواست اجرای رأی داور را بخواهد و دادگاه موظف است که رأی داور را مانند رأی قاضی به اجرا درآورد (مافی همایون، ۱۳۹۶، ۱۹۰)

اگرچه هریک از نظریه‌های قضایی و قراردادی نقص‌های داشتند و برهم دیگر نقدهای را وارد می‌کردند اما هرکدام از این نظریه‌ها نسبت به نظریه مختلط این امتیازات را داشتند که بر اساس هرکدام از این نظریات حکمیت تابع یکی از نظام‌های قضائی و قراردادی است و به‌واسطه حاکمیت نظام واحد به‌راحتی امکان شناخت نظام حقوقی حاکم بر موضوعات مورد اختلاف در نهاد حکمیت وجود دارد اما بر اساس نظریه مختلط که ترکیب از هردو نظریه قضائی و قراردادی است جهت تعیین احکام ابعاد مختلف این نهاد حقوقی با پرسش روبرو می‌شویم که موضوع موردبحث تابع کدام رکن قراردادی یا قضائی هست؟ نظریه مختلط خودبه‌خود به پژوهشگران امر حکمیت هیچ رهنمودی ارائه نمی‌دهد بلکه آن‌ها را در انتخاب یکی از ارکان قراردادی یا قضائی آزاد می‌گذارد این امر سبب آشفتگی در نهاد حکمیت می‌گردد به همین جهت شایسته است که نهاد داروی را از وابستگی به مفاهیم که از آن بیگانه است رها کرد و به‌جای آن از مفاهیمی استفاده نمود که متناسب با نهاد حکمیت است زیرا مفاهیم واژه‌ها ممکن است از یک نظام حقوقی با نظام حقوقی دیگر متفاوت باشد که باعث اختلافات زیادی می‌شود رهای حکمیت از اختلافات سبب رشد مستقل حکمیت گردیده و زمینه ایجاد نظام متحدالشکل برای حکمیت می‌گردد ایجاد این نظام در صورتی ممکن است که بدون استفاده از مفاهیم اختصاصی نظام‌های حقوقی ملی قواعد ویژه‌ای متناسب با ماهیت اصیل حکمیت وضع شود (شمس، عبدالله، ۱۳۹۴، ۷۰)

۲-۲- ماهیت کارشناسی

حکمیت ممکن است ماهیت متمایزی داشته باشد که بر هیچ‌یک از نظریات تحکیم و وکالت تطبیق نکند بلکه متمایل به نظریه کارشناسی باشد یعنی کسی می‌تواند عهده‌دار این مسئولیت گردد که توانایی و تجربه کافی در این مورد داشته باشد مانند یک کارشناس و اهل خبره تخصص و تجربه برای حکم شرط است شرایط که از آیه تحکیم برای حکمین استنباط می‌گردد با شرایط کارشناس منطبق است،

یکی از فقهای که به این نظریه علاقه‌منداست سید عبد الاعلی سبزواری است که گفته است مراد از حکم کسی در مقام حاکم شرعی نیست بلکه این کلمه برگرفته از احکام است که به معنی منع از تنافر و تخاصم میان زوجین است، در قران کریم واژه حکم گاهی به معنی اتقان و استواری آمده است «یحکم الله» (حج، ۵۲) و گاهی به معنی حکمیت آمده است **«فالله یحکم بینهم»** (۱۱۳) بنابراین واژه حکم غیر از معنای حاکم شرع معنای دیگری نیز دارد و آن منع، استواری و تحکیم است معنی اخیر می‌تواند معنا و مفهوم واژه حکم باشد در این آیه بااینکه مولا در مقام بیان بوده است شرط دیگری برای حکمیت ذکر نکرده است مانند مرد بودن داور یا مجتهد بودن آن، از عدم بیان مولا می‌توان نتیجه گرفت که برای داور مرد بودن و اجتهاد شرط نیست (سبزواری، عبد الاعلی، ۱۴۱۳ ق، ۲۳۲)

قران کریم به خانواده‌های که درگیر اختلاف می‌گردد به‌جای مراجعه به محاکم قضایی توصیه به انتخاب حکم نموده است دلیل آن می‌تواند این باشد که حل‌وفصل قضایا از طریق حکمیت می‌تواند به‌راحتی و با هزینه کم باشد از طرف دیگر می‌تواند اعتماد طرفین اختلاف را جلب کرده و رسیدگی به‌صورت تخصصی و با دقت بیشتر انجام شود زیرا داور مستقل و بی‌طرف است یعنی هیچ ارتباط مالی و اجتماعی با طرفین اختلاف ندارد و به هیچ سمت‌وسوی گرایش ندارد (امیر معزی، احمد، ۱۳۸۷، ۲۰۶) اما رسیدگی قضایی تأثیر اندک داشته و در برخی موارد می‌تواند مسئله را پیچیده‌تر کند دلایلی زیادی وجود دارد که رسیدگی به شیوه حکمیت شباهت زیادی با کارشناسی دارد که مهم‌ترین آن ذکر می‌شود

برخی از موضوعات که مورد نزاع واقع می‌شود ماهیت غیرحقوقی دارد در این‌گونه از موارد شیوه‌های قضایی نمی‌تواند مسئله را مدیریت نموده و برای آن راه‌حل ارائه نماید زیرا روش قضایی نیاز به مستندات قانونی و قواعد حقوقی دارد که در این‌گونه موارد وجود ندارد مانند برخی از امور که ماهیت اخلاقی دارد به‌طور مثال اگر زوج با همسر خود سوء رفتار یا سخت‌گیری‌های مالی داشته باشد تا وقتی‌که به حرج یا ترک انفاق منتهی نگردیده است برای آن راه‌حل حقوقی و قضائی وجود ندارد اما داور یا کارشناس می‌تواند بااخلاق و رفتار کریمانه خود راه‌حل بهتری پیدا کند

برخی از مسائلی که در جامعه و خانواده‌ها اتفاق می‌افتد جنبه‌های پنهانی دارد که حقوق و رسیدگی قضائی برای اثبات آن ابزاری در اختیار ندارد مانند مردی که همسرش را آزار داده و پدری که تقاضاهای نامتعارفی دارد ولی در محکمه آن را انکار می‌کند اما زوجه برای اثبات آن دلیلی نمی‌تواند ارائه کند و برای محکمه هم راهی نیست که در حریم خصوصی افراد وارد گردد درحالی‌که حکمین با زوجه که رابطه خویشاوندی دارند و در ارتباط نزدیک با زوجین هستند می‌تواند مشکلات رفتاری و اخلاقی پنهان را کشف و برای آن راه‌حل پیدا کنند (هدایت نیا، فرج‌الله، ۱۳۹۳، ۱۸۴)

زمانی که دعوا در محاکم قضایی مطرح می‌گردد طرفین نزاع با تمام توان سعی می‌کنند که بر یکدیگری پیروز شده و رأیی دادگاه را به نفع خود تغییر دهد به همین جهت اسراری را که نباید فاش کنند به زبان میاورند تا به‌عنوان دلیل از آن استفاده کنند، اظهار کردن اسراری خانوادگی به قداست و حیثیت خانواده لطمه وارد کرده و باعث فروپاشی خانواده‌ها می‌گردد اما در رسیدگی حکمیت که معمولا داوران از آشنایان و مورد اعتماد طرفین هستند زوجین دوست ندارند اسرار خود را فاش کنند و یا اگر چیزی گفته شد داوران از اسرار آن‌ها مواظبت می‌کنند شاید به همین دلایل باشد که قرآن کریم توصیه می‌کنند که برای حل‌وفصل نزاع خانوادگی بجای مراجعه به دادگاه از روش حکمیت استفاده کنید با توضیحات بالا روشن گردید که این سه ویژگی در حکمیت و کارشناسی و مشابهت‌های دیگری که وجود دارد بیانگر اتحاد ماهیت حکمیت و کارشناسی است

حکمیت اگرچه ویژگی‌های دارد که در کارشناسی نیز این خصوصیات وجود دارد اما داشتن این ویژگی‌ها نمی‌تواند به‌تنهایی ماهیت قضایی و قراردادی حکمیت را تغییر دهد زیرا رأی و نظر کارشناس الزامی ندارد اما اطاعت از رأی حکمیت بر طرفین اختلاف لازم و ضروری است همچنین کارشناسی بر اساس قوانین مشخصی انجام نمی‌گیرد اما رسیدگی حکمیت الزاما بر اساس قوانین حاکم بر آن انجام می‌پذیرد تشریفات و اصول که در رسیدگی حکمیت وجود دارد هیچ‌کدام در کارشناسی وجود ندارد دیگر اینکه هدف از کارشناسی رفع خصومت نیست بلکه بیان حقیقت است اما هدف اصلی در حکمیت حل‌وفصل اختلافات بر اساس عمل به واقعیت است بنابراین تفاوت‌های آشکاری که حکمیت از کارشناسی دارد نشان‌دهنده تفاوت در ماهیت هریک از آن‌هاست بدیهی است که با تفاوت در ماهیت آن دو احکام و آثار هریک نیز متفاوت می‌گردد به این معنا که حکمیت نوعی از کارشناسی نیست بلکه چیزی غیرازآن است

۳-۲- ماهیت مستقل

بر اساس قانون تجارت و قانون حکمیت تجارتی افغانستان نهاد حکمیت ماهیت قضایی و قراردادی ندارد بلکه ماهیت مستقل دارد که با قرارداد شروع و با صدور رأی داور خاتمه پیدا می‌کند ماهیت این نظام تکمیل‌کننده هنجارهای نظام قراردادی و قضایی است و مستلزم یک سازوکار مستقل از عناصر دیگر نظام‌ها است به همین جهت رأی داور از نظارت قانون مقر حکمیت رهاست و قانون مذکور کنترلی بر آن اعمال نمی‌کند بلکه حکمیت در فضایی متفاوتی وجود دارد که قلمرو قوانین و دادگاه‌های داخلی و بین‌المللی نیست آثار که بر این نظریه مترتب می‌شود عبارت است از اینکه انجام فرایند حکمیت مخصوصا در حکمیت بین‌المللی تابع تشریفات قانون داخلی نیست و دادگاه‌های داخلی صرفا در شرایط استثنای می‌تواند در فرایند حکمیت وارد شوند نهاد حکمیت دارای ماهیت خودمختار و خاصی است که مستلزم سازوکار مستقل و خود آیین است و نمی‌توان آن را صرفا در یک شیوه قراردادی یا قضائی طبقه‌بندی کرد زیرا نقش دوگانه حکمیت به‌طوری بی‌سابقه‌ای درهم‌تنیده شده است به‌نحوی‌که جدایی آن‌ها از یکدیگر امکان ندارد

طرفداران نظریه استقلال با استناد به فراملی بودن حکمیت و استقلال کامل طرفین در همه جزئیات حکمیت کنترل یا نظارت دادگاه محل حکمیت را بر اجرای حکمیت انکار می‌کنند و بر این باور هستند که حکمیت باید از محدودیت‌های که قانون ملی ایجاد می‌کند آزاد باشد و قانون ملی محل حکمیت یا محلی که شناسایی یا اجرای رأی از آن درخواست می‌شود نباید نقش نظارتی داشته باشداما اشکال که این نظریه با آن مواجه است این

است که رأی داور باید بر اساس قانون اجرا گردد و دارای ضمانت اجرائی باشد به همین جهت نقش قانون و دولت را نمی‌توان نادیده گرفت زیرا موفقیت حکمیت بستگی به اجرای کامل رأی حکمیت دارد که بدون حاکمیت و قانون ممکن نیست

در مورد قانون حاکم بر حکمیت طرفداران نظریه استقلال میگویند که ایجاد یک شخصیت فراملی برای حکمیت تجاری بین‌المللی ضروری است و تجار نباید خود را در چارچوب نظام قانون ملی محدود کند همچنین اختیار داور هم نباید در قلمرو قانون ملی محصور شود بلکه می‌تواند بر اساس قانون ملی، اصول کلی حقوق بین‌المللی عرف تجاری یا انصاف باشند (مافی، همایون، ۱۳۹۶،۲۰۰)

توافق‌نامه حکمیت نقش مهمی در ایجاد حکمیت دارد درحالی‌که این نظریه جایگاه توافق حکمیت را نادیده می‌گیرد بنابراین با واقعیت موجود منطبق نیست زیرا موافقت‌نامه حکمیت که از حمایت قانون و حاکمیت برخوردار است برای همه الزام‌آور است اشکال دیگر را که می‌توان طرح کرد این است که فقدان تنظیم قواعد حکمیت به‌وسیله قانون ملی مطلوبیت فرایند حکمیت را نمی‌تواند تضمین کند این نظریه نظامی تخیلی است که نمی‌تواند واقعیت‌های موجود را نادیده گرفته و نظم حقوقی کشور محل حکمیت را به چالش بکشد دیگر اینکه مطابق این نظریه رابطه بین داوران و طرفین یک رابطه ویژه است که تحت هیچ شرایطی از دید نظریه کلاسیک قراردادی قابل توجیه نیست زیرا در نظریه کلاسیک طرفین مرجعی را به‌عنوان داور انتخاب می‌کند درحالی‌که در این نظریه توافق‌نامه حکمیت جهت انتخاب داور موردقبول نیست.

نتیجه‌گیری

از منظر بسیاری از فقها حکمیت ماهیت قضایی دارد و بر اساس قوانین و مقررات حاکم بر یک کشور نظارت و اجرا می‌شود نقش ارده طرفین محدود به انتخاب داور یا هیئت حکمیت است فقهایی مانند شهید ثانی و شیخ طوسی حکمیت را نوعی از تحکیم و قضاوت می‌دانند اگرچه برخی از فقها گفته است که حکمیت ماهیت وکالتی و قراردادی دارد زیرا قضاوت نوعی از ولایت است که به مجتهد جامع‌الشرایط و حاکم اسلامی تعلق دارد و داور هیچ‌گونه ولایتی ندارد اما بیشتر از فقها نظریه وکالتی بودن حکمیت را طرح کرده تا با رد نظریه وکالت نظریه تحکیم را قوت ببخشد. ادله که برای اثبات ماهیت قضایی حکمیت ذکر شد ماهیت وکالتی آن را نفی می‌کند اما ماهیت قضایی بودن آن را اثبات نمی‌کند زیرا ممکن است ماهیت حکمیت ماهیت مستقل باشد. حکمیت از منظر بسیاری از حقوق‌دانان ماهیت دوگانه دارد که مبتنی بر حاکمیت قانون ملی و توافق هردو جانب اختلاف است احکام و آثار هردو ماهیت بر آن مترتب است حکمیت اگرچه بسیاری از ویژگی‌های کارشناسی را دارد اما تفاوت اصلی حکمیت با کارشناسی در این است که نظر کارشناس الزامی برای طرفین ایجاد نمی‌کند اما عمل بر اساس نظر داور برای طرفین الزام‌آور است پس حکمیت و کارشناسی ماهیت واحد ندارد. با توجه به قوانین افغانستان به نظر می‌رسد که نمی‌توان برای حکمیت در تمامی موارد ماهیت واحدی را در نظر گرفت و احکام و آثار واحدی را بر آن مترتب نمود زیرا در ماده ۱۸۶ قانون مدنی افغانستان برای داور و حکم جهت حل اختلافات میان زوجین عدالت را شرط می‌دانند درحالی‌که در دیگر قوانین افغانستان برای داور شرطی را ذکر نمی‌کنند یعنی حکمیت و حکمیت ماهیت یگانه ندارد بلکه در مواردی که عدالت در آن شرط است ماهیت قضایی دارد و حکمیت در امور مدنی و تجاری ماهیت مستقل دارد زیرا شرطی مانند عدالت برای حکمیت ذکر نشده است بلکه بی‌طرفی داور کافی است از همین جهت است که احکام و آثار هریک مختلف است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

تعارض منافع: در این مقاله هیچ‌گونه تضاد منافعی وجود ندارد.

سهم نویسندگان: نگارش مقاله مشترکا توسط نویسندگان صورت گرفته است.

تشکر و قدردانی: از کلیه کسانی که در معرفی منابع و تهیه این مقاله ما را یاری رساندند، تشکر و قدردانی می‌نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش فاقد تأمین‌کننده مالی بوده است.

منابع

– امیر معزی، احمد، حکمیت بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، نشر دادگستر، چ دوم، ۱۳۸۸؛

– بطحایی، فرهاد، شمس، عبدالله، ماهیت حقوقی حکمیت، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰ تابستان ۱۳۹۴؛

– جولیان دی‌ام لیو– لوکاس ای میست لیس، استفان ام کرول، حکمیت تجاری بین‌المللی تطبیقی، مترجم، محمد حبیبی مجنده، قم، انتشارات دانشگاه مفید، چ اول، ۱۳۹۱؛

– حسینی روحانی، صادق، فقه الصاق، دار الکتاب مدرسه امام صادق، چ اول، ۱۴۱۲ ق؛

– سیاوش کریمی، بررسی تطبیقی قانون حکمیت تجارتی افغانستان و قانون حکمیت تجاری بین المللی ایران، دانشگاه تهران، رساله دکتری ۱۳۹۵؛

– شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامه، چ اول،

– شیروی، عبد الحسین، حکمیت تجاری بین المللی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی، چ اول ۱۳۹۱؛

– صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، چ پنجم، ۱۳۸۶؛

– سبزواری، عبد الاعلی ، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه المنار، بی‌چا، ۱۴۱۳ ه ق؛

– ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۴۰۳؛

– مافی، همایون و تقی پور محمدحسین، ماهیت حقوقی نهاد حکمیت، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱ سال ۱۳۹۶؛

– محقق سبزواری، محمدباقر، کفایه الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ اول، ۱۴۲۳ ق؛

– محمدبن حسن ابوجعفر طوسی، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ اول، ۱۴۰۷ ق؛

– موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار العلم، چ اول، بی‌تا؛

– نجفی، محمدحسن، صاحب جواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، لبنان، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم ۱۴۰۴ ق؛

– هدایت نیا، فرج‌الله، حکمیت در حقوق خانواده، قم، سازمان انتشارت پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ اول، ۱۳۸۷؛

– هدایت نیا، فرج‌الله، ماهیت حکمیت (در دعاوی خانواده) مجله قرآن و حقوق اسلامی، شماره ۱ پائیز و زمستان ۱۳۹۳؛