

# کشمکش زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لا

وینسنت پاول اسمیث\*  
Vincent Powell Smith

مترجم: محمد حسین ساکت

## به نام خداوند داد و دهش

درآمد

آنچه می خوانید ترجمه شده گفتاری است از وینسنت پاول اسمیث (Vincent Powell Smith) که با این ویژگیها نشر یافته است:

Vincent Powell Smith, "Settlement of Disputes By Arbitration under Sharf'ah and at Common Law", *Islamic Studies* 34:1 (1995) [Pakistan].

از آن جا که خواننده، برای نخستین بار، یک بررسی سنجشی میان دو نظام حقوقی اسلام و کامن لا در زمینه داوری را به فارسی می خواند، موضوع شایسته نگرش است. این گفتار چکیده پایان نامه کارشناسی ارشد وینسنت پاول اسمیث است در مؤسسه تطبیقی دانشگاه اسلامی بین المللی مالزی. پژوهشگر این گفتار در زمینه حقوق اسلامی از منابع دست دوم بهره گرفته است. از آن گذشته، چنان که پیداست او تنها بر فقه حنفی تکیه کرده

\*. نگارنده از دوست و همکار خود استاد دکتر علاء الدین خروفه برای نظریه های یاریگرانه اش در پیش نویس این گفتار بسیار سپاسگزار است. نویسنده سراسر مسؤول هرگونه لغزشهای انجام، برداشت یا وانهادن است.

است و دیدگاه‌هایش دربارهٔ حقوق شیعه گذرا و سطحی است و بر پایهٔ تنها کتاب انگلیسی نگارش یافته در این زمینه یعنی کتاب دکتر سیدحسن امین، استوار است. با این همه، تازگی گفتار و باریک بینی نگارندهٔ آن در سنجش میان دیدگاه‌های دو نظام حقوقی اسلام و کامن‌لا ستودنی است.

## ● دیباچه

داوری را می‌توان این‌گونه تعریف کرد: ارجاع یک کشمکش یا اختلاف برای دادخواهی به شخص سومی که توسط طرفین دعوی برگزیده شده است و تصمیم او برای آن دو الزام‌آور است. داوری، به عنوان ابزار کشمکش‌زدایی، «روشی آزموده، سودمند و مطلوب توصیف گردیده است که «سودمندی اجتماعی و بازرگانی‌اش آشکار است».<sup>۱</sup>

داوری به عنوان روش زدودن کشمکشها، ریشه‌ای بس کهن دارد. برای انسان پیشین، بردن ستیزها و کشمکش‌هایش نزد ریش‌سفیدان قبیله برای دادرسی نهایی و الزام‌آور، کاری طبیعی بوده است. در روزگاران گذشته، پیش از تاریخ نگاشته، هیچ دستگاه حقوقی یا قضایی سازمان یافته‌ای وجود نداشت.<sup>۲</sup>

۱. در نظام‌های کامن‌لا و حقوق نوشته، با نبودن توافق میان طرفین، داور یا داوران ممکن است به انتخاب شخص سومی، مانند نهادی حرفه‌ای یا داوری یا توسط دادگاه، برگزیده شود.

2. Law Reform Commission of Australia Capital Territory. "Report on the Law Relating to Commercial Arbitration", parliamentary Paper 23, 1975, p. 4.

۳. تاریخ نگاران بر آنند که نخستین تمدن‌ها در حدود میان ۵۰۰ و ۵۰۰ پیش از میلاد پا گرفتند. نخستین تمدن در خور شناسایی از آن سومریان است که در میان رودان (بین‌النهرین عراق امروز) نمایان بود و نشانه‌های حقوق سومری دانسته و شناخته است. بنگرید به:

J. M. Roberts, History of the World, (New York: Oxford University Press. 1993), pp. 28, 32 ff.

میراث حقوقی گذشته به دست ا. س. دیاموند در کتاب حقوق آغازین، گذشته و اکنون، فصل‌های دوم و سوم، به نمایش درآمده است. ولی، به سختی گزارش‌های حقوقی برجا مانده‌ای در سراسر حقوق آغازین و بدوی وجود دارد (ص ۱۰).

A. S. Diamond, Primitive Law, Past and Present, (London: Methuen. 1971), Chapters 2 and 3.

«بر پیشرفت جامعه، روزگاری بس دراز می‌گذرد که پس از آن، اندیشه‌های مالکیت و حقوق انحصاری فرد، پیش از برابری یک دستگاه الزامی عدالت توزیعی، در مغز بشر شکوفه زده است. در راستای آن دوران پانگرفته، هر اختلافی یا با تراضی و همنوایی مشترک پایان می‌یافت و یا به شخص بیطرفی که از خرد و انصاف والای او نظری پسندیده به دست می‌آمد، سپرده می‌شد».

روشن است که داوری پیش از برابری نظم حقوقی و در واقع، پیش از تاریخ نگاشته وجود داشته است.<sup>۴</sup> داوری باید از سبیده دم سوداگری و داد و ستد وجود داشته باشد. داوری در میان بازرگانان فینیقی رواج داشت<sup>۵</sup> و گمان می‌رود در کتاب مقدس بدان اشاره شده است<sup>۶</sup> و در حقوق رُم امری شناخته شده است.<sup>۷</sup> هراس، تاسی توس و اوید همه در نگاشته هایشان به داوری اشاره می‌کنند<sup>۸</sup> که در یونان باستان نیز به کار می‌رفته است.

4. Kyd, A Treatise on the Law of Awards, (Crowder, 1971), p. 1,

به نقل از A. F. Comish در گفتار:

"Arbitration at Common Law before the First (English) Arbitration Act 1698" (1990) 56 Arbitration 194.

5. S. A. Teiwal and F. A. Tsegah, "Arbitration and the Settlement of Commercial Disputes" (1975) 24 ICLQ 393.

سودمندترین سرگذشت داوری را روثه بوک با این ویژگی نگاشته است:

D. Roebuck, "A Short History of Arbitration", Chapter 1 (pp. xxxiii- 1xv), in N. Kapian J. Spruce and M. J. Moser, Hong Kong and China Arbitration (Hong Kong: Butterworths. 1994).

شگفتا که نویسنده اشاره‌ای به داوری در اسلام نمی‌کند. *فلسفه و مبانی حقوقی*

6. F. Kellor, American Arbitration, (New York: Harper Bros. 1970), p. 3; M. Mustisll, "Arbitration: History and Background",

همچنین نگاه کنید به:

(1989) 6 Journal of International Arbitration 43.

7. I. Kings, chapter 3, verses 16- 28. Roebuck, "A Short History of Arbitration", p. xxxvi.

روثه بوک پیشنهاد می‌کند که گزارش وابسته به کتاب مقدس از حکم سلیمان پیامبر «آشکارا نمونه‌ای است از دادگری همایونی».

8. W.W. Buckland, A Textbook of Roman Law (Cambridge University Press, 2nd ed. 1932), p. 531.

9. J.F. Philips, "The History of Arbitration" (1981) Arbitration 16.

افلاطون، که در حدود سال ۳۵۰ پیش از میلاد می‌نگاشت، به ما می‌گوید که گونه‌ای از شیوه‌های حل اختلافات شخصی، که از دستگاه حقوقی دولت جدا بود، در آن روزگار گسترش یافته بود:

«اگر کسی در انجام قراردادی تراضی شده ناکام می‌ماند... باید به دادگاه‌های قبایلی دادخواست داده شود، البته اگر دوسوی [قرارداد] قبلاً نتوانسته‌اند بر سر اختلافاتشان پیش‌داوران (یعنی، همسایگان خود) به سازش برسند».

چنین پیداست که در جامعه عربستان پیش از اسلام، داوری تنها دستگاه ضمانت اجرایی آشکار برای زدودن کشمکشها بوده است و گزینه دادخواهیهای خود-باوری (self-help remedies) به شمار می‌آمده است. در عربستان پیش از اسلام، اختلافها شامل حقوق اموال، ارث و جز آن بود که بیشتر برای تصمیم‌گیری به داوری (حکم) ارجاع می‌شد. این در اساس، یک توافق دلخواهانه شخصی بود، هر چند گفته شده است که آرای داوران برگزیده در عکاظ - بازار یا نمایشگاه موسمی نزدیک مکه - برابر عرف، طرفین را پایبند می‌ساخت. "ژوزف ساخت، دانشمند غربی، از داوری در آن روزگاران چنین سخن می‌گوید:

«داور شدن به گروه اجتماعی یا لایه دینی خاصی بستگی نداشت. طرفین [اختلاف] آزاد بودند تا با توافق کسی را به داوری برگزینند. با این همه، همیشه رئیس قبیله داور بود. داور به خاطر ویژگیهای شخصی خویش، و به خاطر آبرو و اعتبار خود برگزیده می‌شد چرا که به خاندانی پیوند داشت که در شایستگی برای تصمیم‌گیری در زمینه اختلافها زبانزد بودند و فراتر از هر چیز، شاید به خاطر نیروهای فراطبیعی اش که دوسوی [اختلاف] پیش از آغاز به داوری، با درخواست رمز یزدانی، داوری را می‌آزمودند. از آن جا که این نیروهای فراطبیعی بیشتر در کاهنان یافت می‌شد، اینان را بیشتر به عنوان داوران برمی‌گزیدند».

10. Plato, *The Laws*, (translated by R. Saunders) (London: Penguin Books. 1980), p. 68.

11. S. H. Amin, *Commercial Arbitration in Islamic and Iranian Law*, (Tehran: Vahid Publications.n.d.). p. 42.

12. J.Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1964 repr. 1991). p. 7.

داوری با کاهنان که در حقیقت آخوندهای بت پرست بودند و ادعا می کردند که از نیروهای یزدانی برخوردارند، بالطبع، به خاطر سرشت بت پرستانه اش و این حقیقت که در آن روزگار چه بسامورد استفاده نادرست قرار می گرفت به دست حضرت محمد (ص) رد شده است. با این همه، پیامبر (ص) نهاد داوری را رد نفرمود و پیوسته و به هنگام دادرسی در کشمکشها و اختلافهای میان پیروانش، به پذیرش پایگاه آشتی جویانه رویکرد نشان می داد. افزون بر این، هر گاه قرآن از تکاپوی قضایی پیامبر (ص) سخن می گوید فعل «حکم» و برگرفته های آن را به کار می گیرد.<sup>۱۳</sup> قرآن اشاره فراوانی به داوری دارد و به گزینش داوری از سوی دو خانواده زن و شوهر، که اختلافی بنیادین دارند، فرمان می دهد:

«و اگر [دلیلی بود که] بیم اختلاف میان آن دو [زن و شوهر] رود، پس یک داور از خانواده مرد و یک داور از خانواده زن برگزینید. اگر آن دو بهبود خواهند، خداوند میان آنان سازش می افکند. همانا خداوند دانای آگاهست» (نساء / ۳۵).<sup>۱۴</sup>

در سوره حُجرات آمده است:

«اگر دو گروه از گروندگان به نبرد و ستیز افتادند میان آنان سازش اندازید... همانا گروندگان همه برادرند، پس میان برادران خود آشتی افکنید و از خدا بترسید شاید آمرزیده شوید» (حجرات / ۹ - ۱۰).<sup>۱۵</sup>

دستورهای قرآنی آشکار می دارند که نه تنها بر طرفین اختلاف است تا کشمکشهای خویش را به روشی برادرانه پایان بخشند، بلکه جامعه اسلامی در این باره دارای مسؤولیت

13. Ibid. p. 10.

14. Muhammad Assad, The Message of the Quran, (Gilbrator: Daral Andalus 1980). همان گونه که در سرزمینهای گوناگون اسلامی عمل می شود، این روش و کوشش برای سازش دادن اختلافها به مفهوم سازش یا میانجیگری در حقوق غرب نزدیکتر است ولی این آیه برای چنین داوری گرفته شده است.

۱۵. ترجمه انگلیسی عبدالله یوسف علی.

است. به متن قرآنی دیگری که خواهان داوری است در سوره نساء برمی خوریم، آن جا که می فرماید:

«به خدایت سوگند نمی گروند تا آن که ترا [ای پیامبر] برای همگی اختلافهایشان میان خود دادرس قرار دهند و سپس بر خود نمی یابند از آنچه تو دادرسی کرده ای و بدان سر سپرده اند» (نساء/ ۶۵).<sup>۱۶</sup>

واگذاری کشمکشها به دادرسی پیامبر (ص) نشانه فرمانبرداری از خداوند و تضمینی است بر حلّ و فصل دادگرانه کشمکش. قرآن این گفته را روشن ساخته است آن جا که می فرماید:

«ای کسانی که گرویده اید از خداوند فرمان برید و از پیامبر فرمان برید و از دارندگان امر از میان خود؛ اگر در چیزی اختلاف پیدا کردید آن را پیش خدا و پیامبر برید، اگر به خداوند و روز واپسین ایمان دارید این بهترین است و بهترین سرانجام است [برای شما]» (نساء / ۵۹).

گذشته از قرآن، نمونه هایی در سنت هست که به ستایش کسانی می پردازد که نقش مصلح در میان مردم را دارند. کوششهای پیامبر (ص) در آشتی افگندن میان شاکیان و شکایت شدگان و روند شتابان سازش پاگرفته به دست او با پرداختن و رسیدگی به اختلافهای میان بدهکاران و بستانکاران، نمونه ای است از این دست.<sup>۱۷</sup> روایت شده است که پیامبر (ص) فضیلت میانجیگری و خطر ستیز و دشمنی را با این سخن بیان داشته است:

«نمی خواهید شما را از چیزی آگاهی دهم که از روزه، بخشش به مستمندان و نماز والاتر است؟» پاسخ شنید: «به حتم!» پیامبر فرمود: «میان مردم آشتی انداختن، زیرا مردم را به اختلاف واداشتن مانند یک تیغ است، منظورم تیغی نیست که سر را می تراشد، بلکه دین را پاره می کند».<sup>۱۸</sup>

۱۶. دیگر آیه های قرآنی که شامل داوری یا سازش اند: ۱۰۵/۴؛ ۵۱/۵؛ ۴۵/۶؛ ۱۵۲/۶.

۱۷. بخاری، الجامع الصحیح، ترجمه W. Marçais, Houdas (پاریس ۱۹۰۴)، جلد ۳، ص ۱۲۸.

۱۸. روایت شده به وسیله ترمذی و دیگران، نگاشته شده در الحلال و الحرام فی الاسلام از یوسف القرداوی، ترجمه انگلیسی (کوالالمپور ۱۹۹۴)، ص ۳۱۱.

Yûsuf al - Qârdawî, The Lawful and The Prohibited in Islam, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 1994), p. 31.

بیان قدیمی نقش داوری در حقوق اسلام در دعائم الاسلام<sup>۱۹</sup> فاطمیان و وصیت علی بن ابی طالب [ع] دیده می شود که فرمود: «سازش میان مردم از همگی روزه ها و نمازها [ی مستحبی] برتر است»<sup>۲۰</sup>.

قدیمی ترین روایت یک توافق داوری در جهان اسلام آن است که میان علی بن ابی طالب [ع] و معاویه بن ابی سفیان، استاندار شام و پایه گذار دودمان اموی، بر سر جانشینی خلافت پیش آمد، آن گاه که دو داور برای حل اختلاف برگزیده شدند.<sup>۲۱</sup> کسانی که با توافقه‌های داوری بین المللی که امروز در کامن لا (Common Law) انجام می گیرند آشناینند، درخواهند یافت که این سند به گونه ای شگفت انگیز با اسناد به کار رفته امروزی در داوریه‌های بین المللی همانندی دارد. این سند، محل داوری - که جایی بیطرف میان شام و عراق بود - قانون حاکم و مقررات آیین دادرسی را برابر تراضی طرفین تعیین می کند. همچنین، انتخاب یک داور جانشین، به هنگام مرگ یکی از داوران برگزیده شده، در آن پیش بینی شده است.

در حالی که در روزگاران نوین به داور: کمتر از قاضی می نگرند،<sup>۲۲</sup> اما شریعت اسلامی، داوری را به عنوان ابزار زدودن کشمکشها می شناسد و در بسیاری از کشورهای اسلامی به عنوان دستگاه حل اختلافهای بازرگانی اهمیتی به سزا دارد. در مسائل آیین دادرسی و ماهوی و داوریه‌های بازرگانی بین المللی، جایی که عنصری اسلامی حضور دارد یعنی در طرحهای ساختمانی در یک کشور مسلمان، شریعت (حقوق اسلام) مهم و نقش آفرین است. اما، شگفتا که در متون برجسته به زبان انگلیسی درباره داوری بازرگانی جهانی، به هیچ وجه به داوری در حقوق اسلام اشاره ای به چشم نمی آید،<sup>۲۳</sup> در حالی که

۱۹. دو جلد (قاهره، ۱۹۵۱ و ۱۹۶۱) بازنویس در مقاله آصف فیضی با این ویژگی:

A.A. Fyzee, "The Adab al- Qadi in Islamic Law", (1964) 6Mal. L. R. 406, p. 414.

۲۰. دعائم الاسلام، ج ۲، بند ۱۲۹۷، ص ۳۴۷، بازنویس به وسیله فیضی، همان جا.

۲۱. فرابندهای انجمن وکلای بین المللی، نخستین کنفرانس منطقه ای، قاهره، ۱۵-۱۹ فوریه ۱۹۸۷، ج ۱، ص ۳۳۷؛ مقاله عبدالحمید الاحب درباره «قانون داوری اسلام» (Moslem Arbitration Law)، ترجمه انگلیسی متن.

22. Amin, Commercial Arbitration, p. 36.

23. Redfern and M. Hunter, The Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd.ed., (London: Sweet & Maxwell, 1991).

داوری با تراضی در کشورهای عربی زبان و دیگر سرزمینهای اسلامی برای حل اختلافهای بازرگانی به گستردگی به کار می‌رود.<sup>۲۲</sup> در واقع، می‌توان استدلال کرد که نقش پیامبر (ص)، به عنوان قاضی عالی، پایگاه شناخته شده او را در حل کدخدامنشانه کشمکشها و اشارتهای قرآن به کشمکش زدایی از رهگذری جز دادگاههای حقوق یا دادگستری (که در آن هنگام وجود نداشت) نشان می‌دهد که حتی پس از وفات پیامبر (ص) داوری به خاطر بارهای مذهبی اش، در کشورهای اسلامی معنایی گرانتر از شکایت بردن به یک دادگاه حقوق دارد.

یکی از نویسندگان<sup>۲۳</sup> دیدگاهی دوگانه دارد و اشاره می‌کند که داوری به جای دادرسی در ترازوی پایین تر و فروتر از نهاد دادرسی - رسیدگی قاضی مسلمان - دانسته شده است. با این همه، دیدگاه همگانی در مکاتب حقوق سنتی بر آن است که طرفین اختلاف حق انتخاب یک شخص برای داوری میان خود را دارند. تنها مکتب شیعه دوازده امامی است که داوری را نمی‌پذیرد - مکتب دوازده امامی در ایران رایج است - و دودلیهای آنان درباره داوری بر پایه این دیدگاه استوار است که داددهی (adjudication) تنها حق پیامبر (ص) و دوازده امام [ع] است.<sup>۲۴</sup>

این نوشته نگاهی دارد به سیماهای برجسته داوری در حقوق اسلام و همگونیها و ناهمگونیهایش را با پایگاه حقوق کامن لایمی سنجد. بر این باوریم که این سنجش سودهایی دربر خواهد داشت و شاید در آن دسته از کشورهای آسیایی سودمند افتد که بیشتر شهروندان آن جا مسلمانند، ولی «کشور اسلامی» نیستند. زیرا دستگاه قضایی شان یا بر

۲۲. متن عمده در زبان انگلیسی کتاب سمیر صالح است با نام زیرین:

Samir Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East*, (London: Graham & Trotman 1984).

این کتاب قوانین سیزده کشور را بررسی می‌کند و تأکید می‌ورزد که حقوق اسلام در بخشهای گوناگون جهان اسلام به شیوه‌های گوناگون، و بخصوص در درجه‌های متفاوتی از دقت، کاربرد داشته و دارد. نویسنده بر اهمیت حقوق اسلام در داوری بازرگانی تأکید دارد، ولی یادآوری می‌کند (ص ۱۲) که اهمیت آن «بویژه بستگی به این دارد که چه اندازه قانون موضوعه تکامل یافته است و بستگی به درجه دنیوی شدن (یا عرفی شدن) (secularization) دادگاهها دارد».

25. Amin, *Commercial Arbitration*, p. 24.

26. Ibid, p. 26.

برای تاریخ و تکامل شیعه و عقیده امامیه بنگرید به: کتاب س.ح. جعفری با این ویژگی:  
S.A. Jafari, *The Origins and Early Development of Shi'a Islam* (London, 1979).



پایه روش حقوق نوشته استوار است و یا حقوق نانوشته. در آسیا، بر روی هم، روش داوری برای رسیدگی و پرداختن به اختلافها برتری دارد و در نزدیک شدن به دادگاههای حقوق کامن لا، چه بسا آخرین دستاویز به شمار می آید. همچنین، داوری در خاورمیانه عربی، یک روش رایج و برتر در حل و فصل اختلافهای بازرگانی است.<sup>۲۷</sup> بی گمان، در هر گوشه ای از جهان، اهمیت داوری را می توان به چشم دید.



## توافقی داوری

کامن لا برای داوری دو گونه توافق می شناسد. توافقهایی که اختلاف کنونی و موجودی را به داوری ارجاع می دهند - و بیشتر ارجاع به داوری موردی یا ویژه (اتفاقی) (*ad hoc*) خوانده می شود - و شرط داوری ضمنی که آشکارا برابر با توافق برای ارجاع اختلافهای آتی به داوری در قراردادها می گنجانند. این تقسیم بندی در تعریفهای قانونی گوناگون از اصطلاح «توافقی داوری»،<sup>۲۸</sup> بازتاب دارد. در همه کشورهایایی که از نظام حقوق کامن لا پیروی می کنند، بر این منوال است که یک شرط داوری رسمی در قراردادهای بازرگانی می گنجانند که برابر آن، طرفین توافق می کنند اختلافهای آینده را به داوری ارجاع دهند. یک شرط نمونه داوری که در یک

27. Saleh, Commercial Arbitration, pp. 1- 4.

۲۸. برای نمونه، بند ۲ قانون داوری ۱۹۵۲ (مالزی) «توافق داوری» را به معنای «توافقی کتبی» برای سپردن اختلافهای کنونی یا آینده به داوری تعریف می کند، خواه نام داور در آن ذکر شده یا نشده باشد. با این همه، ارجاعهای قانونی در این مقاله به قوانین مالزیایی است، آن قانونگذاری در انطباق با قانونگذاری انگلیسی پیش از اصلاح (قانون داوری پیش از ۱۹۷۹) همانندی دارد و شامل مقررات همسان در بیشتر کشورهای دیگر در کامن لاس است.

قرارداد مهندسی ساختمان آمده است مقرر می‌دارد که: «به هنگام بروز اختلاف میان کارفرما و پیمانکار، در خصوص قرارداد و یا بیرون از آن قرارداد، و نیز اختلافی که به وسیله مهندس تعیین شده برای داوری حل نشود، طرفین به داوری رجوع می‌کنند و می‌خواهند تا در چارچوب نهاد داوری مشخصی به داوری بپردازد».<sup>۲۸</sup>

دیدگاه کامن‌لا این است که در این مورد، در عمل، دو قرارداد وجود دارد: یکی قرارداد اصلی در مورد کارهای ساختمان و دیگر، قرارداد ارجاع به داوری برای حل اختلافهایی که امکان بروز آن میان طرفین وجود دارد.<sup>۲۹</sup> این برای حقوقدان کامن‌لا دشواریهای فکری به بار نیاورده است و تنها پیش‌نیاز بنیادین آن است که باید در پیرامون مسأله‌ای که توافق داوری آن را دربر می‌گیرد، «کشمکشی یا اختلافی» خواه موجود و کنونی و خواه در آینده میان طرفین پدید آید.<sup>۳۰</sup>

در عهدنامه‌های بین‌المللی نیز این جدایی دیده می‌شود: در عهدنامه نیویورک، برای نمونه، ماده ۲-۱ هر توافقی را که دو طرف، تعهد به سپردن «همه یا هر اختلافی که میان آنان پدید آمده است یا خواهد آمد» به داوری در چارچوب آن می‌دهند به رسمیت می‌شناسد. با این همه، به عکس رواج و گسترش داوری توافقی در چارچوب یک داوری ویژه (ad hoc) رخ می‌دهد. این بیشتر در موردی است که یکی از دو سوی قرارداد یک دولت یا مؤسسه‌ای دولتی است.<sup>۳۱</sup>

بر روی هم، نظامهای حقوق کامن‌لا هیچ پیش‌نیاز رسمی را برای اعتبار توافق داوری مقرر نمی‌دارند، ولی در مالزی و کشورهای حقوق کامن‌لا، اگر هر دو طرف بخواهند از سودمندبهای قانون داوری ۱۹۵۲ یا برابر آن برخوردار شوند، وجود توافقی

۲۹. شرطهای قرارداد برای کارگران مهندسی ساختمان، بخش یک، بند ۶۷-۱. تجویز می‌کرد داوریها زیر نظر چنان اعضای داوری جهانی مانند دادگاه داوری لندن و اتاق بین‌المللی بازرگانی پاریس رهبری شوند. هزینه‌هایی برای این امتیاز پرداختنی است.

### 30. The Hannah Blunenthal [1983] I AC 854.

۳۱. برای همگی خواسته‌های عملی یک کشمکش (dispute) و یک اختلاف (difference) یکی است ولی در پرونده F. G. Sykes (Wessex) Ltd. v. Fine Fare Ltd. [1967] I Lloyd's Rep 53, p. 60 معنای «اختلاف» از «کشمکش» گسترده‌تر دانسته شده است.

۳۳. برای بحث و گفتگو بنگرید به: Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, pp. 56- 57.

کتبی لازم است.<sup>۳۳</sup> یک توافق شفاهی داوری، اگر با داوری کامل همراه باشد، می تواند پایه رأیی معتبر و درخور اجرا قرار گیرد؛ دادخواهی دادبرده (محکوم له) پیگیری رأی داوری در حقوق کامن لا است.<sup>۳۴</sup> پایه چنان دادخواست رأی داوری آن است که تعهدی ضمنی در هر توافق داوری وجود دارد که دو سو آن رأی داوری را انجام می دهند،<sup>۳۵</sup> به گونه ای که اگر یک سوی توافق به شکستن این تعهد ضمنی دست یازد دادبرده می تواند برای اجرای رأی دادخواست دهد.<sup>۳۶</sup> امروزه بیشتر توافقیهای داوری کتبی است تا شفاهی. جایی که چنین موردی هست، بدین گونه در مالزی، یک داور بومی تابع مواد قانون ۱۹۵۲ خواهد بود.<sup>۳۷</sup>

توافق داوری ممکن است در بیش از یک سند آورده شود. برای طرفین قرارداد کوشش برای گنجاندن توافق به ارجاع به قرارداد دیگر، کاری است متداول. این فرایندی است سرشار از دشواریها و می تواند وضع پیچیده ای باشد. در پرونده<sup>۳۸</sup> T. W. Thomas & Co Ltd. v. Portsea Steamship Co.، مجلس اعیان بر آن بود که، هنگامی یک بارنامه کشتی به مفهوم گنجانده شدن در قرارداد میان دارنده بارنامه و مالک کشتی محسوب می شود که شرطهای آغازین اجاره نامه دریایی میان اجاره کننده و مالک - به اصطلاح شرط داوری - در اجاره نامه دریایی در غیاب ارجاعی صریح به ویژه به شرط داوری در بارنامه کشتی گنجانده

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

۳۳. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۲.

34. M. Mustill & Boyd, Commercial Arbitration, 2nd ed. (London: Butterworths 1989), p. 6.

35. F. G. Bloemen Pty Ltd. v. Gold Coast City Council {1972} 3 All ER 357. PC.

36. Halsbury's Laws of England (4th ed.), Vol. 2, para 712.

۳۷. در مالزی، برابر بند ۲۴ قانون داوری ۱۹۵۲، برخی از داوریهای بین المللی از واریسی دادگاهها استثناست و این قانون شامل آنها نمی شود. آنها داوری انجام گرفته برابر مقررات قانون داوری منطقه کوالالامپور و رأیهای موضوع پیمان نیویورک را دربر می گیرند. اجرای چنین رأیهای بین المللی به وسیله قانون پیمان شناسایی و اجرای رأیهای داوری خارجی ۱۹۲۵ نظارت می شود.

38. [1912] ACI.

در کامن لاسه عامل وابسته به موافقت‌های داوری وجود دارد. نخست، بودن توافق داوری، طرفین را از کشاندن اختلاف به دادگاه حقوق برای تصمیم‌گیری باز می‌دارد. پیش‌نویس توافق داوری مناسب می‌تواند به گونه‌ای شایسته و منطقی نیاز به رجوع به دادگاهها را منتفی سازد. چنین شرطی به نام شرط اسکات علیه آوری (Scott v. Avery) معروف است و طرح دعوا داوری را شرطی مقدم بر هر دادخواهی می‌سازد.<sup>۴۰</sup> دوم، همان‌گونه که قبلاً بیان داشتیم، قانون مقرر کرده است که برای به دست آوردن پشتیبانی قوانین داوری باید «قراردادی کتبی» وجود داشته باشد. هدف یا اثر این پیش‌نیاز قانونی تأکید و دستیابی به این اطمینان است که هیچ‌کس از حق برخورداری از تصمیم دادگاه در یک اختلاف بازداشته نشود مگر این‌که آگاهانه بر چنین کاری (مراجعه به داوری) تراضی کرده باشد.

سوم، وضع یک «موافقت به داوری یا شرط داوری گنجانده شده در هر قرارداد با گونه‌های دیگر شرط تفاوت دارد، زیرا به یک «قرارداد خود-شمول جنبی یا طاری قراردادهای اساسی» می‌انجامد<sup>۴۱</sup> که حتی اگر قرارداد اصلی با تخلف و پذیرش به پایان برسد، این قرارداد جنبی برجا خواهد ماند. اگر قرارداد خود-شمول باید گنجانده شود، پس باید در سندی که به عنوان سند گنجانده شده تکیه می‌شود، آشکارا بدان ارجاع گردد. استفاده از واژگان مبهم یا کنایی و اشاره‌ای کلی کافی نخواهد بود، زیرا دادگاهها برای خارج ساختن حق عادی طرح دعوا در دادگاهها به یک توافق داوری... که به روشنی از

۳۹. پرونده‌های اخیر درباره یکی شدن بندهای داوری با ارجاع، شامل شرکت اوغتون علیه شرکت خدمات کنت (Aughton Ltd. v. M. F. Kent Services Ltd. (1991) 31 Conl. R 60) و شرکت گیفن (Giffen Electrical Contractors Ltd. v. اسکول و اسکول Drake & Scull Engineering Ltd. (1991) 38 Conl R 84).

40. Scott v. Avery (1856) 5 HL CAS & 11.

در این‌که چنین بندها و شرطهایی نافذ است، تردیدی نیست. برای نمونه، بنگرید به: پرونده همین علیه شرکت داروینز (Heyman v. Darwins Ltd. (1942) AC 356) برای بحث کلی بنگرید به: Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, Chapter 13, pp. 161 ff.

41. Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd. [1981] Ac 909. HL. per Lont Diplock.

شرطهای قرارداد هویدا باشد» نیاز دارند.<sup>۴۲</sup>

گاهی چنین مسائلی طرح می شود که آیا اختلافی خاص در درون آن توافق جا می گیرد یا نه. این همیشه مانند مسأله ای از تفسیر عبارتهای خود قرارداد حل می شود؛ همان گونه که لرد پورتر (Porter) در پرونده هیمن علیه شرکت داروینز (Heyman v. Darwins Ltd.) بدان تأکید ورزید.<sup>۴۳</sup> در آن پرونده پژوهش خواندگان با پژوهش خواهان، توافق دارای شرطی داوری بود که بیان می داشت:

«چنانچه میان دو سو [ی قرارداد] تا این هنگام با توجه به این توافق هرگونه اختلافی پدید آید یا در هر کدام از شرطهای گنجانده شده در این سند یا چیزی بیرون از همان سند، اختلافی پیش آید به داوری ارجاع خواهد شد...».

اختلافی میان طرفین به بار آمد، و پژوهش خواهان ادعا می کردند که پژوهش خواندگان قراردادی را که بر پایه قبول تخلف پژوهش خواهان بدان پایان می دهد رد کرده اند. آنان استدلال می کردند که چون پژوهش خواندگان قرارداد را درست رد کرده اند، آن رد هنگامی از سوی پژوهش خواهان پذیرفته می شود که آنان یکپارچه صادر کردند و بدین سان، مورد ستیز قرار داشت و قرارداد برای همه خواسته ها از اعتبار افتاد به گونه ای که پژوهش خواندگان نمی توانستند بر شرط داوری که بخشی از آن را می ساخت تکیه کنند. مجلس اعیان با تأیید نظر دادگاه پژوهش، استدلال پژوهش خواهان را رد کرد و اظهار داشت که آن اختلاف در شرط داوری قرار داشت. آن جا که نقض کلی قرارداد به دست یک سو [ی قرارداد] بوده است به گونه ای که طرف دیگر دست از تعهداتش بردارد، شرط داوری، چنانچه شرطهایش به اندازه ای کافی گسترده باشند، بر جا خواهد بود. این حتی در حالی است که طرف زیان دیده رد را پذیرفته باشد. این قضیه، در این مسأله «پایگاه سنتی و قدیمی» (*Locus Classicus*) است و قانون امروز می ماند.<sup>۴۴</sup>

42. PerRalph Gibson LJ, in *Aughton Ltd. v. M. F. Kent Services Ltd.* (1991) 31 Conl R 60, at 77.

ص ۷۷، آن جا که دادگاه تجدید نظر انگلیسی عقیده داشت که یک شرکت وانمود شده نافذ نیست.

43. 12 [1942] AC 356. at 392.

۴۴. بنگرید به: ماستیل و بوید، داوری بازرگانی، فصل ۶، صص ۱۰۵ به بعد، برای بحث بیشتر.

کوتاه سخن آن که می توان گفت که امروز کامن لا اقتدار یک قرارداد را برای سپردن هر دو اختلاف موجود و آینده به داوری به رسمیت می شناسد.<sup>۴۵</sup> کامن لا کوششهای خود را بر دیگر حوزه ها متمرکز ساخته است و چنان مسائلی که از خود قرارداد داوری برمی خیزند، معمولاً از سرشت تفسیری برخوردارند یعنی مایه های استنباط و تعبیرند.

حقوقدانان مسلمان بی درنگ بیان می دارند که: «کامن لا با پایگاه حقوق اسلام برخورد سختی دارد، چون در مجموع عقیده بر آن است که یک قرارداد تنها پس از بروز اختلاف به داوری کشانده می شود. یک شرط داوری، در قالب غربی، به غرر می انجامد، زیرا سرشت یا پیشامد یک اختلاف آینده، شناخته و دانسته نیست.»<sup>۴۶</sup> و نیز مقرر می دارد که: «در منافع عادلانه و خرید و فروش اعتباری، بودن هر عنصری از نامعلومی یا خطر (غرر) ممنوع است. آنچه وجود ندارد به ناچار عنصر نیرومندی از غرر را در پی دارد.» بدین سان، شرط داوری که دو سوی قرارداد با آن توافق می کنند تا اختلافهایی را که ممکن است در آینده از آن قرارداد برخیزد به داوری واگذارند، در حقوق اسلام باطل است. همچنین، در حقوق اسلام توافق به داوری اختلاف موجود نیز، تا هنگامی که به صدور رأی نیانجامیده است، توسط هریک از طرفین قابل رد و فسخ است.<sup>۴۷</sup> این نیز با نظام کامن لا فرق دارد. در حقوق کامن لا داوری که مطابق توافق کتبی یا توسط طرفین قرارداد برگزیده شده است درخور فسخ نیست مگر موافقتنامه چیز دیگری بگوید یا رسیدگی را به دادگاه واگذارد.<sup>۴۸</sup> جالب آن که در کامن لا طرف یک توافق داوری شفاهی می تواند اقتدار داوری را که خود برگزیده است بر هم زند. او با چنین کاری ممکن است

۴۵. جالب آن که چنین بندهایی تا ۱۹۲۰ که ایالت نیویورک نخستین ایالتی بود که به آنها رسمیت بخشید در ایالات متحده آمریکا معتبر شناخته نمی شد بنگرید به:

R. Coulson, "Commercial Arbitration in the United States", in (1985) 51 Arbitration

46. S. A. Rayner, *The Theory of Contracts in Islamic Law*, (London: Graham & Trotman 1991), p. 366.

47. Saleh, *Commercial Arbitration*, pp. 49- 50.

۴۸. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۳ [مالزی].

خود را رویاروی مسؤولیت مدنی خسارتهای تقض قرارداد بنگرد.<sup>۴۸</sup>  
 در حقوق اسلام توافق دو سوی قرارداد به ارجاع اختلافهای آینده به داوری از آن رو  
 درست نیست که موجود نیست.<sup>۴۹</sup> در حقوق اسلام، تنها آن گاه توافقی به داوری کشیده  
 می شود که اختلاف پدید آید و در این جا، شرط داوری در قالب رایج غربی باطل است.  
 عبدالحمید الاحب در بست به این موضوع می پردازد.<sup>۵۰</sup> او اشاره می کند که، ممکن است از  
 توافقهایی داوری دشواریهای فراوانی برخیزد، زیرا بخشی از «عقود معین» در حقوق اسلام  
 وجود ندارند. همچنین، پیدا است که به جز مکتب مالکی، نگرش کلی آن است که چنان  
 توافقهایی الزام آور نیستند و همان گونه که پیشتر گفتیم، هر کدام از طرفین می توانند در  
 غیاب اجازه مقدم قاضی و تا هنگامی که حکم داوری داده نشده است، آن توافق را فسخ  
 کنند.

دیدگاه سنتی حنفی در ماده ۱۸۴۷ مجله [احکام دادگستری] بیان شده است:

«پیش از تصمیم داور، هر کدام از دو سو می توانند او را عزل کنند، مگر هنگامی  
 که دو سو، داوری را برگزیده اند و یک قاضی که از سوی سلطان برگزیده شده  
 است و مجاز است تا نماینده ای برگزیند نیز به او (داور) اجازه داده است و  
 به خاطر آن قاضی تعیین کننده اش، وی در جایگاه نماینده آن قاضی است.»<sup>۵۱</sup>

بر پایه این نگرش، تعیین داور همیشه تا صدور رأی داوری فسخ پذیر است مگر  
 آن که یک قاضی تأیید شده او را برگزیده باشد.

فسخ پذیری کلی گزینش داور و دشواریهای شرط داوری غربی امروز در کشورهای  
 اسلامی آقای سمیر صالح را به بحث در پیرامون این مسأله کشانده است که اگر شرط  
 داوری در حقوق اسلام به علت موجود نبودن اختلاف باطل است، با این وجود آیا می توان

۴۹. چون قانون جداست، دادگاه، بخصوص یک توافق داوری را اجرا نخواهد کرد:

Halsbury's Laws of England, Vol. 2, para 661

Doleman & ans v. Osseit Corporation [1912] 3 KB 257 at 268.

۵۰. بنگرید به: داوری بازرگانی از صالح، ص ۴۹.

51. "The Moslem Arbitration Law", in Proceedings of the Bar Association First Arab Regional Conference, Cairo, 15- 19 February 1987. Vol. I, p. 323.

52. The Mejjelle (Tyser تایسر), Lahore: Law Publishing Co. n. d.

آن را یک تعهد قراردادی معمولی دانست که برابر این دستور قرآن نافذ: «ای کسانی که گرویده اید پیمانهای خود را بجا آورید» (بقره / ۲۳) صحیح و برای طرفین الزام آور است یا خیر؟ او از گفتار خویش نتیجه می گیرد که کارشناسان عملی حقوق به این پرسش پاسخی مثبت داده اند. با این همه، او می افزاید:

«عقیده بر آن است که این راه حلّ الهام یافته از مفاهیم غربی و مجموعه قوانین موضوعه غربی با ضابطه اصلی حقوق اسلام، یعنی اساساً سرشت فسخ پذیری یک توافق داوری که برای تأیید به دادگاه ارجاع نشده است یا به سود اشخاص ثالث انجام نگرفته است، همخوان نیست».<sup>۵۳</sup>

در ستیز با این نگاه و نگرش، عبدالحمید الاحبّ،<sup>۵۴</sup> برابر توصیفی که می کند، «گرایشهای نوین اندیشه های حقوقی» را در نگارش فرهنگستانی (آکادمیک) می بیند. الاحبّ این دیدگاه حنبلی را باز نویس می کند که اصل در قراردادها صحت است و شخص باید تنها آن قراردادهایی را بی اعتبار بداند یا کنار نهد که با قیاس حرامند. نویسنده اظهار می دارد که این دیدگاه را باید برتری داد. حقوق اسلام چنین شرط داوری را یاد نمی کند، ولی بسیاری از قوانین موضوعه اسلامی معاصر آنها را به رسمیت می شناسند، اگر چه دیدگاههای فقیهان گونه گون است. این گوناگونی دیدگاه از سوی فقیهان مسلمان، فرد را به گفتن این سخن می کشاند، که آن نویسنده غربی ناهمنوا می گوید:

«پایگاه دقیق هنوز با گمان و تردید همراه است اگر چه بسیاری از کشورهای عرب، در مجموع، برای اجرای شرط داوری در قراردادها و توافقیهای داوری به قانونگذاری دست یازیده اند، با این همه، ممکن است این قوانین ناقص حقوق اسلام باشد و بتواند در دادگاههای شرع به هنگام اجرای داوری با چالش روبرو شود. اگر چه پیشنهاد نمی شود تا کشورهای عرب در توافقیهای خود با پیمانکاران بیگانه تخلف ورزند، زیرا ممکن است بر ضد مقررات حقوق بین الملل گام بردارند، با این همه می تواند درخور سفارش باشد تا شرط داوری در توافقیهای

۵۳. سمیر صالح، داوری بازرگانی، ص ۴۹، او از این مقاله د. الفلاحی نقل می کند:

D. El Falahi, "The legal environment for negotiating commercial agreements in the Middle East", In An Introduction To Business Law in the Middle East, (n. p. n. d.), p. 81. (بی نا. بی تا.).

54. El- Ahab, "Moslem Arbitration Law", p. 337.



داوری، پس از پدید آمدن اختلاف، دوباره تأیید گردد تا از دشواریها به هنگام اجرای رأی داوری در یک دولت اسلامی پرهیز شود».<sup>۵۵</sup>

چنین پیداست که از میان مکاتب سنی تنها مالکیان، گزینش داور را فسخ پذیر می دانند. نگرش همگانی دانشمندان معاصر از مکاتب سنی این است که اگر دادرسی برگزیننده داور، که از سوی دولت گمارده شده است طرفین را از دادرسی دادگاه محروم کند، این گزینش فسخ پذیر نیست.<sup>۵۶</sup> در اظهار نویسنده، این دیدگاه از نظر جهانی توسط غیرمسلمانان پذیرفته شده است و همراه با این پیشنهاد است که باید توافق داوری به هنگامی که اختلاف پدید آمده است به وسیله طرفین تأیید شود و بدین گونه، از نامعلومی (غرر) تهی گردد. باید در کار بازرگانی بین المللی دشواریهایی پدید نیاید. چنین می نماید که در بسیاری از موارد، دشواریهای دیده شده صرفاً شکلی و وابسته به آیین دادرسی است.

مشکل واقعی و بالقوه آن دسته از حقوقدانان غربی که شرطها یا توافقهای داوری را در قراردادهای بین المللی قید می کنند و کسانی که با حقوق اسلام آشنا نیستند آن است که نگارنده ذهنش روشن باشد که در آن کشور اسلامی از چه مکتب خاصی پیروی می شود این همان مشکل واقعی است که با پرونده مهم شرکت نفت ماورای بحار تکس کو/ شرکت آسیایی کالیفرنیا علیه دولت جمهوری عربی لیبی (Texco Overseas Petroleum Company ~ California Asiatic Company v. the Government of the Libyan Arab Republic)<sup>۵۷</sup> ترسیم شده است که به خاطر ملی کردن به وسیله دولت لیبی پیش آمد و این کشور به شرکتهای گوناگون بیگانه امتیازهای نفتی اعطا کرد. داور، نظریه حنبلی را به کار گرفت، هر چند مکتب مالکی در لیبی رواج دارد.

55. K. VL S. K. Nathan, "Who is afraid of Shari'a Islamic Law and International Commercial Arbitration", in (1991) 59 Arbitration 125, at 130.

۵۶. صالح، داوری بازرگانی، ص ۴۳.

57. [1979] Intl. L. R. 422.

## مسائل داوری

کامن لا تنها مسائل خاصی را شایسته رسیدگی با داوری می‌داند، ولی هرگز به نظریه ای کلی نرسیده است که چه دسته از اختلافها را می‌توان با داوری حل و فصل کرد و چه دسته ای را نمی‌توان.<sup>۵۸</sup> تا کنون قاعده کلی آن است که «هر اختلاف یا ادعای وابسته به حقهایی که می‌تواند موضوع یک رأی داوری قرار گیرد، شایسته حل و فصل با داوری است».<sup>۵۹</sup> با این همه، این بیان مانند بیشترین اصول کامن لا، استثناهایی دارد و در اصل داوری تنها ابزار مناسبی برای حل و فصل اختلافهای بازرگانی و مالی است. کامن لا به این پرسش که کدامین اختلافها داوری پذیرند پاسخی شایسته نمی‌دهد. قوانین تازه هم راهگشا نیستند.

متون برجسته کامن لا در داوری نوین بازرگانی تنها یک و نیم برگ درباره این مسأله دارد که چه موضوعهایی داوری پذیرند.<sup>۶۰</sup> آن گفتار کوتاه به نمونه‌های خاصی که برای اشاره به مسائل سیاست همگانی کنار نهاده می‌شود نمی‌پردازد، ولی نتیجه می‌گیرد که حتی در موارد قانونی نبودن که معمولاً در کامن لا قرارداد را بی‌اثر می‌سازد، داور ممکن است «جایی که خود توافق داوری با هر مسأله ای از قانونی نبودن تغییرناپذیر است»<sup>۶۱</sup> صلاحیت داشته باشد.

در یک نگاه می‌توان گفت که در کامن لا همگی موضوعاتی را که میان طرفین جنبه

58. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, p. 149.

۵۹. همان.

۶۰. همان، صص ۱۴۹ - ۱۵۰.

۶۱. همان، ص ۱۵۰.

خصوصی دارد، یعنی خسارتهایی که در آنها جبران پولی درخواست می شود، به داوری سپرد. بر روی هم، چنان موضوعهایی نقض قرارداد را در بر می گیرد و (در گذشته) شامل تخلفهای تعهد ازدواج بوده است.<sup>۶۲</sup> ادعا در مسؤولیت مدنی یا شبه جرم (Tort)<sup>۶۳</sup> شامل تجاوز و تعدی (Trespass) و افترا و هتک حرمت (defamation slander)<sup>۶۴</sup> همگی داوری پذیر به شمار آمده اند. در واقع، اگر توافق به داوری امروزه با شرطهای به اندازه کافی گسترده نگاشته آید می تواند این صلاحیت را به داور بدهد تا در هر دعوای برخاسته از اختلافی در مسؤولیت مدنی به تصمیم گیری پردازد.

نمونه تازه، پرونده شرکت دریا نوردی آسترو ونچندرسا علیه مان بانا آفترگمب چ (Astro Compania vencendor Naviera SA v. Mabanafter Gmb H)<sup>۶۵</sup> است که دعوای توقیف غیرقانونی یک کشتی، که دعوایی در مسؤولیت مدنی بود، داوری پذیر به شمار آمد، زیرا «کشمکشی برخاسته از جریان اجرای این بارنامه کشتی» دانسته شد.

اگر عبارت به اندازه کافی گسترده باشد، حتی در مواردی تقلب را نیز می توان در قلمرو توافق و داوری قرار داد.<sup>۶۶</sup> هر چند در بیشتر کشورهای کامن لا، دادگاه صلاحیت دارد تا که توافق داوری را بی اثر سازد و نیز می تواند اختیار داور را بشکند تا دادگاه عالی توان رسیدگی به موضوع تقلب را پیدا کند.<sup>۶۷</sup> داور می تواند در اختلافات وابسته به زمین و دیگر اموال غیرمنقول<sup>۶۸</sup> و نیز در اختلافهایی که به تفسیر وصیت نامه ها یا چه بسا مسائل ناب حقوقی مربوط می شود تصمیم گیری کند.<sup>۶۹</sup>

با این همه، به دلایل روشن مسائلی که سرشت کیفری جدی دارند داوری پذیر نیستند. بیکن (Bacon)، حقوقدان قدیمی، می نویسد: «مبناهای کیفری از این رو

62. 16. Edw. 4, 2 pl. 6.

63. Round v. Harron (1842) 2 M & W. (66 t).

64. Linch v. Dacy (1666) Keb 848.

65. [1971] 2 Q B 588.

66. Heyman v. Darwins [1942] A C 356 at 378 and 392 per Lords Wright and Porte.

۶۷. بنگرید به: قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۲۶ (۲) [مازی].

68. Downs v. Cooper (1841) 2 11 LIQB.

69. Steff. v. Andrews [1816] 2 Madd 6.

داوری پذیر نیستند که [بزهکاران] باید به خاطر مصلحت همگانی کیفر یابند». <sup>۷۰</sup> ولی در گذشته نمونه‌هایی از سنخ‌های کیفری اختلاف به داوری ارجاع شده است. این وضع به خوبی چکیده شده است: «اگر بزه سرشتی همگانی دارد بر اثر توافق نمی‌توان آن را به سرانجام، که ختم رسیدگی می‌باشد سوق داد». <sup>۷۱</sup> موضوع در خصوص آن دسته بزههایی که قبلاً در رده جنایتها (Flonies) جا می‌گرفت یا در دسته بزه‌ی با سرشت همگانی است مصداق دارد. ولی «آن جا که یک سوی مصدوم، با دادخواست حقوقی یا کیفرخواست، حکم جبران خسارت در دست دارد، هیچ چیزی نمی‌تواند او را از مراجعه به داوری برای سازش جبران خسارتی که قرار است دریافت کند باز دارد، هر چند ممکن است پیگرد کیفری آغاز شده باشد». <sup>۷۲</sup>

همه پرونده‌ها در این زمینه کهنه اند. امروز اندیشه بر آن است که یک مسأله کیفری در کامن لا داوری پذیر نیست چون اگر اجازه دهیم این گونه مسائل به داوری کشیده شوند با سود و مصلحت همگانی در تعارض خواهد بود. گذشته از این، باید در نظر داشت که در پرونده‌های قدیمی آنچه به داوری می‌رسید، مبلغ خسارت صدمه یعنی ایراد ضرب بود که بزه کیفری است و به پیگرد در دادگاههای کیفری می‌انجامد که همچنین مسؤلیتی مدنی یا خطایی مدنی است که حکم آن جبران خسارت و یا پرداخت غرامت پولی است. <sup>۷۳</sup>

نمونه سنتی ولی کهن، پرونده بیکر علیه تاون شند (Baker v. Townshend) <sup>۷۴</sup> است که بیکر تاون شند را به ایراد ضرب متهم ساخت و تاون شند به راستی آن کار را

70. Decon's Abridgment, "Arbitration" A: (London repr. [1868]).

71. Per Denman LJ. in Ketr V. Leeman [1844] 6 Q b 30 87. at 321.

۷۲. به نقل از قاضی گیز در پرونده:

Russel on Arbitration. 18 th. ed. (London, 1970), (Baker V. Townshend [1817] 1 Moore 120).

۷۳. در کامن لا کیفرخواست برای ایراد ضرب و جرح را نمی‌توان به داوری ارجاع داد،

Horton v. Brown [1675] 89 ER 145; R V. Hardy [1850] 16 QB 529.

دادگاه ملکه عقیده داشت که ارجاع یک کیفرخواست برای گواهی دروغ یا به ظاهر، برای تباری به داوری غیرقانونی خواهد بود.

74. [1871] 1 Moore 120.

انجام داده بود. بیکر ادعا کرد که تاون شند دوباره او را زده است. اختلاف میان این دو در راستای این ادعا پدید آمده بود که هر کدام مدعی تصرف زمینی بودند که بر سر آن دعوی مالکیت داشتند. موافقت شد تا همگی اختلافاتشان به داوری کشیده شود. داور به پرداخت مبلغ ۱۰ پوند پول برای ایراد ضربها و ۵۰ پوند برای هزینه دادرسی طرح رسیدگی کیفری به سود بیکر رأی داد. تاون شند از پرداخت سر باز زد. بیکر خواستار اجرای رأی شد. ارجاع مورد اختلاف به داوری قانونی و رأی صادره درست و خوب تشخیص داده شد. نتیجه آن که در کامن لا صلاحیت داور بسیار گسترده است. این صلاحیت به گونه ای فراوان به شرطهای توافق بستگی دارد که ارجاع می شود و تنها مسائل سیاست همگانی، در برخی از موارد، ممکن است داور را از رأی دادن بازدارد. ولی داور درست همان قاضی نیست و قدرت ضمانت اجرای کیفری ندارد. او صلاحیت و اختیار خود را از دو سو می گیرد. در عمل، بیشتر داوریهایی کامن لا به حقوق مالکیت، مسائل وابسته به مبلغ اجاره بهای پرداختنی در اجاره، امور مالی و بر روی هم، دیگر مسائل بازرگانی مدنی مربوط می شود. با این همه، کامن لا نسبت به این مسأله که چه چیزی داوری پذیر است، پایگاهی بسیار گشوده و فراخ پذیرفته است.

بر خلاف دیدگاه کامن لا، حقوق اسلام پایگاهی مثبت و محدودتر می پذیرد. قلمرو داوری به روشنی محدود به اختلافهای خصوصی است و بالطبع در چارچوب حوزه های تجارت، حقوق مالکیت و تعارضهای مربوط به مالکیت اموال قرار دارد هر چند تفاوت های کمرنگی میان عقاید مکاتب گوناگون وجود دارد. همیشه یک قلمرو بیرون از داوری دانسته می شود و آن هم جایی است که مسائلی به حق یا کیفر معین بستگی پیدا می کند، یعنی حقی خدایی (حق الله) است. به عنوان طرحی کلی می شود گفت مسائل وابسته به حقوق شخصی (حقوق الناس) در صلاحیت رسیدگی داور قرار دارد، ولی میان مکاتب اختلاف هست. مکتب حنفی در دیدگاه و برداشت خود دست و دلبازترین است. جایگاه مکتب دوازده امامی چنین بیان شده است:

«صلاحیت داور آشکارا به اختلافهای شخصی محدود است که طرفین فردی/ طرفهایی که قرارداد می بندند) می توانند با رضا و رغبت درست با آن موافقت کنند هرچند، این محدود است به حوزه های بازرگانی و داد و ستدهای مالی و اختلافات وابسته به مالکیت یا استفاده از اموال. به سخن دیگر، داوری نمی تواند

به حوزه‌های عدالت کیفری، احوال شخصی، انحلال ازدواج و حقوق اداری گسترش یابد».<sup>۷۵</sup>

در میان مکاتب سنتی تفاوت‌های نظری چندی در این باره که چه چیزی داوری پذیر است وجود دارد. مکتب حنفی در دیدگاه خود آزادمنشانه‌ترین است. نگرش کلی عمده آن مکتب را می‌توان در مجله یافت که مقرر می‌دارد:

«تعیین یک داور برای اموال متعلق به حقوق مردم مباح است».<sup>۷۶</sup>

به دیگر سخن، داوری محدود به حقوق شخصی است و روشن است که حد، که قانوناً قطعی و معین است، و قصاص نمی‌تواند موضوع داوری قرار گیرد در حقوق اسلام، اساساً داوری به مسائل مالی و تجاری که حقوق خصوصی و شخصی را در برمی‌گیرند محدود است. این با عمل کلی داوری بازرگانی غربی در صلاحیتهای کامن‌لا هماهنگی دارد.

بر روی هم، مکاتب گوناگون حقوق اسلام به گستردگی به سوی آنچه داوری پذیر است گرایش دارند. مکتب شافعی داوری را در مسائل بازرگانی و مالی مجاز می‌دارد، ولی مانند مکتب حنفی اعتبار آن را در پرونده‌های حد و تعزیر نمی‌پذیرد. تنی چند از دانشمندان شافعی داوری را در پرونده‌های سرپرستی مجاز نمی‌دانند.<sup>۷۸</sup>

مکتب مالکی نه تنها داوری را در مسائل تجاری و مالی که همچنین در پرونده‌های قصاص که به دیه جراحتهای می‌پردازد اجازه می‌دهد. این بینش به دیدگاه کامن‌لا نزدیک می‌نماید، زیرا همان‌گونه که قبلاً بحث کردیم، درخواستهای دریافت خسارت برخاسته از دعوای کیفری داوری پذیر بودند.

حنیلیان آشکارا به داوری در مسائل مالی اجازه می‌دهند، ولی داوری در مورد

75. Amin, Commercial Arbitration, p. 37.

۷۶. ماده ۱۸۴۱، مجله (ترجمه تایسر).

77. Saleh, Commercial Arbitration, p. 47.

۷۸. همان، ص ۴۸.

قذف - که البته مشمول حد است - تعزیر، پرونده‌های ازدواج و لعان را بر این پایه که «این مسائل در صلاحیت رسیدگی قاضی است»<sup>۷۶</sup> مجاز نمی‌دانند. بیرون آوردن «ازدواج» از قالب داوری شگفت می‌نماید، به ویژه که در قرآن پیرامون موارد جدایی خانوادگی به آن راهنمایی و سفارش شده است.<sup>۷۷</sup> روشن است که یک داور صلاحیت انحلال ازدواج را ندارد و باید دیدگاه حنبلی بدین سمت و سو تعبیر گردد.

از نگاه من، در حقوق اسلام زمینه داوری بالقوه گستردگی کمتری نسبت به نظامهای کامن لا دارد، ولی هر دو نظام در این بینش اتفاق نظر دارند که در اساس، داوری در ماهیت، قراردادی و توافقی است. مفاد مجله در ماده ۱۸۴۴ این سخن را اعلام داشته است، که می‌گوید آن جا که دو داوری یا بیشتر وجود دارند، تصمیم باید موافق باشد. مفاد ماده ۱۸۵۰ در پیوند با صلح نیز همین گونه است. این حقیقت نیز اعلام می‌شود که عمده مکاتب حقوق اسلام بر آنند که، بر روی هم، طرفین می‌توانند هر زمان که بخواهند تا پیش از صدور رأی داور یا داوران را عزل کنند. به دیگر سخن، تعیین داوری فسخ پذیر است.<sup>۷۸</sup> رأی داوری مؤخر بر موافقت ادله طرفین اختلاف است. در حقوق اسلام، داور صلاحیت کمتری از قاضی دارد، زیرا صلاحیت قاضی به هیچ رو به توافق دو سو [اختلاف یا قرارداد] وابسته نیست.

در کامن لا داوری بازرگانی نیز در ماهیت توافقی است، ولی اگر توافق داوری کتبی باشد قرارداد داوری قابل فسخ نیست. بار دیگر می‌توان گفت که تفاوت میان دو نظام، دستاورد دیدگاههای متفاوت دانش حقوق است. در عمل بازرگانی، میان حقوق اسلام و کامن لا در این زمینه که چه مسأله‌ای در خور مراجعه به داوری است، تفاوت کمی نهفته است.

۷۶. همان.

۷۷. بنگرید به: سوره نساء (۴/۳۵).

۷۸. ماده ۱۸۴۴ مجله؛ البته مگر آن گماشتن به وسیله قاضی تأیید شده باشد، ماده ۱۸۴۷.

## شرایط داور

میان این دو نظام حقوقی در این زمینه تفاوت عمده ای هست. در کامن لا هر شخص طبیعی را می توان داور برگزیده. در واقع، گفته اند که: «اگر طرفین اختلاف خود را به دست شخصی که شایسته این وظیفه نیست حل کرده باشند باید از گزینش خویش چشم پبوشند».<sup>۸۲</sup> برابر این مکتب فکری، در اصل صغیر واجد شرط داور شدن نیست. این نکته اختلافی است و عقیده بر آن است که در کامن لا کسی که به داوری برگزیده می شود باید اهلیت قانونی داشته باشد و نباید دارای ناتوانی مانند بیماریهای روانی که او را از انجام کارهایش باز می دارد باشد.<sup>۸۳</sup>

شخصی که به داوری برگزیده شده است همیشه باید شخصی واقعی - یک انسان - باشد. یک شرکت با مسؤولیت محدود که تنها دارای شخصیت اعتباری یا شخصیت حقوقی است و نیز گروهی از مردم، مانند همه سهامداران یک شرکت نمی توانند به عنوان داور گمارده شوند.

بسیاری از قراردادهای بازرگانی غربی مشخص می سازند که داور باید دارای صفات خاصی باشد. برای نمونه، قرارداد باید مقرر دارد که داور یا داوران باید شخص یا اشخاص باشند «کس یا کسانی که سرگرم آن تجارتند».<sup>۸۴</sup> به عکس، ممکن است دو سوی قرارداد دسته خاصی از مردم را شایسته داور شدن برای خویش نشانند. برای نمونه، مقررات داوری و مراجعه های فدراسیون نفت (Rules of Arbitration and Appeals of the Federation of oil) و انجمنهای بذر و روغن (Seeds and Fats Associations) که

82. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, p. 247.

83. A. Walton, Russel on Arbitration, 20 th ed; (London: Stevens, 1982), p. 106.

۸۴. قاعده ۳ - ۲۰۳۷۲ از مقررات داوری انجمن بازرگانی خوراک و حبوبات (GAFTA) همچنین مقرر می دارد که: «داور باید عضو یا کارمندی از عضو یک شرکت انجمن باشد».



پایه همگی داورها در آن رشته از تجارت است «مشاوران، کارگشایان یا هر یک از اعضای حرفه حقوقی» را از گزیده شدن به عنوان داور محروم می سازند.<sup>۸۵</sup>

جایی که توافق داوری چنین شرایط یا نبود شرایط را با نهی بر ضد گزینش افرادی خاص پیشنهاد می کند، آن پیش نیاز باید نوشته شود، اگر آنها نباشند، بدین گونه، شخصی را که برگزیده اند در حقیقت به هیچ رو یک داور نیست. گزینش مورد نظر باطل است. هر «رأیی» که «داور» در نظر دارد صادر کند باطل و بی اثر است. دلیل آن این است که دو سوی کشمکش یا قرارداد با توافق خود همداستان شده اند تا تنها به رأیی احترام نهند که داوری شایسته و واجد شرط که در قرارداد خویش سپردن اختلافاتشان را به او توافق داشته اند صادر کند.<sup>۸۶</sup>

شخصی که به داوری انتخاب می شود باید پیوسته از داشتن هرگونه وابستگی و پیوند با دو سوی موضوع داوری که او را نااهل از رفتاری بیطرفانه می سازد یا نشان می دهد رها و آزاد باشد. این همان است که عموماً گفته می شود داور باید از نفع و غرض یا سود و هواداری آزاد باشد. برای نمونه، ممکن است هواداری و غرض ورزی به دلیل پیوند میان داور و یکی از دو سوی اختلاف پدید آید. پرونده قدیمی در این زمینه، پارکر علیه بوروگنر (Parkerv. Burroghs) است که دکتر تیتوس کیتس (Titus Qates) گمنام از خانواده ای که او را برای وعظ در مراسم تدفین دعوت نکرده بودند (تا بدین سان، برابر رسم متداول آن هنگام برای خدمات خود هزینه ای دریافت کند) با داور شدنش در اختلافی پیرامون وصیت شخصی مرده و اعلام باطل بودن آن وصیت، انتقام گرفت.

غرض ورزی و هواداری عملی از این دست کمتر روی می دهد، ولی هواداری و غرض ورزی نمایان و آشکار کم نیست. دادگاههای کامن لا گزینش یک داور را هنگامی باطل اعلام می دارند که مدارک تأیید شده یک شخص متعارف را قانع کند که احتمال غرض ورزی یا هواداری و طرفداری می رود. در بینش کامن لا این بر آن پایه استوار است

۸۵. به نقل از کتاب داوری بازرگانی بین المللی، نگاشته ردفرن و هانتز، ص ۲۱۳، Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, p. 213.

۸۶. برای نمونه، پرونده (I. Jungheim, Hopkins & Co. v. Foukelman [1909] 2 K B 948).

۸۷. تصمیمی از مجلس اعیان انگلستان، [1702] Colles 257.

که «دادگری هم باید انجام گیرد، هم انجام آن باید آشکارا دیده شود».<sup>88</sup> بدین گونه، دادگاهها جایی دخالت کرده اند که شخص نامزد داوری پیوند کاری و تجاری رسمی و پیوسته با یکی از دو سو دارد،<sup>89</sup> درست مانند مواردی که در راستای آموزش ارجاع داوری، هواداری نشان داده می شود.

اساساً بیطرفی داور در کامن لا و به گونه ای کلی آن است که از داوری می خواهد تا یک ضابطه و رفتار قضایی را در عمل به منشی قضایی و شنیدن نیکوی [اظهارات و ادعاهای] طرفین اختلاف رعایت کند. حتی در صورتی که هر کدام از دو سو یک داور را برگزیده اند که آنان نیز داور سومی یا گاهی یک سرداور برمی گزینند، پایگاه کامن لا چنین است:

«... داوران گزیده... نباید خود را نمایندگان یا وکیل مدافعان شخصی که آنان را تعیین می کند به شمار آورند. هنگامی که نامزد می شوند آنان باید وظیفه تصمیم گیری بیطرفانه میان دو سو را انجام دهند و اگر به عنوان نمایندگان یا راهنما گیرندگان از هر سو، عمل کنند، به کارشان تبهکارانه خواهند نگریست».<sup>90</sup>

جز آن جا که دو سو داشتن شرایط خاصی را برای داور تعیین کرده اند، کامن لا روشی بسیار آزادمنشانه می گیرد و در گزینش داور و موضوع صلاحیت گفته شده به دو سوی قرارداد یا اختلاف آزادی مطلق می دهد. تنها اگر شرایطی مثبت یا منفی مشخص شده ولی نگاشته نشده است، گزینش آن داور لغو و هرگونه رأی مورد نظر بی اثر خواهد بود. با این همه، هر کجا داور برگزیده دارای شرایط بی غرضی یا بیطرفی بالفعل یا بالقوه نباشد، دادگاهها به درخواست طرف مورد تجاوز دخالت خواهند کرد و داور را از سمتش برکنار

88. Perlord Hewart CJ in R. v. Sussex Justices ex Parte Mccarthy [1923] All ER Rep 233. at 234.

89. Burkett Sharp & Co. v. Eatcheap Dried Frunt Co. and Perera [1962] 1 Lloyd's Rep 267. (عضو هیأت رئیسه یک شرکت وابسته)

90. 89 Walton, Russel on Arbitration, p. 233.

خواهند ساخت. پس، قوانین موضوعه کامن لا به دادگاهها این توان را می بخشند تا داور را بر کنار سازند و هر رأیی را که او داده است کنار نهند.

آن جا که داور «با خود یا دعوا، رفتار خلاف قانون کرده است». در این متن، رفتار خلاف قانون دلالت ضمنی بر کار ناشایست جنسی ندارد: ممکن است یک بی قاعدگی آیین دادرسی یا ناکامی در پیروی از قانون یا به کار بستن آن باشد. در پرونده انگلیسی شوفیلد علیه آلن (Schofield v. Allen)،<sup>۹۱</sup> برای نمونه، یک داور به خاطر انجام نادرستیها و لغزشهای جدی قانون، از داور کناره زده شد. مقررات قانونی بسیار قالبی است. در بسیاری از دیگر اوضاع و احوال، آرای که بی قاعدگی آیین دادرسی داشته اند کنار زده شده اند یعنی، ری انوک، زارتسکی بوک و شرکا (Re Enoch and Zaretzky, Boch & Co.) داور که گواهان را بدون تراضی دو سو فراخوانده بود از داور بر کنار شد. جایی که داور بیطرف نیست یا اختلاف درگیر مسئله تیرنگ است، مقررات قانونی مختلفی که اهمیت عملی مهمی داشته باشد وجود ندارد. مقررات قانونی تنها شامل موردی است که توافق قرار است اختلافهای آینده را به داور ارجاع دهد. دادگاه، برابر مقررات، در مورد توافقی که یک اختلاف موجود را به داور ارجاع می دهد، با توجه به بیطرفی، ممکن است گفته شود طرفین با گزیدن داور از هر گونه اعتراضی به هواداری او چشم پوشیده اند توان دخالت ندارد.

نبودن هر پیش نیاز در کامن لا که داور باید واجد شرط باشد در هر حال به نظر نمی رسد بر رواج داور که اساساً یک روش مورد اتفاق برای حل و فصل اختلافها است، اثر گذاشته باشد. کامن لا یک دیدگاه را می گیرد که اگر دو سو می خواهند که داور در روشی بخصوص واجد شرط باشد، آنان باید آن را در توافق خویش بگنجانند. پذیرفته شده است که این در کامن لا اگر نه در عمل، بالقوه مسکوت است، اگر چه گفته شده است که:

«[اختلافها] که ممکن است به ... داور ارجاع شوند بسیار گونه گون و بی شمار است که بهتر است که برای آن قاعده همگانی مانند نوع شخصی که باید یا نباید برای عمل به عنوان یک داور برگزید، وضع کرد. هر طرف باید ذهن خویش را

۹۱. قانون داور ۱۹۵۲، بند ۲۴ (۱) [مالزی].

برای شرایطی بیاراید که از داور مورد اعتماد کامل خود می‌خواهد.<sup>۹۳</sup>

حقوق اسلام، با این همه رویکرد بازار آزاد کامن‌لا را نمی‌پذیرد. حقوق اسلام مقرر می‌دارد که داور باید به ویژه دارای شرط باشد، زیرا حتی اگر داوران دلبخواه برگزیده شده‌اند، آنها انجام‌دهندگان یک وظیفه قضایی به شمار می‌آیند، با آن که تنها صلاحیتی محدود دارند. شرایط مورد نیاز یک داور هم منشی شخصی است و هم دینی. همگی مکاتب اسلامی حقوق تأکید می‌ورزند که داور باید دارای شرایط یک دادرسی یا قاضی مسلمان باشد. این بدان معناست که داور، مانند قاضی، باید خداترس و عادل باشد و باید شایسته گواه بودن در دادگاه حقوق باشد: به سخن دیگر، او باید عادل باشد.

در مجله، که یک قانونگذاری حقوق اسلامی است، به ویژه که با دیدگاههای مکاتب حنفی همسوست و در روزگار عثمانیان میان ۱۸۶۹ و ۱۸۷۶ میلادی نوشته شده است، شرایط یا ویژگیهای یک قاضی چنین‌اند:

الف) قاضی باید فهیم، درستکار، امین، شکیبا و استوار باشد؛

ب) باید آگاه به حقوق اسلام و آیین دادرسی باشد؛

ج) «ضروری است که قاضی بتواند کاملاً تشخیص دهد».

این کسانی را که بالغ نیستند، بیمار روانی‌اند و کسانی که نقصهای بدنی دارند مانند گنگی که آنان را از انجام شایسته کار در یک صلاحیت قضایی بازمی‌دارد، واجد شرایط نمی‌دانند.<sup>۹۴</sup>

این قواعد به گونه‌ای یکسان داوران را دربر می‌گیرد و در مکاتب سنی حقوق هفت شرط امری‌اند. در مکتب شیعه «این شرط نیز اساسی است که باید [داور] شیعه باشد».<sup>۹۵</sup> هفت شرط پذیرفته شده عبارتند از:

93. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, p. 580.

94. Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, pp. 214-215.

## ۱. مرد بالغ

در مکاتب مالکی، شافعی و حنبلی، داور مانند قاضی، باید مردی عاقل و بالغ و اهل باشد. عموماً، یک زن برای داشتن این سمت، پذیرفتنی و شایسته نیست. این برای آن است که در قرآن آمده است که: «مردان نگاهبانان و سرپرستان زنانند، زیرا خداوند برخی از ایشان را بر دیگری برتری داده است» (۳۴/۴).

با این همه، مکتب حنفی به زن اجازه می‌دهد تا در مسائلی که به حد یا قصاص نمی‌پردازد به عنوان یک قاضی به دادرسی دست یازد. مسائل وابسته به حد و قصاص در حقوق اسلام داوری پذیر نیستند. در نتیجه، در عقیده حنفی یک زن شایستگی دارد تا در مسائل مدنی، مالی و بازرگانی به داوری بنشیند. با این همه، گفته اند که: «در این مسالمت حنفی بیشترین حقوقدانان و وکلای دادگستری و کسانی که کار حقوق می‌کنند، سهم نیستند».

## ۲. بالغ مسلمان

همگی مکاتب حقوق به جز حنفی لازم می‌دانند که داور باید یک بالغ مسلمان باشد، زیرا در حقوق اسلام باور به اسلام و بالغ بودن برای گواهی دادن ضروری است. بیشتر مکاتب به آیه زیرین از قرآن مجید تکیه می‌زنند که می‌فرماید:

«و خداوند هرگز راهی برای کافران بر گروندگان قرار نداده است» (۱۴/۴).

با این همه، مکتب حنفی پایگاه نرمتری می‌پذیرد و بر آن است که در سرزمین اسلامی، یک داور یا قاضی نامسلمان می‌تواند بر مسلمان دادرسی کند. حقوقدانان معاصر حنفی در واقع، با مسالمت بیشتر نتیجه گرفته‌اند که هرگاه یکی از دو سوی درگیر، مسلمان

۹۶. به نقل از جواهر الکلام محمد حسن نجفی: «همگی شرایطی که در یک قاضی مسلمان لازم است درست یک داور هم باید دارا باشد، با در نظر گرفتن این حقیقت که داوری نیاز به اجازه ویژه امام (رهبری) ندارد. S. H. Amin, Commercial Arbitration, p. 78.

باشد می‌توان یک نامسلمان را در پرونده‌ها و قضیه‌های بازرگانی - و نه احوال شخصی و حقوق خانواده - قاضی یا داور برگزید.<sup>۹۷</sup>

حقوق موضوعه امروز در برخی از کشورها هوادار این نگرش است. برای نمونه، در مصر، برابر ماده ۵۰۲ قانون مدنی و آیین دادرسی بازرگانی<sup>۹۸</sup> تنها صغار، محجوران، ورشکستگان به تقصیر و بزهکاران محکومی که از حقوق مدنی محروم شده‌اند، شایسته پرداختن به داوری و داور شدن نیستند. هیچ‌گونه محدودیتی نسبت به جنس یا دین وجود ندارد. شرایط مقرر بسیار عملی است و بر این اندیشه‌اند که بینش حنفی، به گونه‌ای که در قانون مصری آشکار است باید فراوان بر آن چیره گردد. این دیدگاه با عمل بین‌المللی که یکی از دو سوی انعقاد کننده قرارداد نامسلمان است و داور یا داوران به دست عضوی بین‌المللی مانند اتاق بین‌المللی بازرگانی در پاریس یا کانون منطقه‌ای داوری در کوالالمپور، که بیشتر اعضای برگزیننده در داد و ستدهای جهانی است، برگزیده می‌شوند هماهنگی دارد.

### ۳. هوش

هر دو مکتب سنی و شیعی تأکید دارند که قاضی یا داور باید باهوش باشد و نباید در یکی از پنج حواس او نقصی باشد، اگر چه امین، که در حقوق شیعه می‌نگارد، دیدگاهی وارونه دارد.<sup>۹۹</sup> هر چند آمده است که این عقیده درست نیست، ولی بیان شده است که:

«این که آیا قاضی باید دانشمند باشد یا نه بحث ژرف دیگری است. شافعی در این گفته که یک دانشمند را باید برگزید دقیق است، ولی هدایه می‌گوید که یک کور را نیز می‌توان برگزید زیرا او می‌تواند یک عالم یا مفتی را برای یاری رساندن به خویش فراخواند».<sup>۱۰۰</sup>

97. Saleh, Commercial Arbitration, p. 36.

۹۸. صالح، همان، ص ۳۷، به نقل از محمد سلّم مدکور در القضاء فی الاسلام، (قاهره، ۱۹۶۴)، صص ۳۸-۴۱.

۹۹. قانون شماره ۱۳ سال ۱۹۶۸؛ سمیر صالح، داوری بازرگانی، فصل ۱۶.

100. Amin, Commercial Arbitration, p. 805-104. A. A. Fyzee, "The Adab al Qadi in Islamic Law".

## ۴. آزاد بودن

داور باید مردی آزاد باشد و نه برده. چون دیگر بردگی وجود ندارد، این شرط اهمیت عملی خود را از دست داده است، ولی باید توجه داشت که در روزگاران پیشین اسلام به آزادسازی یا عتق (Manumission) برده سفارش می‌کرد و وضع بردگان، به گونه‌ای که در برخی از دیگر نظام‌های حقوق بود، مسالمت‌آمیز نمی‌نمود.

## ۵. عدالت

داور، مانند گواه، باید عادل باشد یعنی دارای شخصیت و منش سرزنش‌ناپذیر پرهیز کامل از همگی گناهان کبیره و ملکه (عادت پیوسته) پرهیز از گناهان صغیره به گونه‌ای که در مسائل دینی و جهانی رفتاری درخور احترام داشته باشد.<sup>۱۱</sup> مکاتب مالکی، شافعی و حنبلی بر این شرط تأکید می‌ورزند، ولی بیشتر حقوقدانان حنفی شرط عادل بودن را آرمانی مطلوب می‌دانند. استدلال شده است که برآبر عقیده حنفی، یک داور بازرگانی لازم نیست عدالت داشته باشد، زیرا صلاحیت رسیدگی او محدود است و «رأی نهایی او بستگی به تأیید حقوق اسلام (شریعه) دارد که یک قاضی مسلمان تعیین می‌کند».<sup>۱۲</sup> به هر حال، مکتب شافعی، همان‌گونه که در منهج الطالبین آشکارا دیده می‌شود، در این زمینه بسیار دقیق است، آن‌جا که به هنگام گفتگو از گواهان بیان می‌دارد:

«هیچ کس نمی‌تواند گواه باشد مگر یک فرد آزاد، بالغ، عاقل مسلمان، و سرزنش‌ناپذیر و دارای منش جدی و نه مشمول بدگمانی... منظور از مرد با منش جدی کسی است که رفتار او در میان معاصرانش الگو باشد و همشهریانش از او پیروی کنند».<sup>۱۳</sup>

۱۰۱. ابوالحسن ماوردی، الاحکام السلطانیة (ترجمه فرانسوی از E. Fagnan)، (پاریس ۱۹۱۵)، ص ۶۲.

102. Amin, Commercial Arbitration, p. 82.

۱۰۳. منهج الطالبین، (ترجمه انگلیسی E. C. Howard)، لاهور: Law Publishing Col. 1977، چاپ دوباره از نشر ۱۹۱۴، ص ۵۱۵.

## ۶. تهی از نقصهای بدنی

داور نباید کور، کر یا گنگ باشد. مکتب مالکی به ظاهر درستی رأی داوری را که در راستای شنیدن دعوا و رسیدگی به پرونده کور، کر و گنگ می شود به رسمیت می شناسد.<sup>۱۰۴</sup> پس از آن که ناتوانی رخ می دهد، داور دیگری را باید جانشین ساخت. تهی بودن از نقصهای بدنی که رفتار داوری را واپس می اندازد یا باز می دارد، اساسی است.

## ۷. دانایی در حقوق اسلام

بیشتر مکاتب تأکید می ورزند که قاضی، در این جا داور، باید به حقوق اسلام آگاهی و دانایی داشته باشد. بدین سان، شافعی تسنن می گوید که:

«چنین اختیار و اقتداری را می توان تنها به کسی که قرآن و سنت و همگی متنهای وابسته به فقه را درک می کند پیوند داد؛ و به کسی که، گذشته از این، می داند آیا این متنها برجستگی همگانی یا ویژه ای دارد یعنی (مطلق اند یا مقید) آیا هنوز نیازمند تفسیرند یا نه؛ آیا دیگر متنها را نسخ می کنند یا خود به وسیله متنهای بعدی نسخ شده اند یا نه (ناسخند یا منسوخ) آیا حدیثی خاص بر پایه سلسله ناگسسته ای از راویان استوار است یا نه (مُسند است یا مُرسل)؛ آیا اصل حدیث به یاران پیامبر (بر او درود باد) برمی گردد یا تنها به نسل نخست پس از او و آیا سند راویان قوی است یا ضعیف».

این به کمال روشن می سازد که تنها یک دانشمند را می توان در مکتب شافعی قاضی یا داور برگزید. شیعه نیز با این نگاه و نگرش همسوست و بیشتر مکاتب دیگر نیز آن را پذیرفته اند. بار دیگر، با این همه، یادآوری می کنیم که حنفیان دیدگاهی با دقت کمتر انعطاف بیشتر را نیز می پذیرند و به ویژه می گویند که یک مرد ناآگاه را می توان برگزید زیرا او می تواند از دانایان بخواهد تا به او یاری رسانند.<sup>۱۰۵</sup>

در این مورد، این نکته آمده است که چون داور به کار و وظیفه دادرسی می پردازد

104. Saleh, Commercial Arbitration, p. 38.

۱۰۵. هدایة [الهدایة] (ترجمة انگلیسی همیلتون C. Hamilton)، (لندن، ۱۸۷۰)، ص ۳۳۴.



باید از حقوق اسلامی آگاهی داشته باشد (که حقوق اسلام به کار بسته خواهد شد) و از او انتظار دارند تا بر پایه دانش خود از حقوق تصمیم گیرد.

بر خلاف نرمی پذیری دیدگاه کامن لا که شرایط ویژه برای داوران به عنوان مایه حقوق وجود ندارد، حقوق اسلام با نگرش به شرایط خواسته شده از آنان بسیار دقیق است. در واقع، گذشته از شرایط ویژه بحث شده، شرایط مطلوب دیگری هست که یک قاضی و نیز یک داور باید دارا باشد.

داور حقوق اسلام باید شخصی باشد با منش عالی و سرزنش ناپذیر، مردی با رفتار میانه رو و احترام آمیز و باید تا صدور رأی خویش همچنان بماند و بیاید. تبعیض ناگهانی داور نسبت به خود، حتی در زندگی خصوصی اش او را از دارا بودن شرایط داوری می اندازد. او باید نه از احساسات خود و نه هواداری از یک طرف پیروی کند و نه از شخصی بترسد. قاضی یا داور نباید بداخلاق و تند یا ستیزه جو باشد. او نباید به هنگام خشم یا سستی برخاسته از روزه های غیر واجب یا تحت تأثیر گرسنگی یا تشنگی تصمیم گیری کند و قدرتش را نشان دهد. او باید آرام، خون سرد و خوددار و بیطرف باشد. شرایط مطلوب و والایی هست که در هر داور یا قاضی که پیوسته به منش و روشی قضایی رفتار می کند وجود دارد. در اساس، هیچ کس نباید در فضیلت یا شایستگیهای قاضی یا داور به خود دودلی راه دهد.

۴

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی

## ادله و آیین دادرسی در داوری

به گونه ای همگانی، در قوانین داوری کشورهای کامن لا مقررات آیین دادرسی خاص وجود ندارد. چون مقررات ثابت آیین دادرسی وجود ندارد ممکن است یک داوری به شیوه های متفاوت انجام گیرد که از یک داوری با مدافعات کامل یکسان با یک دادرسی

کامن لا به یک داوری «مدارک به تنهایی» گذر می کند آن جا که رسیدگی شفاهی وجود ندارد، بلکه تنها به ادله و بررسی کتبی و سپردنهای اختلافات. به تنها اصل بنیادین که داور پایبند است، به کار بستن قانون سرزمین است؛ او توان جدایی از قانون را ندارد.

همچنین اختلافات باید برابر اصول دادگری طبیعی، که به معنای یکسان نگری به دو سوی اختلاف به هنگام بررسی و دادن فرصت شایسته به طرفین برای ارائه قضیه به اوست رفتار کند. او نباید به روشی غیرقضایی رفتار کند. بارها گفته شده است که داور، مهتر و سرور آیین دادرسی خویش است.

یک متن آمرانه که در نظر گرفته است یک داوری باید برابر اصول حقوقی انجام گیرد، مگر عکس آن توافق شده باشد، بیان می دارد که در نتیجه، داوری معمولاً به یک رسیدگی شفاهی می پردازد، و باید به طرفین برای رسیدگی و فرصت متعارفی برای حضور، تقدیم کردن دلیل و استدلال دعوی خود اخطار شود.<sup>۱۰۶</sup>

اینها شالوده هاست و پایگاه همگانی را به شایستگی خلاصه می کنند. در دادگاههای انگلیسی تا اواخر سده نوزدهم به استواری این قاعده که داور باید قانون را به کار بندد و طبق مفاهیم و برداشت خود از عدالت رفتار نکند این پا گرفته بود،<sup>۱۰۷</sup> ولی در آغاز این سده دادگاههای انگلیسی ناگزیر بودند که اعتبار شرط داوری کدخدانمی را در نظر گیرند، که مطابق آن داور آزاد است تا از مقررات خشک قانون برهد و مفهومیهای خویش را از دادگری و نیکی به کار بندد. این به هیچ وجه داوری حقیقی نیست؛ حتی برابر هر معنایی از این اصطلاح سازش هم نیست. بلکه مفهومی است که در کشورهای حقوق نوشته که پایگاهی بسیار متداول است تکامل یافت. در نهایت، «تنوعی است بر پایه شکل معمول به اصطلاح موافق با داوری»<sup>۱۰۸</sup> چون به داور خطاب می کند که آنچه خوب است تصمیم گیرد تا به کارگیری قانون حاکم.

در سال ۱۸۸۸، در بخش فرانسوی نشین کانادا، که قانون حقوق نوشته را در برابر کامن لا به کار می گیرند، هیأت قضایی شورای همایونی ناگزیر بود تا در پرونده ای اعتبار

106. Hatsbury's Laws of England, Vol. 2. para 670.

107. Parker of Waddington, Lord, The History and Development of Commercial Arbitration, (London 1959), p. 13.

108. Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, p. 35.

شرط کدخدامنتشی را در نظر گیرد. مقامهای لرد (Lordships) بر آن بودند که برابر قانون حاکم، چنین شرطی درست است. آن تصمیم در محتوای خود اعتراض پذیر نیست، ولی تصمیم شورای همایونی (Privy Council) به سود آینده است زیرا مقامهای لردی آنها از ماهیت چنان شرطی بحث کردند و عقیده داشتند که یک داور، حتی مطابق نظام کامن لا، در برخی از اوضاع و احوال مورد خطاب، جدای از مقررات خشک قانون قرار می گیرد.<sup>109</sup> لرد سلبرن (Selborne) در آن پرونده گفت:

«بی گمان، مقامهای لردی پیش از آن که عقیده پیدا کنند که [آن معافیت از کاربرد قانون] خطاب به کدخدامنشان برای در نظر نگرفتن قانون است، در داد و ستدهای شان و داوری پذیری داد و ستدهای شان با دو سو، بسیار دو دلی نشان دادند، ولی این جدایی باید اثری بخردانه بدان داده باشد و کمترین اثر بخردانه ای که به عبارت داده است، این که آنان از رعایت آن قواعد حقوقی خشک معاف شده اند، رعایت نکردنی که در کاربرد عبارات نتیجه اش بیش از بی قاعدگی نیست ... و کدخدامنشان بودن و در هر چیزی پایبند قالب دقیق و قاعدگی برای اقدام نبودن، هر چند همان گونه که مقامهای لردی آنها فرض می کردند، آنها ملزم به اقدام برابر قواعد ذاتی عدالت بودند...»<sup>110</sup>.

با این همه، پیشنهاد عالی جناب به زودی به دست دادگاه توانای پژوهش در پرونده چرنیکو علیه روث اشמידت و شرکا<sup>111</sup> (Czarnidow v. RothSchmidt & Co.) به سختی محکوم گردید، جایی که یکی از مقررات یک انجمن بازرگانی مقرر می داشت که همگی مسائل قانون برخاسته در داوری باید به وسیله داور تصمیم گیری می شد و نه به وسیله آیین دادرسی «دعوی مطروح» که بدین معنا بوده است که مسائل حقوقی برخاسته در راستای داوری به دادگاهها ارجاع خواهد یافت. این کوششی بود آشکار تا در جستجوی صلاحیت دادگاهها برآید و شاید شگفت نباشد که مقامهای لردی آنها عقیده داشتند قاعده برعکس سیاست همگانی و باطل بود زیرا می کوشید تا صلاحیت سلسله مراتب عادی دادگاهها را استثنا کند. قاضی لرد بیکس (Baxes) می گفت که آن ضرورت داشت:

109. *Rolland v. Cassidy* (1888) 13 App Cas 770. Pc.

110. [1888] 13 App. Cas at 772, 47.

111. [1992] All ER Rep 45; [1922] 2 KB 478. CA.

«... تضمین کردن این که قانون اعمال شده توسط یک داور در ذات قانون سرزمین است و نه قانون ساخته میهن داور بخصوصی یا انجمن [بازرگانی] خاص. چشم پوشیدن از تسلط واقعی و مؤثر بر داور بازرگانی است و این که به داور اجازه دهند... تا قانون خودش باشد...»<sup>۱۱۲</sup>.

از این بینش در پرونده های بعدی پیروی شد.<sup>۱۱۳</sup> به تازگی اگر چه حکمهایی در انگلیس وجود داشته است که نشان می دهد دیدگاه وارونه ای درخور توجه است. برای نمونه، در پرونده شرکت بیمه ستاره عقابی علیه شرکت بیمه یووال (Eagle Star Insurance Co Ltd. v. Yuval Insurance Co.Ltd)<sup>۱۱۴</sup> بند داوری به داوران سفارش می کرد تا «برابر یک انصاف تصمیم بگیرند تا دقیقاً یک تفسیر حقوقی از شرط این توافق».

در دادگاه پژوهش، لرد دنینگ (Denning)، رئیس دادگاه پژوهش - که دو قاضی لرد گاف (Goff) و شاو (Shaw) با او هم‌نوا بودند - می اندیشید که این بند کاملاً متعارف و صحیح است. مقامهای لرد بر آن بودند که این بند در جستجوی صلاحیت دادگاهها نبوده تنها در جستجوی مقررات فنی تفسیر قرارداد بوده است. با این همه، وضع روشن نیست<sup>۱۱۵</sup> و بینش سنتی (و درست پذیرفته شده است) این

#### 112. [1922] All ER Rep 45 at 49.

اگر چه آیین دادرسی بیان شده پرونده در داوریهای انگلستان الفا شده است، اما در مالزی به موجب بند ۲۲ از قانون داوری ۱۹۵۲ هنوز به کار می رود. برابر آن مقررات، داور می تواند، و در برخی از موارد باید، پرونده ای را که عقیده دادگاه در مسائل قانون مربوط به داوری بیان شده است به دیوان دادگاه عالی بسپارد. این شرط در حقیقت بیشتر به وسیله طرفی که جریان یک داوری را به تأخیر می اندازد به کار گرفته می شود. آیین دادرسی همانندی در انگلستان به سال ۱۹۲۲ اجرا می باشد.

۱۱۳. به نظر نمی رسد این نکته در انگلستان یا مالزی آزمایش شده باشد ولی پرونده های انگلیسی شامل Orion Cia Espanola de Seguras v. Belfort Masstschappy [1962] 2 Lloyd's Rep 257، که برای این بینش، که یک توافق برای تصمیم گیری برابر حقوق بین الملل، معتبر و صحیح است، مرجع می باشد. بنگرید به: ماستیل و بوید، داوری بازرگانی بین المللی، ص ۸۱، برای نقد این پرونده.

۱۱۴. [1978] Lloyd's Rep 357 از پرونده ستاره عقابی (Eagle Star) در پرونده Home Insurance Co. v. Adminstratia Asiguritor de Staat [1983] 2 Lloyd's Rep 674 پیروی شد، ولی به نظر نمی رسد که بیرون از صنعت بیمه، پذیرشی همگانی به دست آورده باشد.

۱۱۵. برای نمونه، بنگرید به پرونده:

Home & Overseas Insurance Ltd. v. Mentor [1989] 1 Lloyd's Rep 473.

است که کدخدامنشی، شرطهای «انصاف» یا کدخدامنشانه (ex aequo et bono) در کامن لا باطل است و داور ملزم به کاربرد قانون است و نه رفتار بر پایه ذوق خویش.<sup>۱۱۶</sup>

مسأله جدال آمیز دیگر این است که آیا داوران ملزمند تا قواعد دقیق برگه و بررسی (ادله اثبات دعوا یا آیین دادرسی) را که در همگی دعوای حقوقی به کار می رود به کار گیرند یا تنها مقررات کیفری یا مدنی را به کار بندند؟ در یک درسامه (Text book) برجسته این قضیه در حقوق انگلیس چنین بیان شده است که: «داوران به وسیله همان قواعد برگه و بررسی که دادگاههای حقوق به کار می برند، ملزم می شوند، مگر دو سوی اختلاف بر چیز دیگری توافق کرده باشند».<sup>۱۱۷</sup> چنین پیداست که به گونه ای همگانی، این سخن به عنوان یک پایگاه در کامن لای انگلیس پذیرفته شده است، ولی به تازگی و به شگفتی در بینش نویسنده پیشنهاد شده است که: «برخلاف آنچه عموماً باور شده که قانون [انگلیس] باشد، قواعد فنی ادله اثبات دعوا هرگز شامل داوریهی موضوع حقوق انگلیسی نبوده است. آن قضیه از منابع اثبات می شود، و پذیرفته شده است که به منظور روشن ساختن وضع، شرط خاصی باید مقرر شده باشد که داوریهی تنها موضوع قواعد دادگری طبیعی اند و نه موضوع قواعد تکامل یافته برای بهره گیری در دادگاه ...».<sup>۱۱۸</sup>

بینش عمده در انگلستان این است که قواعد آیین دادرسی عادی، داوران را ملزم می سازد، مگر طرفین داوران را از رعایت آنها معاف کرده باشند. در مالزی بند ۲ قانون ادله اثبات (Evidence Act) ۱۹۵۰ بیان می دارد که مقررات این قانون شامل هیچ کدام از دعوایی که نزد یک داور است نمی شود. همین وضع در هند است و بدین گونه، در هر دو کشور (مالزی و هند) نیازی به پیروی از قواعد دقیق قانونی در دعوای داور نیست. با این همه، باید گفت که در عمل، داوران بازرگانی به عادت در هر دو کشور از این قواعد متعارف پیروی می کنند. این گونه تصور می شود که داور در مالزی و هند از

۱۱۶. برای بحثی عالی در زمینه کدخدامنشی بنگرید به گفتار:

R. H. Christie, "Amiable Composition in French and English Law", in (1992) 58 Arbitration 259.

117. Russel on Arbitration, 20 th. ed, (London: Stevens & Co. 1989), p. 273.

[استثنای مشخص شده بازتاب سرشت توافقی داور است].

118. R. Buxton, "The Rules of Evidence as Applied to Arbitrations", (1992) 58 Arbitration 229.

صواب دید گسترده تری برخوردار است تا در انگلستان، اگرچه در این کشور به دو سوی اختلاف اجازه می دهند تا موافقت کنند که از قواعد دقیق و خشک برگه و بررسی پیروی نکنند و گاهی چنین شده است. با این همه، در اغلب داوران غیررسمی بر این عقیده اند که مطمئن ترین عمل، پیروی از قواعد برگه و بررسی است که به وسیله خرد قضایی و آفرینش قانونی در سده ها تکامل یافته است.

در تعیین قواعد آیین دادرسی درخور اجرا، در کامن لا «خودمختاری طرف» اصلی راهنماست که باید پیروی شود. برابر نظام کامن لا داور حتماً ملزم به پیروی از آیین دادرسی دادگاه عالی نیست.<sup>۱۱۱</sup> در عمل، بیشتر داوریهای بازرگانی بومی عمده از جریان عادی آیین دادرسی یک محاکم در دادگاه پیروی می کنند، ولی داور ملزم نیست تا از قواعد مفصل دادگاه که برای منظوری متفاوت طرح شده اند، پیروی کند. در داوریهای بازرگانی بین المللی، بیشتر، آیین دادرسیهای گوناگون به کار می رود.

هر آیین دادرسی که در داوری به کار رود، همیشه قاعده اساسی این است که بار اثبات قضیه یا ادعا بر دوش کسی است که دعوی طرح می کند: «هرکس ادعا می کند باید اثبات کند». این به معنای آن است که در نخستین وهله مدعی [خواهان] دعوی خویش را شروع می کند گواهان و دیگر دلایل را ارائه می دهد. وقتی دعوی خواهان بسته شد، اگر خوانده بخواهد دلیل اقامه کند و گواه آورد، او دعوایش را شروع می کند و بر دعوی طرف دیگر با ارائه دلیلی که بر آن تکیه دارد پاسخ می دهد. در پایان، خوانده سراسر دعوا را آن گونه که می بیند خلاصه می کند، و خواهان ممکن است حق پاسخگویی و خلاصه کردن تصور خویش از دعوا را داشته باشد. البته، بسیاری از داوران بین المللی (و در واقع برخی از بومیان) از قواعد مقرر آیین دادرسی پیروی می کنند: ارجاعی به چنین قواعد بیشتر در خود توافق داوری یافت می شود.<sup>۱۱۲</sup>

قوانین داوری گوناگون کامن لا به گونه ای گسترده با قدرت دادگاه عالی مربوطند تا دستورهایی در تکمیل قدرتهای داور بدهند: چنین مقرراتی بالطبع حمایت کننده است و به خود داور قدرتهای خاصی هر چند اندک می بخشد. چون چنین مقرراتی، چه مربوط به

۱۱۱. یعنی، در مالزی قواعد دیوان عالی ۱۹۸۰.

۱۱۲. برای نمونه، در مالزی قواعد داوری مؤسسه مهندسان، مالزی، که با ارجاع به سپردن خود داوری که شامل ضابطه قرارداد مهندسی ساختمان است، یکی است.

آیین دادرسی یا چیز دیگر، به داوران نمی‌بخشد، بیشتر اندیشه آن است که شکاف عمده‌ای در حقوق وجود دارد.

همان گونه که تجزیه و تحلیل آینده می‌کوشد نشان دهد، در کامن لا داوری به وسیلهٔ خلأ ناشی از آیین دادرسی رسمی و پیش‌نیازهای ادله آشکار مشخص است. تنها قاعدهٔ زرین این است که داور همیشه باید قواعد دادگری طبیعی را رعایت کند و به روشی قضایی و یک بیطرفی رفتار نماید. او وظیفه دارد تا به دو سوی اختلاف، دادرسی عادلانه‌ای بدهد، ولی به شرطی که دو سوی اختلاف به خود داور قدرتهایی واگذار کرده باشند، او قدرتهای صریح اندکی داراست.<sup>۱۲۱</sup>

دوباره در حقوق اسلام، این وضع برخلاف کامن لا است. در حقوق اسلام روشن است که هم قانون شکلی و هم قانون ماهوی درخور اجرا در داوری، شریعت حقوق اسلام خواهد بود که رعایت آن بر گروندگان دستوری و الزامی است. اگر داوران صالح با عدالت رفتار کنند، داوریهای حقوق اسلام به خاطر دلالت ضمنی دینی و اخلاقی مربوط، نباید دستاوردهایی بیدادگر به بار آورد. برخلاف کامن لا - که در این زمینه مهم، معلوم نیست - برای هر گونه اختلاف کوچک میان دانشمندان مکتبهای گوناگون حقوقی در اسلام هیچ گونه ابهامی وجود ندارد.

هر چند حقوق اسلام مفهوم کدخدامنشی حقوق نوشته را به رسمیت نمی‌شناسد،<sup>۱۲۲</sup> ولی مفهوم صلح، که حل و فصل یا سازش است به خوبی تکامل یافته است و داوری آشتی جویانه اجازه داده شده است و در واقع در موارد ناسازگاری خانوادگی بدان رهنمون گردیده است.<sup>۱۲۳</sup>

هدف صلح رهایی از اختلافات است و صرفاً در اثر خود شکلی نیست.<sup>۱۲۴</sup> از نظر ادبی، این اصطلاح به معنای آشتی و سازش، گسستن یا ایستاندن کشمکش یا تیرگی و ستیز است؛ ولی از نظر حقوقی قراردادی است که یک اختلاف یا دعوا را میان دو سوی

121. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, Chapters 21 and 22.

122. Amin, Commercial Arbitration, p. 36.

۱۲۳. بنگرید به: سورهٔ نساء (۴: ۳۵).

124. Schacht, Islamic Law, p. 148.

اختلاف خاتمه می دهد یا دور می سازد.<sup>۱۲۵</sup>

بدین دلیل، در مجله شرطی هست که به داور اجازه می دهد تا در اوضاع و احوال معین، آشتی ترتیب دهد. این در ماده ۱۸۵۰ دیده می شود که مقرر می دارد:

«اگر دو سویی که داوران را برگزیده اند به داوران اجازه دهند تا سازش و آشتی ترتیب دهند، اگر آنان مناسب می بینند، این ترتیب از رهگذر آشتی و سازش به وسیله داوران کار خوبی است. پس اگر یکی از دو سویی از داوران را برای حل اختلاف از رهگذر آشتی و کیل خویش تعیین کرده است و طرف دیگر هم داور دیگری برگزیده است و داوران برابر دستورهای نگاشته شده این کتاب درباره سازش ترتیب آشتی و سازش دهند، یکی از دو سوی اختلاف نمی تواند پذیرش این ترتیب و سازش را رد کند».

چنین پیداست که صلح در بحث از این شرط آن را با کدخدامنشی یکسان می داند.<sup>۱۲۶</sup> در حقیقت، این صلح است که در ماده ۱۵۳۹ بحث شده است و «دستورهای نگاشته شده درباره سازش» به نقل قول پیش مربوط می شود.

ماده ۱۵۵۶ اهمیت ویژه ای دارد چون یک قرار صلح صحیح را فسخ ناپذیر می سازد.<sup>۱۲۷</sup> صلح، با کدخدامنشی که بر پایه مفهومی بسیار گسترده و رها استوار است فرق دارد، چون چنین رأیی «خواستار بازتاب انتظار دو سوی دعوا به هنگام بستن قرارداد است و آنچه منصفانه است در مفهومی بسیار همگانی به هنگامی است که اختلاف پدید می آید».<sup>۱۲۸</sup> در واقع، همان گونه که صلح خود می پذیرد، برابر آیین دادرسی صلح «داوران» برخلاف کدخدامنشی کاملاً از (فرشته صلح) آزاد نیستند، از تعهد اجرای قواعد

125. Abdullah Alwi Haji Hassan, Sales and Contracts in Early Islamic Commercial Law, (Islamabad: Islamic Research Institute 1994), p. 177.

نویسنده یادآور می شود که: «هر کدام از دو سوی قرارداد (المتعاقدين) یک صلح آفرین با سازشگر است (مُصالح)».

126. Saleh, Commercial Arbitration, p. 57.

127. Redfern and Hunter, International Arbitration, p. 35.

128. Ibid.



شریعه یعنی قانون جدا و رها نیستند،<sup>۱۲۹</sup> درحالی که کدخدامنشان این گونه پایبندی ندارند. در واقع، نکته ای بنیادین است. قانون درخور اجرا در یک داوری اسلامی همیشه شریعه را ملزم می سازد. درست است که شماری از کشورهای خاورمیانه با قانون موضوعه از اصول دقیق و دستوره های شریعه در زمینه داوری جدا شده اند، ولی این جدایی بر نکته همگانی گفته شده اثر نمی نهد. عقیده اساسی این است که شریعه (هم قواعد ماهوی و هم قواعد شکلی آن) باید در وضع یک داوری مانند موارد غیرداوری به کار رود.

این پایگاه به خوبی به وسیله نویسنده ای که از او بازگو کردیم - سمیر صالح - خلاصه شده است:

«اصل اساسی، که به روشنی به وسیله مکتب حنفی تشریح شده است، کاربرد دستوری هر دو قواعد شکلی و ماهوی شریعه است. نویسندگان حنفی بیشتر در این باره سه قاعده دقیق برگه و بررسی در حقوق اسلام را طرح می کنند: گواهی، اقرار و انکار (بیته، اقرار، نکول)... نویسندگان مالکی، شافعی و حنبلی معمولاً کاربرد قواعد برگه و بررسی را یاد نمی کنند. مالکیان بر تأیید رأی همراه با قواعد آموزش مالکی، بدون جدایی میان قواعد شکلی و ماهوی پافشاری می ورزند. اگرچه حنبلیان پا می فشرند که هر قاضی (یا داور) مسلمان ناآگاه بر قاضی نامسلمان برتری دارد، از قواعد شکلی و ماهوی در زمینه داوری بحث نمی کنند».<sup>۱۳۰</sup>

ناگفته پیداست که قواعد شکلی که باید اجرا شود شامل همه قواعد ادله اثبات دعواست و اینها برخلاف وضع در کامن لا به دقت اجرا می شوند. در داوریه های بازرگانی، مدارک مستند، مسأله مهمی است زیرا بیشتر قراردادها همگی یا بخشی از آنها نوشتنی و کتبی است.

اسلام مدارک مستند را به رسمیت می شناسد و می پذیرد: قرآن شامل اشاره هایی فراوان به برگه و بررسی (ادله اثبات) به گونه ای همگانی و به مدرک نوشته به گونه ای ویژه است. مهمترین آیه در این زمینه را می توان در سوره بقره یافت که خداوند سبحان می فرماید:

129. Saleh, Commercial Arbitration, p. 54. زیر عنوان در کاربرد «دستوری شریعه»

130. Mahmud Saedon, "Bayinnah in Islamic Law", in (1992) IIULJ at pp. 18- 19.

«ای کسانی که گرویده اید هرگاه با هم داد و ستد کردید و تا مدتی معین دینی و تعهدی بر عهده شما افتاد، آن را بنویسید. باید میان شما نویسنده ای دادگر باشد، مبادا که نویسنده از نگارش سرپیچد، همان گونه که خداوند بدو آموخته است. پس او باید بنویسد و حقی را که بر اوست (مسئولیتی را که دارد) بنگارد» (۲۸۲/۲).

این آیه که گاهی «آیه وام» خوانده می شود و بخش نخست آن از داد و ستدهایی که به پرداخت آینده می پردازد سخن می گوید. بخش دوم از داد و ستدهایی گفتگو می کند که پرداخت و دریافت بی درنگ و فوری است. اگرچه دیدگاههای رنگارنگی به وسیله حقوقدانان مکتبهای گوناگون بیان شده است، پیشنهاد می شود که این آیه دستور آشکار قرآنی برای این بینش است که در هر دعوی مدنی، شامل یک دعوی بازرگانی با سرشت بازرگانی، مدرک نوشته، شکل مهم اثبات است، هر چند اثبات و دلیل قطعی نیست. دلیل و مدرک نوشته قالبی از بین است که به معنای هر چیزی است که به روشن سازی حقیقت می پردازد. یک حقوقدان معاصر مسلمان<sup>۱۳۱</sup> به ما گفته است که برخی از دانشمندان در برداشت خود از بین مفهوم محدود کننده دارند. برخی از حقوقدانان آن را با گواهی یکسان می دانند. در نگاه نویسنده، عقیده بهتر در روزگار کنونی این است که بین یعنی:

«هرچه وجود یک حق را روشن می سازد یا شرح می دهد یا نشان می دهد و نشان دادن آنچه نزد [داور] وجود دارد ... این دیدگاه که معنای لفظی بین است باور ابن فرحون، ابن تیمه، ابن قیم و دیگران است».

بر پایه این دیدگاه یا هر بینش دیگر، مدرک نوشته در داوری اسلامی پذیرفتنی است، هر چند بیشتر حقوقدانان حنفی و مالکی، همراه با برخی از شافعیان آن را به عنوان دلیل قطعی و نهایی نمی پذیرند. با این همه، مدرک و دلیل نوشته در داوریهای اسلامی کاربرد گسترده دارد و به آن بها و سنگینی شایسته ای داده شده است.<sup>۱۳۲</sup>

۱۳۱. برای بحث در این نکته بنگرید به: صالح، داوری بین المللی، صص ۴۶ - ۶۶. نتیجه نویسنده این است که برابر حقوق اسلام مدارک شخصی خودشان دلیل کافی نمی سازند، بلکه باید به وسیله برگه و دلیل و شفاهی، سوگند یا اقرار تأیید شوند در کامن لاهم این وضع به گستردگی چنین است.

132. *Thompson v. Miler* (1875) 15 WR 353 *Rawling v. Wood* (1735) Barnes 55.

در عمل و کارکرد امروز، همگی آرای داوری کتبی است.

برگه و بررسی (ادله) و آیین دادرسی در جایی است که شکافی گسترده میان حقوق اسلام و کامن لا وجود دارد. نخستین دقیق است در حالی که دومین کاملاً سهل انگار است. ولی در عمل و در حقیقت اندکی از قواعد داوری شریعه، داوری اسلامی را از یک داوری انجام شده برابر کامن لا بسیار متفاوت می سازد. قواعد برگه و بررسی و آیین دادرسی در دو نظام تفاوت دارند، ولی این اثری تعیینی بر داوری به عنوان شیوه ای برای کشمکش زدایی در کشورهای اسلامی و کشورهای کامن لا ندارند. در هر دو نظام داور باید بکوشد تا دادگری را برای هر دو سو به جا آورد و در این کار باید از قانون پیروی کند.

## ۵

### تصمیم داور و دخالت قضایی

به تصمیم داور «رأی» (Award) می گویند که معمولاً سندی نوشته شده است، هرچند یک رأی شفاهی فراهم شده موافق با شرایط سپردن [اختلاف] به داوری و ابلاغ شده به طرفین، اجرا خواهد شد.<sup>۱۳۳</sup> در پرونده مالیزیایی درباره یک داوری میان محمد ابراهیم و کوشی محمد (Mohamed Ibrahim and Koshi Mohamed)<sup>۱۳۴</sup> وزیر دادگستری، (Rose) یادآور شد که اصطلاح «رأی» اصطلاح فن نیست، و تنها سؤال این است که آیا قرار مورد بحث به یک تصمیم می رسد.

با این همه، مانند حکم یک دادگاه، رأی داور به حلّ و فصل مسائل مورد نظر میان دو سو - که اعتبار امر مختوم (*res judicata*) پیدا می کند - می پردازد، و با اجازه دادگاه عالی، درست بسان یک حکم یا قرار دادگاه، با توجه به مقررات قانونی اجرا می شود.<sup>۱۳۵</sup>

133. [1963] 29 MLJ 32.

۱۳۴. در مالزی بند ۲۷ از قانون ۱۹۵۲ داوری بنگرید به:

Willsden Local Board and Wrigh [1892] 1 KB 73 6.

135. Mustill and Boyd, International Commercial Arbitration, p. 409.

«یک رأی صحیح به یک خواهان پیروز حقّ نوبنی به اقامه دعوی می دهد، به جای حقّی که ادعایش بر پایه آن استوار بود».<sup>۱۳۶</sup>

با این همه، اگرچه پیش نیازهایی برای تشکیل رأیی که صحیح باشد در کامن لا وجود ندارد، پیش نیازهای متکی به خود و ذاتی وجود دارد که باید کامل، معین، استوار، اقناع کننده و قطعی باشد. رأی باید کامل باشد بدین معنا که باید به همه مسائل سپرده شده به داوری پردازد و آنها را حل کند.<sup>۱۳۷</sup> در واقع، لازم نیست که به هر موضوع در اختلاف جداگانه پردازد، و رأیهای سفید کاملاً رایج است. در کشورهای کامن لا به جز انگلستان آوردن ادله در رأیها معمول نیست، ولی در انگلستان از هنگام اجرای قانون داوری ۱۹۷۹، رأیهای مستدل باب شده است. تعبیرهای فنی لازم نیست<sup>۱۳۸</sup> و هر شکلی از عبارتها که به تصمیم در مسأله مورد اختلاف برسد، این کار را انجام خواهد داد. در یک پرونده قدیمی، برای نمونه، عبارت «من بررسی کرده ام و گمان زده ام که چند کار لازم است تا تعمیر ویرانی این خانه انجام گیرد و همان به مبلغ ۵۵/۵ پوند حکم می دهد»، یک رأی نهایی و قطعی دانسته شده است.<sup>۱۳۹</sup>

رأی باید روشن و واضح باشد بدین مفهوم است که تصمیم در عبارتها و کلمات خود روشن باشد. به گونه ای که هیچ شکی نسبت به آنچه طرفین باید انجام دهند وجود نداشته باشد. دادگاه از اجرای رأیی که روشن و مشخص نیست خودداری خواهد ورزید، همان گونه که در پرونده شرکت خوراک کنسرو شده مونتروز علیه شرکت (بازرگانان) اریک ولز، *Montrose Canned Foods Ltd. v. Eric Wells (merchants) Ltd.*<sup>۱۴۰</sup> چنین کرد، آن جا که رأی صرفاً داد باخته را به پرداخت ضرر و زیانها بدون گفتن این که چه مبلغ

۱۳۶. آنجا که دادگاه عقیده داشت که داور از لحاظ داشتن برخی از مسائل دقیق در کشمکش ناکام مانده است و از رأی به داوری چشم پوشید.

*Malaysian National Insurance Snd Bhd v. Tan no Hoh Construction, Snd Bhd* [1984] 2 CLJ 181.

137. *Eardley v. Steer* (1835) 4 LJEX 293.

138. *Whitehead v. Tattersall* (1834) 1 A & E 491.

139. [1965] 1 Lloyd's Rep 597.

140. *Hall v. Alderson* (1825) 2 Bing 476.

باید می پرداخت، رهنمون می کرد. با این همه، دادگاه به هیچ رو توان تغییر یا اصلاح رأی ندارد؛<sup>۱۴۱</sup> تنها می تواند آن را کنار نهد یا آن را به داور واگذارد تا برابر مقررات قانونی مربوط بازبینی کند. رأی همچنین باید درخور، اقناع کننده و استوار باشد. اگر رأی ناستوار باشد، به دلیل ابهام، بد دانسته شده است.<sup>۱۴۲</sup> «اگر نتایج داور آشکارا با یافته های او یا مطالب مقدماتی اسنادش سازگار نباشد، برآنند که این رأی بد خواهد بود.»<sup>۱۴۳</sup>

همچنین رأی باید قطعی و نهایی باشد و اگر نباشد، دادگاه یا آن را برای رسیدگی به داور برمی گرداند یا آن را نقض می کند. رأی نهایی اشاره به داوری دارد و بدین گونه داور باید درباره همگی مسائل تصمیم بگیرد یعنی او نباید برخی از آنها را برای تصمیم گیری به شخص سومی واگذارد.<sup>۱۴۴</sup>

در مالزی بند ۱۷ قانون داوری ۱۹۵۲ می گوید که: موضوع هر قصد صریح برخلاف توافق داوری، هرچنین قراردادی گمان می رود دارای شرطی است که رأی داور «باید قطعی و برای دو سوی اختلاف و کسانی که ادعایی درمورد آنان دارند، الزام آور باشد». با این همه، رأی «قطعی» به معنای آن است که: «پژوهش ناپذیر باشد و بستگی به قدرت دادگاه دارد که رأی را برای رسیدگی برگرداند یا برابر دیگر مقررات نقض کند.»<sup>۱۴۵</sup>

درهم آمیختگی بالقوه ای وجود دارد زیرا بند ۱۵ قانون ۱۹۵۲ به داور این توان را می دهد تا آنچه «رأیهای موقت» (Interim Awards) نام دارد صادر کند، مگر توافق داوری به جز آن مقرر دارد. رأی باید به عنوان یک رأی موقت روشن شده باشد و در واقع ناپایداری وجود ندارد زیرا یک رأی موقت ممکن است سرانجام به مسائلی بپردازد که به دیگران حل و فصل بعدی را وا می نهد. یک رأی موقت همچنین ممکن است راجع به مسأله مقدماتی، یعنی مسأله مسؤولیت باشد، سپس رأی بعدی تنها به میزان خسارت و هزینه ها خواهد پرداخت. این شیوه و فن برای صرفه جویی زمان و پول معمولاً به کار

141. Duke of Beaufort v. Welch (1839) 10 Ad & EI 527.

142. V. Powell- Smith and J. Sims, Construction Industry Arbitration - A Practical Guide, (London: Legal Studies & Services Ltd. 1989), p. 91.

143. Re Goddard and Mansfield (1850) 19 LHQB 305.

۱۴۴. یعنی، بند ۲۲ تا ۲۴ قانون داوری ۱۹۵۲ [مالزی].

145. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, p.5.

می‌رود و ممکن است برای تصمیم‌گیری مسائل و پرونده‌های فوری نیز از آن بهره‌برند. بدین‌گونه، کامن‌لا برای یک رأی نیازهای رسمی وضع نمی‌کند، ولی دادگاه قدرتهای قانونی گسترده‌ای در پیوند به داوری دارد، اگرچه «یافشاری دادگاه برای بهره‌گیری از آنها تنها پشتیبانی از داوری است و نه دخالت در آن».<sup>۱۴۶</sup>

گذشته از قدرتهای پشتیبانی، که با توجه به قاعدهٔ داور پیشتر بحث شده است، واری قضایی به راههای گوناگون اعمال می‌شود. برای نمونه، اگرچه بند ۱۷ داوری مالزیایی ۱۹۵۲ اعلام می‌دارد که: رأی داور «قطعی و بردو سولازم الاجراست»، دادگاه ممکن است رأی را به داور برگرداند تا برپایهٔ ادلهٔ گوناگون شامل کشف مدرک جدید و ذی‌ربط بازبینی کند.

همچنین، دادگاه ممکن است آن‌جا که داور نامناسب عمل کرده است، و یا در رفتار و گردش کار داوری بی‌قاعدگی وجود داشته است، یا جایی که رأی به گونه‌ای نامناسب فراهم شده است رأی را نقض کند،<sup>۱۴۷</sup> همچنین، ممکن است اگر رأی مشخص یا قطعی نباشد یا بر پایهٔ قراردادی غیرقانونی صادر شده باشد نقض گردد.<sup>۱۴۸</sup> شکلهای دیگر واری قضایی، شامل آیین دادرسی با مورد ویژه برای توانا ساختن مسائل قانون که برابر بند ۲۲ قانون داوری ۱۹۵۲ است به وسیلهٔ دادگاه حل گردد.<sup>۱۴۹</sup> این برای آن است که در یک نگرش، البته در نهایت داوری برای اختلافاتی که به مسائل قانون می‌پردازد شایسته نمی‌باشد، ولی باید گفت که بازرگانان ترجیح می‌دهند تا از داوری برای حل و فصل

۱۴۶. در مالزی برابر بند ۲۴، قانون داوری ۱۹۵۲.

#### 147. David Taylor & Son Ltd. v. Barnett Trading Co. Ltd. [1953] 1 All Er 843.

۱۴۸. این آیین دادرسی در انگلستان با قانون داوری ۱۹۷۹ الغا گردید و حق محدود پژوهش و تجدید نظر قضایی آرا برابر بند ۱ قانون داوری ۱۹۷۹ جای آن را گرفت. در انگلستان ارجاع قضایی با یک رأی داور تنها موجه است اگر بتوان آن را نشان داد که یا دور خود را در قانون همراه کرده است یا به تصمیمی رسیده است که هیچ داور متعارف نمی‌توانسته است به آن برسد. حق پژوهش خیلی محدود است و با ملاحظهٔ درخواستهای ترک پژوهش دادگاهها باید راهنماییهای بسیار دقیق وضع شده از سوی مجلس اعیان را در پروندهٔ *The Nema* [1952] AC 742 در نظر گرفته باشند.

۱۴۹. بنگرید به: ماستیل و بوید، داوری بازرگانی، فصل ۲۹. «واری قضایی: یک بررسی واقعی در رأی که صادر شده است دخالت خواهد کرد. دخالت هنگامی است که ارجاع هنوز در جریان است و واقعاً در عمل ناشناخته است، حتی اگر در نظر مجاز باشد».

اختلافات بازرگانی بهره گیرند و در روزگار کنونی گرایش دادگاههای کامن لا بر دخالت هر چه کمتر در داوری بوده است، هر چند همیشه چنین نمی بود.<sup>۱۵۰</sup>

سرانجام، در سالهای اخیر داوری در کامن لا به گونه ای فزاینده از دادگاهها، که کارشان به گونه ای گسترده وظیفه ای پشتیبانی کننده و اصلاحی است، مستقل شده است. داوری کامن لا به گونه ای فزاینده خودمختار است و جایی که توافقی داوری وجود دارد، دادگاهها خواهند کوشید تا آن را تأیید کنند.

جایی که شرط داوری در قرارداد وجود دارد، دادگاه با اشتیاق جریان دادرسی را به تأخیر می اندازد، توان دادگاه برای این کار در مالزی در بند ۶ قانون داوری ۱۹۵۲ گنجانده شده است.

بدین گونه، در یک پرونده برجسته مالزیایی، خواهانها سندی کتبی صادر کردند و خوانندگان درخواست توقف آن را کردند چون آن اختلاف می توانست داوری شود؛ چون شرطی راجع به داوری در قرارداد وجود داشت. قاضی (راجا اصلان شاه) مستندات را مورد بازبینی قرار داد هر چند که در نتیجه، توقف را رد کرد، این اصل همگانی را فشرده وضع کرد:

«اکنون بر عهده این یعنی خواهان که می خواهد داوری را پس زند می باشد تا دادگاه را متقاعد سازد که ادله خوبی برای پرونده وجود دارد تا [در دادگاه] رسیدگی شود... دادگاه صلاح دیدی ملغی کننده در این مسأله دارد که برابر سرشت متغیر پرونده های گوناگون تقدیمی، عمل شود» نگاه کنید به: پرونده Vawdrey v. Simpson [1896] 1 Ch 166, p. 169. داوری علیه سیمپسون (per Chittyj. ....).<sup>۱۵۱</sup>

اگرچه در حقوق اسلام، داوری قراردادی است، و بینش این است که رأی دارای سرشتی قضایی است و مسائل میان طرفین را که اعتبار امر مختوم می یابد حل و فصل می کند. از دیدگاه مکتب حنفی، این صفت بر نیروی الزام آور قرارداد استوار است.<sup>۱۵۲</sup> در حقوق اسلام رأیهای داوری موضوع همان قواعد رسمی احکام دادگاههاست و در

150. Alagappa Chettiar v. Palanivelpillai [1971] 1 MLJ 208.

۱۵۱. مجله، ماده ۱۸۴۲، بنگرید به: Ahab, "The Moslem Arbitration Law", Vol. 1, p. 383.

152. Saleh, Commercial Arbitration, p. 47.

عمل کتبی اند. هر چند هیچ متنی نیست که کتبی بودن رأی را لازم بداند، در واقع، بیان شده است که:

«تأیید رأی برابر عقیده حنفی و امکان ابطال رأی مستلزم وجود سندی کتبی است که درخور مجاب شدن، تأیید ابطال یا العا به وسیله قاضی باشد».<sup>۱۵۳</sup>

با این همه، تأیید رأی به وسیله قاضی اجباری نیست<sup>۱۵۴</sup> و دیگر مکاتب این شرط را تحمیل نمی کنند. در این زمینه، میان حقوق اسلام و کامن لا تفاوتی نیست. یک سند کتبی برای اثبات و دلیل ضروری است. به نظر می رسد که برابر اصل همگانی شریعت اسلام دو گواه باید امضای داور را در رأی گواهی کند. حال آن که در کامن لا امضای داور، عرفاً و نه به ضرورت به وسیله یک شخص گواهی می شود. از دیدگاه صالح،<sup>۱۵۵</sup> محتویات خود رأی به چهار پاره بخش می شود:

در رأی صادره معمولاً چکیده ای از اختلافات طرفین؛ یافته های واقعی داور؛ استدلال وی با ارجاع به حقوق اسلام و تصمیم عملی او نگاشته می شود. هر چند که در این زمینه، قواعد این دو نظام با هم فرق دارند. دیدگاه بیشتر مکتبها این است که رأی داور همانند حکم قضایی اثر الزام آوری دارد و همین که داور آن را صادر کرد الزام آور می شود.<sup>۱۵۶</sup> در واقع، مالکیان و حنبلیان بر اثر اعتبار امر مختومه بودن رأی داور تأکید می ورزند ولی اقلیتی از دانشمندان شافعی بر آنند که برای الزام آور شدن اثر رأی، همگامی و تراضی دو سوی اختلاف لازم است.<sup>۱۵۷</sup>

برابر قواعد شکلی معمولی حقوق اسلام، رأی درخور اجراست ولی مانند کامن لا، اجرا به دست دادگاه انجام می گیرد. در این باره جالب است یادآوری کنیم که یک نویسنده این وضع را چنین بیان داشته:

۱۵۳. مگر آن جا که موضوع طلاق است. این یک مورد ویژه است و بیرون از قلمرو این گفتار است که به داوری در مسائل بازرگانی و مالی ارتباط دارد.

154. Saleh, Commercial Arbitration, p. 74.

۱۵۵. برای نمونه بنگرید به: ماده های ۱۸۴۲، ۱۸۴۸ و ۱۸۴۹ مجله.

156. Saleh, Commercial Arbitration, p. 76.

157. Al-Ahab, "Moslem Arbitration Law", p. 389.



«اگر لغزشی رسمی وجود داشته باشد، قاضی ممکن است اجرای رأی را رد کند و حتی ممکن است اگر اشتباهی آشکار یا بی‌عدالتی در رأی دیده شود یا رأی برخلاف نظم عمومی باشد، دادرسی آن را نقض کند. این درجه دوم رسیدگی و دادخواهی نیست، بلکه واری رأی است».<sup>۱۵۸</sup>

هر چند در آغاز چنین نمی‌نماید که این مورد با نظام کامن‌لا ناهم‌اند باشد، برابر حقوق اسلام چنین پیدا است که قاضی اسلامی دخالت بیشتری از قاضی کامن‌لا دارد، و اگر رأی، اصول شریعت را زیر پا نهد، مورد چالش قرار می‌گیرد. آن‌جا که رأی، شریعت را زیر پا گذارد به وسیله قاضی فسخ می‌شود. داور، مانند قاضی، نمی‌تواند به خود یا بستگان نزدیکش سود برساند و نیز نمی‌تواند وظیفه‌اش را به شخصی دیگر واگذار و به او نمایندگی دهد. اگر این قواعد بنیادین شکسته شوند، دلیلی خواهد بود برای نقض رأی.<sup>۱۵۹</sup>

«از سوی دیگر، رأی بر ضد بستگان نزدیک پذیرفته شده است».<sup>۱۶۰</sup>

به این پایگاه در متون حقوق اسلامی اشاره چندانی نشده است و دخالت قضایی بر پایه اصول همگانی حقوق اسلام یا برجاست. به دیگر سخن، ممکن است رأی بر پایه همان دلیلهایی مورد چالش قرار گیرد که حکم یک دادگاه قرار می‌گیرد. آیین دادرسی، تقدیم دادخواست را برای نقض رأی داور پیش‌بینی می‌کند.<sup>۱۶۱</sup> چنین درخواستی ممکن است جداگانه به دادگاه صالح داده شود یا به هنگام اجرا خواسته شود. با این همه، مقررات قانونی بومی ممکن است در دولتها یا کشورهای گوناگون اسلامی بر این وضع اثر نهند و در برخی از موارد دخالت دادگاه بسیار محدود است.

۱۵۸. الهدایة، (ترجمة هیلتون)، ص ۳۴۴.

159. Saleh, Commercial Arbitration, p. 80.

۱۶۰. قانون شماره ۱۳ سال ۱۹۶۸، بنگرید به:

Al- Ahab, "Moslem Arbitration Law", p. 389

صالح، داوری بازرگانی، فصل ۱۳ و احمد س. القرشی، «داوری در مصر»، در گردش کار نخستین کنفرانس منطقه ای عرب، قانون وکلای بین‌المللی، قاهره، ۱۵-۱۹ فوریه ۱۹۸۷، ج ۱، ص ۱۶۹.

۱۶۱. مجموعه، ماده ۵۰۸.

برای نمونه، در مصر در قانون آیین دادرسی مدنی بازرگانی ۱۹۶۸،<sup>۱۶۲</sup> قدرت دادگاه برای دخالت در یک داوری به کمترین اندازه کاهش یافته است، ولی پیش شرط اجرای هر رأی آن است که باید در مدت پانزده روز در دادگاه بماند.<sup>۱۶۳</sup> پژوهش رسمی از رأیها وجود ندارد،<sup>۱۶۴</sup> ولی ممکن است شماری از پرونده‌ها در دادگاه مناسب، دوباره دادرسی شوند:

(الف) جایی که ادعای نیرنگ مؤثر در رأی شده است؛

(ب) جایی که رأی بر پایه اسناد جعلی صادر شده است؛

(ج) جایی که رأی بر پایه گواهی دروغ صادر گردیده است. دروغ بودن

گواهی باید از نظر قضایی اثبات شود؛

(د) جایی که مدرک مربوط به وسیله یکی از طرفین پنهان شده است؛

(ه) دیگری بی قاعدگیهای وابسته به آیین دادرسی.<sup>۱۶۵</sup>

اینها مقررات خاص قانونی اند که سرشت اسلامی ویژه‌ای ندارند. مقرراتی که بر پایه اصول بنیادین و کلی عدالت استوارند. در اسلام یک رأی داوری ممکن است به همان روش یک حکم دادگاه مورد چالش قرار گیرد و اگر صلاحیت داور به گونه‌ای، برای نمونه با زمان، (همان‌گونه که در ماده ۱۸۴۶ مجله می بینیم) محدود باشد حکم او به خاطر عدم صلاحیت اثری نخواهد داشت.

با این همه، برای نویسنده پیداست که یک اصل برجسته در شریعه هست که علم به رأیها و اجرای آنها مربوط است و هم به دخالت قضایی که اثری زنده بر اصل اعتبار امر مختوم دارد. آن اصل این است که: «حقیقت ماهوی باید بر رموز فنی شکلی چیره آید» و اشتباه است که بگوییم: «تاکید قانون شکلی اسلام در رسیدن به حقیقت به همان اندازه

۱۶۲. مجموعه، ماده ۵۱۰ ولی دو طرف ممکن است به دادگاه درجه دومی پژوهش بدهند، اگر به چنین کاری توافق کرده باشند.

163. Saleh, Commercial Arbitration.

164. Schach, Islamic Law, p. 195.

۱۶۵. این گفتار کوتاه بر پایه پژوهش انجام یافته برای نگارش پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق تطبیقی از دانشگاه اسلامی بین المللی مالزی به سال ۱۹۹۴ آماده شده است. نگارنده از دانشگاه یاد شده سپاسگزار است که موافقت کرد تا از این کار در این جا بهره‌گیری شود. به عنوان یک نامسلمان، هرچند فردی از اهل کتاب، درباره شکوه و دانش اسلام به هنگام پیوند با این دانشگاه و دوستان و همگان در این جا فراوان آموخته است.

فراوان است که به کارگیری قواعد رسمی خاص». «شریعت بر روح قانون تمرکز دارد و نه الفاظ آن و این در داوری کمتر از دیگر زمینه‌ها نیست. این اصل در قلمرویی که اکنون بحث می‌شود مهم است.

اگرچه میان حقوق اسلام و کامن‌لا اختلاف کمی است، ولی روی همه نکته‌های اساسی با توجه به خود رأی همانندی وجود دارد. چون بیشتر فقیهان به داوری به عنوان یک رسیدگی کمکی بر خلاف صلاحیت کلی قاضی نگاه می‌کنند، در حقوق اسلام چه بسا احتمال دخالت قضایی بیش از کامن‌لا است. «در واقع نهاد داوری در حقوق اسلام به سختی به قاضی وابسته می‌ماند. در هر دو نظام، داور در چارچوب قانون عمل می‌کند، رأیش اجرا خواهد شد و تنها بر پایه دلایلی محدود، رأی مورد چالش قرار می‌گیرد. در کامن‌لا داور و رأی او باید با کامن‌لا بخواند و هماهنگ باشد و در داوری حقوق اسلامی، باید قانون شرع را به کار برد، ولی از دیدگاه نگارنده تفاوت اساسی وجود ندارد.

رسیدن به حقیقت ماهوی و رها شدن از دعوای بی‌انتها خواسته و نشانه هر دو نظام است و عمل داوری و آیین دادرسی از واری دقیق دادگاه رهاست. قوانین نوین بر اصول اساسی هم کامن‌لا و هم حقوق اسلام تکیه زده است و آنها را اجرا کرده است و در هیچ موردی، رأی و اجرای آن یا واری گردش کار و دادرسی داوری دشواریهای خاصی را طرح نمی‌کند.

با این همه، در این گفتار کوشیده است تا نشان دهد که میان قواعد حقوق اسلام و کامن‌لا در پیوند با داوری تفاوتی هست. دستاورد نگارنده این است که این تفاوتها به گونه‌ای گسترده به مسائل پایگاه و نگرش برمی‌گردد. در این گفتار، به مقررات مجله ارجاع شده است که دیدگاههای عالی مکتب حنفی را ارائه می‌دهد و در سوریه، لیبی، لبنان، اردن، عراق، مصر و بسیاری از کشورهای دیگر حاکم است. بیشتر این کشورها از اصول مقررات مجله جدا شده‌اند ولی با دوباره زنده شدن اسلام، وضع قانون اساسی و قانونی بودن قوانین که زیر فشار بیگانه اجرا می‌شدند و با مقررات شریعت اسلامی متفاوت بودند، به گونه‌ای فزاینده زیر نفوذ علمای اسلام درآمده است. از دیدگاه نگارنده پایگاه و نگرش مکتب حنفی که در مجله آمده است، چیزی است که با نیازهای بازرگانی

امروز سازگار است و دست کم به عنوان ساختار بنیادین برای هر قانونگذاری اسلامی که از داوری گفتگو می‌کند شایسته نگرش است. در این روزها که جهان به چهره یک «دهکده جهانی» درآمده است و قراردادهای داد و ستد، دستورکار روز است غریبان نامسلمانی که در کشورهای اسلامی سرگرم بازرگانی اند نباید به علت تفاوتها، واقعی یا تصویری، میان حقوق اسلام و کامن لاهراسی از بی عدالتی به دل راه دهند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی