

قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی

لعیا جنیدی^۱

چکیده: دیر زمانی است که به علت ناکارآمد بودن روش دادگاههای دولتی در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، ارباب تجارت بین‌الملل به شیوه‌های دیگر حل و فصل اختلاف، بویژه، داوریهای تجاری بین‌المللی روی آورده‌اند. قانونگذار ایرانی نیز متوجه این ضرورت گردیده و در تاریخ ۱۳۷۶/۶/۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی را به تصویب رسانده است. در این مقاله تلاش شده است با پیوند زدن این قانون با حقوق اسلامی، میزان مشروعیت این شیوه حل و فصل اختلاف، حدود اختلافات قابل ارجاع به داوری، میزان اعتبار و لازم الاجرا بودن قرارداد و رأی داوری و شرایط داور (قاضی تحکیم) در فرق پنجگانه حقوق اسلامی تبیین و بدین ترتیب جایگاه داوری تجاری بین‌المللی و به تبع، قانون داوری جدید، در حقوق اسلام ترسیم گردد.

در قانون داوری تجاری بین‌المللی ما مباحث بسیاری وجود دارد که توجه محققان را جلب می‌کند. از این جمله‌اند مسائل مربوط به قلمرو قانون، شکل و ماهیت موافقتنامه داوری، نحوه رسیدگی و قواعد صلاحیت مانند قاعده استقلال شرط داوری یا قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت، تعیین قانون حاکم و بالاخره مباحث شناسایی و اجرای رأی داوری. مسلماً همگی

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

این موارد جای بحث و نقد و بررسی دارند ولی نگارنده که پیشتر در برخی از آثار خود به طور مختصر یا به تفصیل متعرض غالب مباحث فوق گردیده است، علاقه مند است از افقی دیگر که کمتر مورد توجه قرار گرفته؛ یعنی از دیدگاه حقوق اسلامی به این قانون بنگرد. دلایل بسیاری وجود دارد که مطالعای از این دست را نسبت به قانون داوری مفید و موجه می‌سازد ولی در اینجا به دلیلی اشاره و استناد می‌کنیم که شاید غالب خوانندگان و مخاطبان را با هرگونه طرز تفکری متقاعد نماید و آن اینکه فارغ از همه بحثهای ارزشی، این مطالعه ارزش تاریخی دارد و سابقه این نهاد حقوقی کمال یافته بشری را در ریشه‌های حقوق ما نشان می‌دهد و زمینه‌های پیوند آن را با سنت و فرهنگ حقوقی ما آشکار می‌سازد. به نظر می‌رسد همان‌گونه که نویسندگان محقق نظامهای حقوقی رومی - ژرمنی و کامن‌لا پیوند و ارتباط نهادهای جدید حقوق تجارت بین‌الملل را با قواعد و نهادهای حقوق روم مورد توجه قرار می‌دهند و با استفاده از مطالعات تاریخی سابقه این نهادها و سیر تکوین و توسعه آنها را پی می‌گیرند و از نتایج حاصله بهره می‌برند. ما نیز نباید از بررسی تاریخی و ریشه‌یابی نهادهای حقوقی شکل گرفته در شاخه‌های نوین این بخش از دانش بشری در فرهنگ و سنت و تاریخ حقوق خود غافل شویم. در این راستا، بی‌تردید حقوق اسلامی بخش غیر قابل‌انکاری از این فرهنگ و تاریخ را تشکیل می‌دهد. جهت تأمین این مقصود، در مقاله حاضر، چند مقوله اصلی از دیدگاه فریق پنجگانه حقوق اسلامی مورد بررسی قرار می‌گیرند:

۱) آیا نظام حل اختلاف موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی در حقوق اسلامی به عنوان بخشی از فرهنگ حقوقی ما و قسمتی از پیشینه نظام حقوق موضوعه ما شناخته شده و اساساً از مشروعیت برخوردار است؟ به عبارت ساده‌تر آیا داوری یعنی حل اختلاف به وسیله فرد یا افراد منتخب متخصصین در نظام حقوق اسلامی اساساً قابل قبول، جایز و نافذ است؟

۲) با فرض جواز و نفوذ داوری قلمرو آن کدام است؟ به عبارت بهتر اختلافات قابل ارجاع به داوری از نظر فقهی چه اختلافاتی است؟ آیا کلیه اختلافات اعم از جزایی و حقوقی و مالی و غیر مالی در عالم حقوق اسلامی قابل ارجاع به داوری است یا در این زمینه محدودیتهایی وجود دارد و در صورت اخیر آیا اختلافات موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مشمول این محدودیتهاست یا خیر؟

۳) با فرض جواز و نفوذ داوری علی‌الاصول و نیز با فرض قابل ارجاع بودن اختلافات موضوع این قانون به داوری، تصمیم یا رأی صادره از سوی این مرجع از نظر فقهی از چه اعتباری برخوردار است و نیز قرارداد داوری از نظر لزوم و جواز چگونه قراردادی است؟

۴) شرایط عمومی و اختصاصی قاضی تحکیم (داور) در حقوق اسلامی چیست؟ این شرایط چگونه و تا چه اندازه‌ای قابل تعدیل و انطباق بر قانون داوری تجاری بین‌المللی و قانون مآخذ و منشأ آن یعنی قانون نمونه آنسترال است؟ روشن است که در این قسمت تکیه بر شرایط بحث‌انگیز مانند اسلام، عدالت، علم و رجولت خواهد بود.

الف. جواز و نفوذ داوری

جواز و نفوذ داوری که در حقوق اسلامی تحت عنوان قضاوت تحکیمی مطرح می‌شود، در درجه اول مستند به آیه شریفه: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَاتَّبِعُوا حُكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا...» [نساء: ۳۵] است. مفاد آیه مؤید جواز و نفوذ داوری در اختلافات خانوادگی است که با الغای خصوصیت می‌توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد. بدین ترتیب دست کم اصل حکمیت مورد تأیید حقوق اسلامی است. علاوه بر آیه فوق آیات دیگری نیز در قرآن مجید یافت می‌شود که به نحوی دلالت بر امر به داوری یا سازش دارند [نساء: ۵۹، ۶۵؛ حجرات: ۹، ۱۰].

از سوی دیگر روایات متعددی در تجویز و تنفیذ داوری وجود دارد. عمده این روایات از کتب اهل سنت نقل گردیده است. از این جمله است استناد آنان به عمل پیامبر اکرم (ص) به حکم سعد بن معاذ در حکمیت میان او و بنی قریظه و روایت نسایی^۱ [حیدر ج ۴: ۶۳۹، سیواسی ۱۳۱۶ ج ۵: ۴۹۸] و مرسله^۲ [ابن فداه ۱۹۷۲ ج ۱۱: ۴۸۴] مشهوری که مورد استناد فقهای شیعه نیز قرار گرفته است [نجفی ۱۳۹۸ ج ۴۰: ۲۵؛ تهذیب فانی ج ۲: ۲۸۳؛ حسینی شیرازی ۱۹۸۸ ج ۸۴: ۴۱]. اهل سنت علاوه بر دلایل فوق به اجماع صحابه بر جواز تحکیم نیز تمسک می‌کنند و بدین ترتیب آنان حکم به جواز تحکیم را بر اساس کتاب و سنت و اجماع ثابت می‌دانند [حیدر ج ۴: ۶۳۹، ۶۴۰].

۱. «قال ابو سريح ان قومي اذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضى عنى النريقان، فقال عليه الصلوة و السلام ما احسن هذا.»

۲. «من حکم بين اثنين فراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى.»

سیراسی: ۴۹۸].

مهمترین روایت مندرج در کتب حدیث شیعه در زمینه قضاوت تحکیمی، خبر احمد بن فضل کناسی از کتبی از امام صادق (ع)^۱ [حرج ۱۸ ب ۱۱: ۱۰۷ ج ۳۱] است. ولی از آنجا که به دلیل ظاهر استنکاری عبارات در دلالت حدیث بر جواز تحکیم تردید شده است [نجفی ج ۴۰: ۲۷؛ حسینی شیرازی ج ۸۴: ۳۸]، فقهای شیعه عمدتاً به دلیل اجماع جهت تجویز دآوری استناد کرده‌اند [نجفی ج ۴۰: ۲۳؛ حسینی شیرازی ج ۸۴: ۳۹].

به هر حال آنچه مسلم است، هیچ نوشتار نسبتاً جامعی در حوزه قضای اسلامی وجود ندارد که مبحثی را به قضاوت تحکیمی و شرایط آن اختصاص داده باشد. این امر به طور قطع دلیل بر اتفاق نظر متخصصان حقوق اسلامی در جواز و نفوذ قضاوت تحکیمی ولو به طور اجمال است.

ب. قلمرو دآوری

متخصصان حقوق اسلامی در مورد قلمرو دآوری اتفاق نظر ندارند. برخی از فقها برای موضوعات قابل دآوری محدودیتی قائل نیستند. مثلاً عده‌ای از فقهای شیعه استدلال می‌کنند هر چه دعوی طرفینی بر سر آن متصور و ممکن باشد از مسائل مالی گرفته تا نکاح و قصاص و حدود و غیر آن، قابل ارجاع به دآوری است زیرا مقتضی ارجاع در آنها موجود است و عموم ادله و اخبار جواز و نفوذ تحکیم نیز، آنها را دربرمی‌گیرد^۲ [شهید ثانی ج ۲: ۲۸۳؛ نجفی ج ۴۰: ۲۷؛ طوسی ۱۳۵۱ ج ۸: ۱۶۵]. از اهل سنت، دسته‌ای از فقهای شافعی و حنبلی بر این اعتقادند [ابن قدامة ج ۱۱: ۴۸۴؛ خطیب ج ۴: ۳۷۹] در فقه حنفی نیز نظریات آزادمنشانه قابل توجهی وجود دارد. چنان‌که در فقه مالکی نیز در امور کیفری، تا آنجا که نظریات به دیه صدمات و جراحات مربوط می‌گردد، انعطاف‌پذیری زیادی دیده می‌شود [Powell 1995: 17].

در مقابل گروهی از فقهای شیعه قابلیت تحکیم موضوعات کیفری مانند حکم به حبس و

۱. «قال ابو عبد الله: ای شی بلغنی عنکم، قلت ما هو؟ قال: بلغنی عنکم اقمدم قاضياً بالکناسة. قال: قلت: نعم، جنت فداک، رجل یرقال له عروة القتاب، و هو رجل له حظ من عقل نجتمع عنده فننکلم و ننسائل ثم یرد ذلک الیکم، فان: لا باس.»

۲. اولین قول را به ظاهر عبارات همه اصحاب و صریح عبارات برخی از آنها نسبت داده است.

دیگر مجازاتها را عموماً و حدود الهی را که طالب معین ندارد خصوصاً مورد تردید و تشکیک قرار داده‌اند [نجفی: ۲۷؛ شیخ طوسی: ۱۶۵]. در اهل سنت، در هر یک از مکاتب چهارگانه، گروهی و یا گاه همه فقهای آن مکتب به منعها یا محدودیت‌هایی در مورد قضاوت تحکیمی نسبت به نکاح^۱، لعان، قذف و قصاص معتقدند [ابن قدامه: ۳۷۸؛ حیدرج: ۴؛ سیواسی: ۵۰۰؛ ابن عابدین ج: ۴؛ ۳۴۸].

به هر تقدیر آنچه مسلم است این است که همه فقهای شیعه و همه فقهای فرق چهارگانه اهل سنت در مورد قابل داوری بودن دعاوی مالی و بازرگانی که دعاوی موضوع بحث ما می‌باشند، تردیدی نداشته، متفق القول هستند.^۲

ج. میزان لزوم رأی و قرارداد داوری

در مورد رأی داوری، اگرچه نظریات مخالفی وجود دارد که لازم‌الاجرا بودن حکم را منوط به رضایت طرفین نسبت به آن پس از صدور می‌دانند [طوسی ج: ۸؛ ابن قدامه: ۴۸۴؛ نجفی: ۲۵]، ولی اغلب فقهای شیعه و اهل سنت معتقدند که رأی مزبور به محض صدور الزام‌آور بوده و برای طرفین داوری لازم‌الاتباع است. این عقیده غالب با مفاد مواد قانون داوری جدید و قانون نمونه سازگار است.

در مقابل، مطابق همه مکاتب فقهی اعم از فقه شیعه و چهار فرقه اهل سنت، هر دو طرف داوری تا قبل از صدور حکم، حق عزل داور خود را دارند [نجفی: ۲۲، ۲۷؛ شهید ثانی ج: ۲؛ ۲۸۳؛ حلی کتاب قضاء؛ حسینی عاملی ج: ۱۰؛ ۳؛ ابن قدامه: ۴۸۴؛ خطیب ج: ۴؛ ۳۷۹؛ سیواسی: ۵۰۰؛ ابن عابدین ج: ۴؛ ۳۴۸؛ حیدرج: ۴؛ ۶۴۱]. این امر عملاً قرارداد داوری را به صورت یک قرارداد جایز و قابل فسخ درمی‌آورد و به کاربرد عملی داوری به شدت آسیب می‌رساند و با مفاد قانون داوری و قانون نمونه در این زمینه سازگار نیست.

۱. عدم امکان قضاوت تحکیمی نسبت به نکاح که صریحاً موضوع حکمیت مطروحه در آیه ۳۵ سوره نساء است عجیب به نظر می‌رسد و باید آن را به موضوع تعیین صحت یا احوال نکاح محدود کرد.
 ۲. در فقه اهل سنت [ابن قدامه: ۳۷۸؛ حیدرج: ۴؛ ۶۴۰؛ سیواسی: ۵۰۰؛ ابن عابدین ج: ۴؛ ۳۴۸]. چنانچه در ماده ۱۸۴۱ المجله که بر اساس فقه حنفی تنظیم شده، آمده است: «يجوز التحكيم في دعاوى المتعلقة بحقوق الناس». در فقه شیعه: [نجفی: ۲۴؛ شهید ثانی ج: ۲؛ ۲۸۳؛ شیخ طوسی ج: ۸؛ ۱۶۵].

بدین ترتیب ممکن است بتوان با اندراج شرط عدم عزل یا با استنباط یک شرط ضمنی (توافق ضمنی طرفین) بر اسقاط حق عزل این مشکل را به نحوی رفع نمود.

با ملاحظه چهارچوب کلی داوری در حقوق اسلامی یعنی اصل جواز و نفوذ قضاوت تحکیمی و امکان ارجاع اختلافات مالی و تجاری به قاضی تحکیم به عنوان قدر متیقن موضوعات قابل داوری و نیز الزام آور بودن رأی قاضی تحکیم، به نظر می‌رسد مقررات مندرج در قانون داوری در کلیت خویش و از نظر چهارچوب اصلی، هیچ‌گونه منافات و مغایرتی با حقوق اسلامی ندارد.

با این همه، در برخی جزئیات که مهمترین آنها شرایط قاضی تحکیم (داور) است، موضوع همچنان قابل تأمل و دقت نظر است. قسمت بعدی را به بررسی این امر اختصاص داده‌ایم.

د. شرایط داور

در حقوق اسلامی اعتقاد بر این است که همه شرایط لازم برای قاضی منصوب اعم از شرایط عمومی مانند بلوغ و عقل و شرایط اختصاصی که عمدتاً اسلام، عدالت و اجتهاد (علم) است برای قاضی تحکیم نیز ضروری است [طوسی ج ۸: ۱۶۴؛ تنبیه ثانی ج ۲: ۲۸۴؛ حسینی عاملی ج ۳: ۱۰؛ نجفی ۱۳۹۸ ج ۴۰: ۲۸؛ حسینی شیرازی ج ۸۴: ۴۱؛ ابن قدامه ج ۱۱: ۴۸۳؛ سیواسی ج ۵: ۴۹۴؛ خطیب ج ۴: ۳۷۸ - ۳۷۹؛ ابن عابدین ج ۴: ۳۴۸؛ حیدر ج ۴: ۶۴۰] تنها استثناء لزوم وجود اذن از سوی امام یا فقیهی که حکومت به دست اوست، می‌باشد.

در شرط بودن بلوغ و عقل نه تنها در اسلام که در هیچ نظام حقوقی نمی‌توان تردید کرد. این شروط را باید از جمله اموری دانست که بنای عقلا بر آن شکل گرفته است. ولی شروط اختصاصی را باید یک به یک مورد بررسی قرار داد:

۱) در فقه شیعه و برخی فرق اهل سنت اسلام از جمله شرایط ضروری برای قضاوت است. مهمترین مستند آنان نیز آیه «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» [نساء: ۱۲۱] می‌باشد که مفاد آن به قاعده نفی سبیل معروف گردیده و در کتاب قواعد فقهیه آمده است [بحروردی ۱۹۶۹ ج ۱: ۱۵۷]. در مقابل برخی از اهل سنت بویژه حنفیان نه تنها در قضاوت بین اهل ذمه اسلام را شرط نمی‌دانند [سیواسی. ۴۵۳ و ۴۹۹؛ ابن عابدین ج ۴: ۲۹۸ - ۲۹۹، ۳۴۸] بلکه حتی معتقدند در سرزمین

اسلامی یک قاضی غیر مسلمان می‌تواند بر مسلمان دادرسی کند. حقوق‌دانان معاصر حنفی با انعطاف‌پذیری بیشتری به این نتیجه رسیده‌اند که هرگاه یکی از دو سوی درگیر مسلمان باشد می‌توان یک غیر مسلمان را در پرونده‌ها و قضایای بازرگانی - نه احوال شخصی و حقوق خانوادگی - به عنوان قاضی یا داور برگزید [Powell: 20].

حقوق موضوعه بسیاری از کشورهای اسلامی نیز به این نگرش گرایش نشان می‌دهد. مثلاً در مصر مطابق ماده ۵۰۲ قانون مدنی و آیین دادرسی بازرگانی تنها صغار، محجوران، ورشکستگان بزی نشده و بزهکاران محکومی که از حقوق مدنی محروم شده‌اند، صلاحیت داوری ندارند و نسبت به جنس یا دین هیچ‌گونه محدودیتی دیده نمی‌شود [Powell: 21]. در حقوق ما نیز گرچه به شرط بودن اسلام در قاضی تصریح نشده ولی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱ این نکته قابل استنتاج است، هرچند که از لحاظ فقهی جای بحث باقی است.

۲) شرط دیگری که در غالب کتب فقهی یافت می‌شود، شرط عدالت است. مقصود از عدالت ملکه یا عادت پیوسته‌ای است که موجب پرهیز کامل از گناهان کبیره و عدم اصرار بر گناهان صغیره و ترک رفتارهای نامناسب (خلاف مروت) می‌گردد. این شرط گرچه به عنوان عقیده مشهور یا غالب در بین فقهای اکثر مکاتب اسلامی از جمله فقه شیعه به چشم می‌خورد [طوسی ج ۸: ۱۰۱؛ نحسی ج ۴۰: ۱۱۳؛ شهید ثانی ج ۲: ۲۸۳؛ حسینی عاملی ج ۱۰: ۹؛ ابن قدامه ج ۱۱: ۳۸۱؛ خطیب: ۳۷۵] ولی امری اتفاقی و اجماعی نیست. چه بسیاری از فقهای اهل سنت بویژه همه یا غالب حنفیان این شرط را به مفهوم دقیق فوق قبول ندارند و فقدان این عادت پیوسته را که از آن به فسق تعبیر می‌شود، مانع از نفوذ قضاوت و حکم قاضی که از طرف حاکم منصوب گردیده، نمی‌دانند [سیواسی: ۴۵۴ - ۴۵۵؛ ابن عابدین: ۲۹۹]. آنان به تبع و به طریق اولویت ضرورت وجود این شرط را در داور رد می‌کنند، زیرا از یکسو اهلیت لازم در داور بیش از اهلیت قضاء نیست [سیواسی: ۴۹۹؛ ابن عابدین: ۳۴۸] و از سوی دیگر صلاحیت رسیدگی داور محدود است و رأی او توسط قاضی کنترل و تأیید می‌گردد [Powell: 21; Amin: 1998: 82].

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعلام می‌دارد: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

با این همه، گرچه بحثهای فوق موجب تردیدهای موجهی در مورد ضرورت وجود عدالت وصفی (ملکه یا عادت پیوسته عدالت به شرحی که گذشت) به عنوان یک امر اجماعی در قضاوت و داوران می‌گردد ولی در مقابل، ضرورت عدالت عملی یعنی رعایت مساوات و برابری نسبت به متخاصمین و عدالت در پرونده تحت رسیدگی [حیدر: ۵۲۵] وجه اشتراک و قدر متیقن تمام مکاتب حقوقی اسلامی است. از این نیز پیشتر می‌توان رفت چه ضرورت عدالت عملی امری عقلایی بوده و بازتابی از بنای عقلاست و به همین جهت در تمام نظامهای حقوقی به عنوان یکی از اصول اجباری دادرسی لازم‌الرعا به اعلام گردیده است.

۳) در مورد شرط علم که گاه دقیقاً تحت عنوان ضرورت قدرت اجتهاد مطرح می‌شود، گرچه ظاهر کتب فقهی بویژه کتب فقهی شیعه و فرقه شافعی ممکن است مؤید این نتیجه باشد، ولی در نهایت گونه‌گونی نظریات موجود در مکاتب مختلف فقهی، حتی فقه شیعه و شافعی، موجب تعدیل این دیدگاه می‌گردد. زیرا از یکسو در فقه شیعه لزوم اجتهاد قاضی منسوب امری اتفاقی نیست و برخی به واسطه وجود اذن امام یا فقیهی که حکومت به دست اوست غیر مجتهدان را نیز واجد اهلیت قضاء دانسته‌اند [نجفی: ۱۵ - ۱۹؛ حسینی شیرازی: ۲۴ - ۲۶] و از سوی دیگر معتقدان به ضرورت اجتهاد نیز در مورد شرط اجتهاد مطلق یا اجتهاد تجزّی اختلاف نظر دارند [حسینی شیرازی: ۲۴ - ۳۹؛ نجفی: ۱۷ - ۱۹].

در فقه اهل سنت، برخی فرق، بویژه حنفیان انعطاف‌پذیری بسیاری از خود نشان داده‌اند

[83:Amin].

مثلاً در شرح *مجله الاحکام علی حیدر آمده است*، اشخاص واقف به همه علوم شرعی لازم برای اجتهاد بسیار محدودند به طوری که می‌توان صحبت از انسداد باب اجتهاد نمود. لذا گرچه عامی محض اهلیت قضاء ندارد و شایسته است که قاضی متصف به علم و فهم و قابلیت برای قضاء باشد، ولی حداقل علم قابل قبول این است که قاضی قادر به استماع حوادث و مسائل دقیق و تحصیل احکام شرعی از طرق ممکن و انطباق آنها بر مصادیق باشد [حیدر: ۵۲۹] حتی در تفسیر کلمه «ینبغی» مندرج در ابتدای ماده ۱۷۹۳ گفته شده است که کلمه مزبور موید شرط نبودن علم قاضی به معنای اجتهاد است، زیرا به عقیده بزرگان مکتب حنفی جایز است که قاضی مجتهد نباشد و در این صورت مطابق فتوای دیگری رأی خواهد داد. چه جاهل متقی برای قضاء

بهتر از عالم فاسق است.^۱

بدین ترتیب شرط نبودن اجتهاد و امکان مراجعه به فتوای دیگران، در برخی مکاتب حقوق اسلامی به عنوان عقیدهٔ اتفاقی یا غالب مطرح است و در برخی مکاتب دیگر، به عنوان یکی از عقاید چندگانه که موجه و قابل دفاع می‌باشد [سیواسی: ۴۵۸ - ۴۵۹؛ ابن عابدین: ۳۰۲ - ۳۰۳؛ ابن قدامه: ۳۸۲؛ خطیب: ۳۷۷ - ۳۷۸؛ نجفی: ۱۵ - ۱۹]. در عمل نیز بند پنجم مادهٔ واحدهٔ «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» با شرط اجتهاد به طور انعطاف‌ناپذیر برخورد نکرده و راههای جایگزین بسیاری را در نظر گرفته است.

به ملاحظات فوق، باید این نکته را نیز افزود که در معاملات عموماً و در معاهدات تجاری بین‌المللی خصوصاً عرفهای موجود اعم از مدون و غیر مدون بسیار تعیین‌کننده است. در حقوق اسلامی نیز ابواب معاملات علی‌الاصول تحت حکومت عرف دانسته شده است. به نظر می‌رسد که برگزیدن داوران متخصص در یک قرارداد تجاری در خصوص دعوای ناشی از آن، گرچه مفهوم اجتهاد مطروحه در شرع را به طور کامل تأمین نمی‌کند ولی تا حدی می‌تواند آن را تأمین نماید. آرای صادره بر اساس قواعد و اصول و عرفهای حاکم بر معاملات تجاری معمولاً مغایرتی با اسلام که خود، این ابواب را تابع عرف می‌داند، ندارد و در خصوص موارد استثنایی که رأی صادره بر اساس یک اصل یا عرف تجاری بین‌المللی، به طور اساسی مغایر با موازین شرع باشد نیز می‌توان از طریق تمسک به قواعد ابطال رأی دآوری یا عدم شناسایی و اجرای آن کنترل لازم را اعمال نمود.

۴) دیگر شروط مصرح در برخی کتب فقهی، مانند رجولت (مرد بودن) در مورد قاضی منصوب به شدت مورد اختلاف است و به همین جهت در مورد قاضی تحکیم به طریق اولویت بیشتر قابل تردید است. چنانچه علی ابن جریر طبری قضاوت زنان را مطلقاً [خطیب: ۳۷۵؛ ابن قدامه: ۳۸۰] و جمعی از فقهای اهل سنت بویژه ابوحنیفه قضاوت زنان را در آنچه اهلیت شهادت نسبت به آن دارند، جایز دانسته‌اند [خطیب: ۳۷۵؛ ابن قدامه: ۳۸۰؛ سیواسی: ۴۸۵ - ۴۸۶؛ ابن عابدین: ۳۴۸؛ طوسی: ۱۰۱]. قول اخیر که مشهورتر است موجب می‌شود که محدودیت در قضاوت حداکثر

۱. مادهٔ ۱۷۹۳ مجلهٔ الاحکام مقرر می‌دارد: «بنفی ان یكون القاضی واقفاً علی المسائل النقیهه و علی اصول المحاکمات و مقتدرأ علی فصل و حسم الدعاوی الواقعة تطبیقاً لهما».

منحصر به حدود و قصاص گردد. آنگاه با توجه به اینکه قدر متیقن از موضوعات قابل داوری نیز امور غیر کیفری بویژه حقوق خصوصی و مالی است، جواز قضاوت تحکیمی (داوری) زنان را به خوبی می‌توان استنتاج نمود. بدین ترتیب در موضوع بحث ما یعنی داوری بین‌المللی ناظر به امور تجاری، عقیده به شرط نبودن رجولت در قضاوت تحکیمی، عقیده‌ای موجه و به خوبی قابل دفاع است.

متذکر می‌شود که در فقه شیعه نیز نه تنها تعداد معتابیهی از فقهای معاصر و حاضر، بلکه جمعی از فقهای پیشین نیز منع تصدی قضاء توسط زنان را مورد تردید قرار داده‌اند.^۱ حتی فقهای متقدم غالباً متعرض شرط رجولت یا ذکوریت برای قضاوت نشده‌اند [مفید کتاب قضاء، ابن ادریس ج ۲: ۱۱۵۲؛ ابن حمزه کتاب قضاء].

حقیقت اینکه مهمترین روایات مورد استناد^۲ فقیهان طرفدار منع قضاوت زنان نه تنها از لحاظ سند ضعیف است بلکه از لحاظ دلالت نیز غیر قابل اتکاست. مفاد این روایات نهایتاً مفید نفی الزام و وجوب قضاوت از زنان است نه منع تصدی قضاء بر ایشان. به تبع، از آنجا که اجماع مورد ادعای برخی فقها [نجفی: ۱۴] نیز مستند به روایات مزبور است و ارزش استقلالی ندارد، اجماع مدرکی محسوب بوده و از این لحاظ فاقد اعتبار است.

علی‌رغم اشکالات و خدشه‌های وارد به دلایل این نظر فقهی، مقنن ایرانی در صدر مادهٔ واحدهٔ مربوط به «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» با عبارت «قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند.» رجولت را برای قضاوت در دادگستری شرط تلقی نمود.

البته با توجه به ضعف مبنای فقهی نظریهٔ منع قضاوت زنان و با توجه به انعطافهایی که مقنن در مورد امکان تصدی منصب قضاوت تحقیقی توسط بانوان از خود نشان داده است و بویژه با توجه به اصل جواز در موارد تردید نسبت به وجود منع (به عبارت فنی‌تر جریان اصل برائت در مورد شبهه حکمی ناشی از اجمال نص، مانند موضوع مورد بحث)، شایسته نیست که در قلمرو حقوق موضوعه، چنین حکم مردد و خلاف قاعده‌ای را به مسألهٔ قضاوت تحکیمی نیز

۱. از این جمله‌اند مقدس اردبیلی و محمدجواد حسینی عاملی [حسینی عاملی ج ۱۰: ۹].

۲. به عنوان نمونه مراجعه کنید به: [حرج ۱۸ ب ۲: ۶] حدیث یکم: «یس علی النساء جمعه و لا جماعه و لا اذان و لا اقامة و لا عیاده مریض - الی و ان فال - و لا تولی القضاء...».

تعمیم و توسعه داد.

۵) به هر حال، از این بحث نسبتاً مختصر فقهی می‌توان استنتاج نمود که نظام حل اختلاف موضوع قانون دآوری از نظر چهارچوب و اصول کلی با حقوق اسلامی در تعارض نبوده بلکه با آن منطبق است؛ ولی در جزئیات بویژه در مسائل مربوط به شرایط داور (قاضی تحکیم) تفاوت‌هایی را نشان می‌دهد. برخی از این تفاوتها با تعدیلهایی قابل رفع و حل است، مانند شرط عدالت که پذیرش مفهوم عدالت عملی به جای عدالت وصفی، هم شکاف و اختلاف را رفع می‌کند و هم واقع‌بینانه‌تر است. ولی در برخی موارد دیگر مانند شرط اسلام، به نظر می‌رسد که می‌توان با تمسک به قواعد ثانوی مانند لاجرح یا الضرورات تبیح المحظورات یا مصلحت نظام، مشکل را رفع نمود. زیرا اصرار بی‌انعطاف بر اینگونه شروط موجب می‌شود که اساساً رغبت و اقبال نسبت به دآوری در ایران بر اساس قوانین ایران از بین برود و ما همیشه ناچار گردیم نوعی شرط دآوری که دآوری در سرزمین دیگر و به موجب قوانین کشورهای دیگر را مقرر می‌دارد، بپذیریم. ضرورت‌های عملی به خوبی این نکته را توجیه می‌کنند که «مالا یدرک کله لایترک کله».

والحمد لله رب العالمین

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ ق.). السوائر.
- ابن حمزه، وسیله. جناب سنگی. بدون صفحه.
- ابن عابدین. رد المحتار علی الدر المختار. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن قدامه. (۱۹۷۲). مغنی و شرح الکبیر. بیروت: دارالکتب العربی.
- بجنوردی، محمد حسن. (۱۹۶۹). قواعد الفقهیه. قم: دارالکتب العلمیه.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه.
- حسینی شیرازی، محمد. (۱۴ ق.). الفقه. بیروت: دارالعلوم.
- حسینی عاملی، محمد جواد. مفتاح الکرامه. مؤسس آل بیت للطباعة و النشر.
- حلی، حسن بن یوسف. [علامه] قواعد الاحکام. جناب سنگی.
- حیدر، علی. در الاحکام شرح مجلة الاحکام. بیروت، بغداد: مکتبه النهضة.
- خطیب شریینی، محمد. مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المتهاج. دارالکفر.
- سیراسی و قاضی زاده. (۱۳۱۶ ق.). فتح القدر. مطبعة الکبری الامیره.

- شهید ثانی. مسالک الافهام. چاپ سنگی.
- طوسی [شیخ] (۱۳۱۵). مبسوط. تهران: چاپخانه حیدری.
- مفید [شیخ] مقننه. چاپ سنگی. بدون صفحه.
- نجفی، محمدحسین [شیخ] (۱۳۹۸ ق.). جواهرالکلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

- Amin, S.II. (1988). *Commercial Arbitration in Islamic and Iranian Law*. Tehran: Vahid Publication.
- Powell-Smith, Vincent. (1995). *Settlement of Disputes by Arbitration Under Shariah and at Common Law*, *Islamic Studies*. Pakistan.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی