

Territory of Supervision over the Judge (Arbitrator) in Jurisprudence and Case Law

Mahmoud Ghayyumzadeh^{1}, Ehsan Mozaffari²*

1. Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Saveh Branch, Saveh, Iran

2. Ph.D Student in Private Law, Islamic Azad University, Saveh Branch, Saveh, Iran

(Received: September 17, 2019; Accepted: December 1, 2019)

Abstract

Although arbitration is as old as the history of mankind, much of what we know today as arbitrator in Islamic texts is the result of ijtehad of Islamic jurists that established this institution in the periods of jurisprudence. Despite the similarities and differences, the relation between this institution in Islamic jurisprudence and the institution of arbitration in the present case law must be regarded as a continuation of the old law in the new law. Because the outstanding features and elements of today's arbitration including the mutual consent of the parties to the arbitration as well as the issuance of verdict on the basis of fairness and justice, has also existed in arbitration in the past. However, there are essential differences between the issue of jurisdiction over arbitration in the past with that in the present, the most obvious reason for which is the absence of the phenomenon of modern government and the modern judicatory system which considers one of its duties to oversee the process of arbitration in the positive and negative manner.

Keywords: Arbitrator, Arbitration, Competence, Supervision, Verdict Validity.

* Corresponding Author, Email: maarefteacher@yahoo.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۷، شماره ۲، تابستان ۱۴۰۰
صفحات ۳۸۳-۴۰۷ (مقاله پژوهشی)

قلمرو نظارت حاکم بر قاضی تحکیم (داور) در فقه و حقوق موضوعه

محمود قیوم‌زاده^{۱*}، احسان مظفری^۲

۱. استاد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه، ساوه، ایران

۲. دانشجوی مقطع دکتری حقوق، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه، ساوه، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۲۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۱۰)

چکیده

اگرچه قضاوت تحکیمی قدمتی به بلندای تاریخ بشریت دارد، بخش اعظمی از آنچه امروزه با عنوان نهاد قاضی تحکیم در متون اسلامی می‌شناسیم، برآیند اجتهاد فقهای اسلامی و بسترسازی این نهاد در ادوار فقهی است. با وجود همانندی و تفاوت، نسبت میان این نهاد در فقه اسلامی و نهاد داوری در حقوق موضوعه کنونی را باید تداوم قدیم در جدید دانست، چراکه ویژگی‌ها و عناصر شاخص داوری امروزی که از جمله آن می‌توان به تراضی طرفین در رجوع به داوری و همچنین صدور رأی براساس موازین انصاف و عدالت اشاره کرد، در قضاوت تحکیمی نیز وجود داشته است. اما موضوع قلمرو نظارت حاکم بر امر داوری، از مواردی است که حدود و ثغور آن در گذشته با آنچه امروزه وجود دارد، دارای اختلاف‌های اساسی است که بارزترین دلیل آن نبود پدیده دولت مدرن و نهاد دادگستری امروزی است که یکی از وظایف خود را نظارت بر فرایند داوری از وجه سلبی و ایجابی می‌داند.

واژگان کلیدی

اعتبار رأی، داوری، صلاحیت، قاضی تحکیم، نظارت.

۱. مقدمه

نهاد قاضی تحکیم یا همان نهاد داوری در اصطلاح امروزی، در فقه اسلامی و سنت باستانی ریشه دیرینه‌ای دارد^۱، به گونه‌ای که بسیاری این نهاد را از احکام امضایی اسلام می‌دانند. آنچه در این نوشته مطرح نظر است، جایگاه قاضی تحکیم در سنت فقهی اسلام و نسبت آن با داوری در قوانین کنونی است. اینکه نقاط افتراق و اشتراک این دو نهاد در چه سطحی است و افزون بر آن، صلاحیت و اعتبار رأی قاضی تحکیم در گذشته از نظر میزان دخالت حاکم بر آن به چه شکلی بوده است و با داور در وضعیت کنونی، تا چه اندازه‌ای قابل مقایسه است. این مقایسه تطبیقی از این نظر می‌تواند جالب توجه باشد که در گذشته مفهوم نظارت حاکم بر داوری به معنای امروزی وجود نداشته و اغلب احکام در خصوص قاضی تحکیم در متون فقهی، برابری نظرهای فقها بوده است، ولی امروزه با شکل‌گیری پدیده دولت، نهاد دادگستری به عنوان یکی از نمودهای اعمال اقتدار دولتی بر صلاحیت و همچنین اعتبار رأی داوران، نظارت می‌کند. اگرچه دکترین حقوقی و رویه بین‌المللی به طور محسوسی به دنبال کم کردن میزان مداخله دادگاه‌ها در امر داوری هستند، با این وجود به نظر می‌رسد هنوز قوانین داخلی و دادگاه‌های ملی بر این امر اصرار می‌ورزند.

۲. قاضی تحکیم در فقه و حقوق موضوعه

۲.۱. تعریف و ماهیت و نقش حاکم در نصب قاضی تحکیم در فقه

در سنت فقهی دین مبین اسلام اعم از فقه امامیه و فقهای اهل سنت، داوری به عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلافات در جامعه اسلامی به رسمیت شناخته شده است و از آن

۱. اگرچه بسیاری از نویسندگان، اصطلاح «قاضی تحکیم» در برابر «داور» را به عنوان وجه تمایز دو صورت قدیم و جدید این نهاد در ادبیات حقوقی به کار می‌برند، باید خاطر نشان کرد که امروزه نیز از هر دو اصطلاح در متون قانونی استفاده می‌شود. برای نمونه در ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب آمده است: «طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.»

به منزله «قاضی تحکیم» یاد کرده‌اند. در ترمینولوژی حقوقی دکتر لنگرودی آمده است: «از نظر فقه امامیه داور باید مجتهد باشد و در فقه او را محکم (بر وزن مجهز) و قاضی تحکیم گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۸۷۸).

حکمیت در اصطلاح فقها، عبارت است از رضایت‌مندی طرفین دعوا به یکی از مردم و رجوع کردن به وی برای داوری بین آن دو؛ از این رو اختلافی در معنای لغوی و اصطلاحی به چشم نمی‌خورد، مگر در اینکه در اصطلاح فقهی حکم باید از میان مردم باشد (تسخیری و مشیرفر، ۱۳۷۶: ۱۸۲). به عبارت ساده در تعریف قاضی تحکیم گفته شده است که وقتی دو یا چند نفر در امر مالی یا غیرمالی دعوا یا اختلاف پیدا کرده و با هم توافق می‌کنند که برای فیصله دادن به اختلاف فردی را به عنوان حکم و داور انتخاب و اختلافات خود را مطرح کنند و به آنچه او حکم کند راضی شوند و شخص منتخب غیر از قاضی منصوب از ناحیه امام باشد، این فصل، یعنی حکم کردن شخص ثالث برای دو نفر متخاصم را «تحکیم» و آن شخص ثالث را قاضی تحکیم می‌نامند؛ یعنی قاضی‌ای که با تحکیم و انتخاب دو نفر متخاصم برگزیده شده است (سادات، ۱۳۸۹: ۶۴). بر این اساس قاضی تحکیم دارای دو ویژگی است؛ اول اینکه به تراضی طرفین انتخاب شده است و دوم اینکه بدون امام به مرافعه رسیدگی می‌کند (سادات، ۱۳۸۹: ۶۵).

شهید ثانی در روضه در مورد قاضی تحکیم آورده است که «قاضی تحکیم کسی است که طرفین با وجود قاضی منصوب از جانب امام تراضی می‌کنند که بین آنها حکم کند».^۱ شیخ طوسی نیز در توضیح قضاوت تحکیمی آورده که «اگر دو نفر توافق کنند که کسی از مردم، میان این دو حکم کند و آن کس چنین کند، جایز است بدون نظر خلاف و حکمش هم الزام‌آور است (شیخ طوسی، ۱۳۹۷: ۲۴۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۶۴). برخی فقها گفته‌اند «قاضی غیرمنصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتدائاً و بالذات برای قضاوت نصب

۱. «هو الذی تراضی به الخصمان لیحکم بینهما مع وجود قاض المنصوب من قبل الامام» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۶۸).

نشده بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به وی حق اعمال ولایت می‌دهد» (حائری، ۱۴۱۵ق: ۲۱) از فقهای معاصر آیت‌الله موسوی اردبیلی در تعریف جامعی معتقد است «قاضی تحکیم کسی است که طرفین نزاع با توافق هم، وی را برای داوری میان خود انتخاب کرده‌اند بدون اینکه این شخص از سوی امام به‌طور خاص یا عام به قضاوت منصوب شده باشد» (اردبیلی، ۱۴۲۳ق: ۱۰۹).

از نظر آیت‌الله جوادی آملی «قاضی باید یا معصوم منصوب شارع باشد؛ یا فقیه منصوب معصوم؛ یعنی تصدی این امر در انحصار انبیا و ائمه و فقهاست؛ لیکن از آیات و روایات برداشت می‌شود در شرایطی خاص که لطمه‌ای به این اصل نزنند طرفین نزاع می‌توانند جز معصوم یا فقیه را برای داوری و حکمیت میان خود برگزینند و این نوعی تنزل در جایگاه یا زوال آن سیمای واقعی شمرده نمی‌شود» (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۲۶۳). جزء اول تعریف آیت‌الله جوادی آملی ناظر منصوب بودن قاضی و در ادامه استثنای وارده بر این شرط حاکی از آن است که از نظر این فقیه نیز قاضی تحکیم نباید قاضی منصوب باشد و از همین رو برخی معتقدند که قاضی تحکیم نباید از طرف امام برای قضاوت منصوب شود چراکه در غیر این صورت قاضی منصوب خواهد بود (ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۸۸: ۷۵). مرحوم سنگلجی نیز در تعریفی مشابه بیان داشته است که «قضات تحکیم چنانکه از عبارت فقها مستفاد می‌شود کسانی هستند که با وجود قضات منصوب در زمان حضور امام برحسب تقاضای طرفین دعوا می‌توانند حکمیت نموده و فصل خصومت نمایند» (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۳۷).

به‌طور کلی در خصوص ماهیت داوری بیشتر فقهای امامیه قائل‌اند داوری همان قضاوت تحکیمی است، اما برخی دیگر گفته‌اند داور، وکیل طرفین اختلاف و داوری نوعی وکالت است. البته چنانچه ماهیت قاضی تحکیم را در قالب عقد وکالت تحلیل کنیم، به‌نظر می‌رسد که حدود مداخله حاکم در نصب و نیز شرایط احراز قضاوت خصوصی، محدود

می‌شود، زیرا عقود تا زمانی که مخالف شرع نباشد، نافذ است.^۱ اما به‌طور کلی و براساس نظریه خودسامانی، داوری ترکیبی از عنصر قراردادی و قضایی است که براساس ضرورت‌های تجاری و حقوقی سامان یافته است (Robelin- Devichi, 1965, pp 17-18).

۳. تعریف و ماهیت داوری در حقوق موضوعه و اثر آن بر قلمرو مداخله دادگاه

در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۶ تعریفی از داوری و مفهوم آن نیامده و صرفاً شرایط رجوع دعوا به داوری و رجوع به قرارداد داوری در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ این قانون تشریح شده است. به‌زعم برخی نویسندگان با وجود عدم تعریف داوری در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اما مستفاد از ماده ۴۵۴ این قانون می‌توان خصوصیات و ویژگی‌های معرف داوری را استخراج نمود که به موجب آن داوری یک مرجع قضایی خصوصی که موردی و مبتنی بر اراده طرفین در دعوی خاص است (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳: ۲۵).

قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ در بند «الف» ماده ۱ این قانون به تعریف داوری پرداخته است. به‌زعم برخی نویسندگان، تعریفی که در این بند از داوری ارائه شده، تعریفی مانع نیست، چراکه این بند داوری را رفع اختلاف در خارج از دادگاه دانسته است که براساس آن می‌توان هر رسیدگی خارج از تشکیلات قضایی را به‌عنوان داوری قلمداد کرد، درحالی‌که پاره‌ای از رسیدگی‌های خارج از تشکیلات قضایی، به‌کلی فاقد عنصر توافق‌محور بودن هستند و اشخاص برای رسیدگی به اختلاف مزبور چاره‌ای جز رجوع به این مراجع را ندارند (توکلی، ۱۳۹۵: ۳۰).^۲ عده‌ای نیز معتقدند که اگرچه تعریف ارائه‌شده

۱. برای تعریف قاضی تحکیم همچنین ر.ک: المدرسی، ۱۴۳۱ ق، ج ۳: ۱۵۴؛ الروحانی، بی‌تا، ج ۱: ۱۰۴؛ السبحانی، ۱۴۱۸ ق: ۱۰۹؛ الکلپایگانی، ۱۴۰۱ ق: ۵۷ و ۵۸.

۲. در دکتترین حقوقی در تعریف داوری گفته شده است که فرایندی است که به‌واسطه آن طرف‌ها داوطلبانه اختلافات خود را به شخص ثالث بی‌طرف یعنی داور منتخب خود ارجاع می‌دهند تا براساس ادله و استدلال‌هایی که نزد دیوان داوری عرضه می‌شود، اتخاذ تصمیم کند. طرف‌ها پیشاپیش توافق می‌کنند که تشخیص داور یعنی حکم داوری را به‌عنوان حکم نهایی و الزامی بر خویش خواهند پذیرفت (Domke, 1968: 1).

در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران تعریف ناقصی است، می‌توان چنین خلاصه کرد که «داوری یعنی حل و فصل اختلافات تجاری طرفین قرارداد خارج از دادگاه، توسط یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین یا انتصابی که قاطع اختلاف بوده و...» (پورقصاب امیری و ایزدی، ۱۳۹۵: ۴۰).

افزون بر این، در بند «ج» همین ماده نیز موافقت‌نامه داوری تعریف شده است که به موجب آن: «موافقت‌نامه داوری» توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود. موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد یا به صورت قرارداد جداگانه باشد». قسمت اول این تعریف مبین این موضوع است که عمل داوری می‌تواند قبل از بروز اختلاف یا بعد از بروز اختلاف شکل بگیرد و براساس قسمت دوم موافقت‌نامه داوری می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد و یا قرارداد مستقل منعقد شود (توکلی، ۱۳۹۵: ۳۱). با نگاه به تعریف موافقت‌نامه داوری در بند «ج» ماده ۱ این قانون، ایرادی که برخی مبنی بر عدم اشاره بند «الف» به توافقی بودن در داوری گرفته‌اند، تا حدودی برطرف شده است.

در قانون داوری نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ نیز همانند قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۶ و برخلاف قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ تعریفی از مفهوم و ماهیت داوری به عمل نیامده است. حتی در ماده ۲ این قانون با موضوع «تعاریف و قواعد تفسیر» صرفاً برخی از اشکال داوری مانند داوری فردی و داوری در قالب مؤسسه آمده است.^۱ پیشتر در ماده ۱ این قانون نیز حسب موضوع آنکه داوری بین‌المللی است، تنها شرایط بین‌المللی بودن داوری تشریح شده است. به طور کلی در قانون نمونه آنسیترال ماهیت داوری ارتباط وثیقی با قطعیت و

۱. بند «الف» ماده ۲: «منظور از «داوری» هر نوع داوری است، اعم از اینکه توسط یک مؤسسه دائمی اداره (و

تصدی) شود یا نه.»

سرعت در حل اختلاف و همچنین حل اختلاف بر مبنای اصول منصفانه دارد (UNCITRAL, 2006: 27-34; Brisen sierra, 1968: 602).

برخی نویسندگان با تأکید بر این نکته که بیشتر قوانین ملی، تعریفی از داوری ندارند و تنها بر خصایص آن مانند بین‌المللی بودن داوری تأکید می‌کنند، بر این عقیده‌اند که این عدم تعریف ناشی از این است که معیار و تعریف دقیقی نمی‌توان از داوری ارائه کرد، چنانکه حتی در برخی مقررات عمومی‌تر مانند قانون نمونه آنسیترال به این دلیل که نویسندگان آن، در خصوص تمایز داوری با مفاهیم مرتبط یا مشابه، به معیار دقیقی دست نیافتند، تعریفی از داوری نمی‌بینیم و در بند «الف» ماده ۲ آن قانون، تنها به داوری سازمانی و موردی تصریح شده است (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۱۵). حتی در برخی قوانین مبسوط مانند قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان نیز تعمداً تعریفی از داوری به عمل نیامده است. به‌طور کلی از آنجا که داوری سازوکاری پویا و متحول برای حل اختلاف است که حسب قانون و رویه بین‌المللی متفاوت می‌شود، قوانین ملی سعی نمی‌کنند تعریفی نهایی از آن ارائه دهند (دی ای ام لیو و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۹).

۴. شرایط قاضی تحکیم و داور

۴.۱. شرایط قاضی تحکیم و داور در فقه

در باره شرایط قاضی تحکیم در فقه، غالب فقها معتقدند که شرایط قاضی تحکیم همانند شرایط قاضی منصوب است. شهید ثانی در این باره گفته است که «بدان که بنا بر اتفاق نظر علماء شرایطی که برای منصوب لحاظ می‌شود برای قاضی تحکیم نیز شرط می‌گردد» و در کتاب روضه گفته است: «بر شمردن جمیع شرایط فتوی شرطی است اجماعی، و همین‌طور شرط بلوغ، عقل، حلال‌زاده بودن، حافظه قوی و عدالت» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۶۹). محقق حلی بر این باور است که برای قاضی تحکیم شرایط قاضی منصوب نیز شرط است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۸۶۱). شهید اول نیز بیان داشته است که «جمیع شرایط لازم است» (شهید الاول، بی‌تا: ۸۹).

در حقوق اسلامی به‌طور کلی 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 است، برای قاضی تحکیم نیز ضروری است. تنها استثنا لزوم وجود اذن از سوی امام یا فقیهی که حکومت به دست اوست، می‌باشد (جنیدی، ۱۳۸۰: ۸۵).

برخی فقها با توجه به اینکه برای قاضی اعم از منصوب و تحکیم شرط اجتهاد قائل شده‌اند، فرض وجود قاضی تحکیم در عصر غیبت را منتفی می‌دانند، چون با عنایت به شرط اجتهاد در قضاوت همه فقهای جامع‌الشرایط از امام معصوم (ع) در دوران غیبت، همه آنها قاضی منصوب هستند، از این رو در این دوران قاضی واجد شرایط ولی غیرمنصوب وجود ندارد تا اصحاب دعوا او را به‌عنوان تحکیم برگزینند. از جمله فقهای معتقد به این رویکرد می‌توان جبعی عاملی و مقدس اردبیلی را نام برد. در مقابل برخی دیگر از فقها از جمله شیخ طوسی و آیت‌الله خویی وجود قاضی تحکیم در عصر غیبت را پذیرفته‌اند (حبیب‌نژاد و بخرد، ۱۳۹۶: ۳۵۶). افزون بر این، آیت‌الله خویی شرط اجتهاد در قاضی تحکیم را لازم نمی‌داند (خویی، بی‌تا: ۲۸). برخی نیز معتقدند آنچه برای ایشان ملاک است، حکم به حق و عدالت است، خواه از روی اجتهاد باشد یا از روی تقلید (السند، ۱۴۳۳ق: ۸۹). بنابراین و به طریق اولی برای قضاوت تحکیمی نیز شرط اجتهاد روا نیست.

اینک پرسشی که در خصوص شرایط قاضی تحکیم مطرح می‌شود این است که اگر در تراضی طرفین برای انتخاب قاضی تحکیم خللی وارد شود و به موجب آن قاضی تحکیم واجد برخی شرایط قضاوت تحکیمی نباشد، نحوه مداخله حاکم و قاضی منصوب بر این فرایند چگونه خواهد بود؟ در پاسخ به این پرسش به‌نظر می‌رسد ابهامات زیادی وجود داشته باشد؛ از جمله اینکه در گذشته سیستم واحد و یکپارچه دادگستری و قانونی واحد در رسیدگی و حل و فصل اختلافات وجود نداشته و از طرفی، قاضی منصوب نیز به‌سبب اینکه خود دارای درجه اجتهاد در استنباط احکام اسلامی بوده است، بنابر استنباط شخصی مبادرت به جرح قاضی تحکیم و یا ابطال رأی آن می‌کرده است. از این رو، به‌زعم نگارنده مداخله حاکم در فرایند انتخاب و شرایط قاضی تحکیم به‌نحوی که امروزه در نظام قضایی رایج است، وجود نداشته است. اما برخی شرایط که در مورد شرایط قاضی تحکیم به‌ویژه در فقه امامیه آورده شد، از جمله طهارت مولد، عدالت، ایمان و تقوا و صدور احکام

منصفانه بر پایه موازین دینی و فقهی، اصولی مشترک در احصای شرایط قضاوت تحکیمی‌اند و این موارد در طول دوران رسیدگی باید مراعات می‌شده است و عدم اجرای آن در نهایت موجب بی‌اعتباری رأی قاضی تحکیم و به طریق اولی صدور حکم غیرشرعی می‌شده است که اجرای آن توسط حاکم شرع امکان‌پذیر نبوده است.

۵. شرایط قاضی تحکیم و داور در حقوق موضوعه و اثر آن بر قلمرو مداخله دادگاه

در متون قانونی که از جنبه سلبی شرایط داور را احصا کرده است، برای نمونه براساس ماده ۴۶۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب علی‌الاصول تمامی اشخاص شرایط تصدی مقام داور را دارند، مگر در برخی موارد. بند ۱ این ماده از شرایط ثبوتی داور سخن به میان آورده است که بنابر قانون مدنی اهلیت اشخاص مبتنی بر دارا بودن سه ویژگی عقل، بلوغ و سن رشد است. در ماده ۴۷۰ همین قانون نیز آمده است که «کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی‌توانند داور نمایند». افزون بر این، قوانین حاکم بر رسیدگی داور اگرچه داور خارجی را منع نکرده، به موجب ماده ۴۵۶ در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است، طرف ایرانی نمی‌تواند به‌نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع کند که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. این ممنوعیت به‌نوعی در بند ۱ ماده قانون داور تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ نیز تصریح شده است، با این تفاوت که در این قانون هم تابعیتی داور با طرف خارجی تنها در زمان انتخاب داور پس از وقوع اختلاف مجاز است، اما اگر اختلافی به‌وقوع نپیوسته باشد و در عین حال توافقی برای حل اختلاف شکل گرفته باشد و به موجب آن داور با طرف خارجی دارای یک تابعیت باشند، معامله یا قرارداد تنها در همین قسمت باطل و بلااثر است. برخلاف این رویه در ماده ۱۱ قانون نمونه داور آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ آمده است که «هیچ‌کس را نمی‌توان به‌علت ملیتش از داور شدن ممنوع کرد، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند...».

طبق ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی برخی اشخاص نیز از داور محروم‌اند، مگر اینکه طرفین با تراضی این ممنوعیت را رفع کرده باشند. برای نمونه، کسانی که سن آنها

کمتر از ۲۵ سال تمام باشد، کسانی که در دعوا ذی‌نفع باشند، کسانی که با اصحاب دعوا قرابت نسبی یا سببی داشته باشند، کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند یا کارمندان دولت در حوزه مأموریت آنان و... از همین رو، برخی نویسندگان اهلیت و شرایط سلبی داوری را به دو دسته تقسیم می‌کنند؛ دسته اول، کسانی هستند که عدم اهلیت مطلق برای داوری دارند که موضوع مواد ۴۶۶ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی هستند و دسته دوم، کسانی هستند که عدم اهلیت نسبی برای داوری دارند که موضوع ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی‌اند (محمدی خورشیدی، ۱۳۹۵: ۴۹). قلمرو مداخله دادگاه در احصای شرایط داوری به این صورت است که هرگاه هرکدام از شرایط ایجابی و سلبی در خصوص داوران منتخب از سوی طرفین موجود نبود، موجبی برای ابطال رأی داور در دادگاه خواهد بود؛ با این تفاوت که در مواد ۴۶۶ و ۴۷۰ ق.آ.د.م حکم به ابطال رأی داور از سوی دادگاه چه از سوی هریک از طرفین و چه رأساً از سوی دادگاه صورت خواهد گرفت و در ماده ۴۶۹ زمانی دادگاه مبادرت به صدور حکم ابطال رأی داور خواهد کرد که یکی از طرفین درخواست کرده باشد.

۶. صلاحیت قاضی تحکیم و داور

۶.۱. صلاحیت قاضی تحکیم و داور در فقه

صلاحیت قاضی تحکیم موضوعی است که درباره آن فقها اختلاف نظر دارند. به‌طور کلی در خصوص اینکه چه موضوعاتی قابل ارجاع به قاضی تحکیم است و چه موضوعاتی در گستره صلاحیت قاضی تحکیم جای نمی‌گیرد، چهار نظر وجود دارد.

طبق نظر اول قاضی تحکیم نیز همانند قاضی منصوب، مبسوط‌الید است و می‌تواند در تمامی موضوعات اعم از حق‌الله و حق‌الناس صلاحیت رسیدگی داشته باشد. محقق حلی در خصوص جواز قاضی تحکیم بیان داشته است که «الجواز کل الاحکام». بنابر آن صلاحیت قاضی تحکیم در تمامی احکام جاری است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۸۶۱). شهید اول و فاضل هندی نیز بر این عقیده‌اند. بنابر قول فاضل هندی (ره) «حکم قاضی تحکیم در

تمامی احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله حتی عقوبتها لازم و نافذ است و دلیل آن عموماً ادله می باشد...».

طبق نظر دوم، قاضی تحکیم همانند قاضی منصوب حکمش در تمامی احکام صحیح است، با این تفاوت که فقط در چهار مورد مجاز به صدور حکم نیست. این چهار مورد شامل نکاح، قذف، لعان و قصاص است. چنانکه گفته اند این قول مختار برخی از شافعیه، حنبله، زیدیه است؛ با این دلیل که این احکام بر سایر احکام برتری دارند و در مورد آنها سختگیری شده است، پس به جز امام و نایب ایشان کس دیگری نمی تواند متولی صدور حکم شود (امانداد و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۷). شیخ طوسی در مخالفت با این نظر، به نقل از برخی فقها بیان می دارد: «گروهی گفته اند که حکم قاضی تحکیم در تمامی احکام صحیح است، زیرا هر کس حق قضاوت در غیر از چهار مورد داشته باشد، در آن چهار مورد نیز مجاز است و عموم اخبار نیز مقتضی این مسئله است» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۶۵). شهید اول نیز در مخالفت با نظر دوم بیان داشته است که «طرفین دعوا که به حکم قاضی تحکیم تراضی نموده اند، ملزم به پذیرش حکمش هستند حتی در عقوبات... و حکم وی از متراضیین تجاوز نمی کند پس دیه بر عهده عاقله ثابت نمی شود و از تحکیم، نکاح و قصاص و لعان و قذف استثنا نشده است زیرا در این خصوص مخصّصی وجود ندارد» (امانداد و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۷).

نظر سوم با تفکیک میان حق الناس و حق الله، بر این پایه است که حکم قاضی تحکیم در حقوق الناس جایز است و در حقوق الله جایز نیست. از میان فقها شهید ثانی بر این عقیده است و بیان داشته است که «تحکیم به حق الناس اختصاص دارد، چراکه آن متوقف بر نصب - تراضی - طرفین دعواست پس نمی تواند در حقوق الله حکم نماید؛ زیرا برای آن حق الله خصم معینی وجود ندارد» (امانداد و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۷). از همین رو، شهید ثانی می فرماید: «یختصّ بحقّ الأدمی حیث إنه متوقّف علی نصب المتخاصمین، فلا یحکم فی حقوق الله تعالی، إذ لیس لها خصم معین. و یختصّ حکمه بمن رضی به، فلا یضرب دیه القتل خطأ علی العاقله إذا لم یرضوا بحکمه، و لا یکفی رضا القاتل» (الشهید الثانی، ۱۴۱۳ق: ۳۳۳).

نظر چهارم که تخصیص یافته نظر سوم است، حکم قاضی تحکیم را در حق الناس و صرفاً در مسائل مالی و احوال شخصیه جایز می‌داند (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ۱۳۳).

به‌زعم برخی نویسندگان از میان این نظرها، نظر شهید ثانی صحیح‌تر است؛ با این توضیح که با توجه به تعریف فقها از قضاوت انتخابی به نظر می‌رسد چون ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی عام است، از این رو قاضی تحکیم صلاحیت عام دارد، منتها با توجه به تعریف چون چنین قضاوتی نیاز به دو طرف دارد و حق‌الله محض یک طرف بیشتر وجود ندارد و امکان تراضی بر سر یک قاضی انتخابی متصور نیست، پس نظریه شهید ثانی صحیح‌تر است که جز حق‌الله در سایر موارد، قاضی انتخابی صلاحیت دارد (هوشمند فیروزآبادی و بطحایی، ۱۳۹۶: ۱۸۸). بنابراین حکم قاضی تحکیم در حق‌الله محض مانند حد زنا و ارتداد و در آنچه محل اجتماع حق‌الله و حق‌الناس است، مانند قذف؛ همچنین در برخی حق‌الناس‌ها که اهمیت زیادی دارند و نیازمند تحقیق است، مانند قصاص، جهت رعایت احتیاط، جایز نیست. به همین دلیل در ماده ۴۹۶ ق.آ.د.م نیز امور جزایی و دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق و نسب، استثناً گردیده‌اند و تحکیم در آنها جایز نیست (هوشمند فیروزآبادی و بطحایی، ۱۳۹۶: ۱۸۸).

۲.۶. صلاحیت قاضی تحکیم و داور در حقوق موضوعه

صلاحیت داور در مفهوم مدرن نهاد داوری با صلاحیت قاضی تحکیم در فقه سنتی دارای برخی تفاوت‌های اساسی است، زیرا مفهوم صلاحیت قاضی تحکیم به معنایی که در نوشته‌های فقها بحث شده است، چنانکه آورده شد، تنها از جنبه تعیین حد و مرز ارجاع دعاوی به دادگاه حسب ماهیت برخی دعاوی است. اما بحث صلاحیت داور در مفهوم امروزی علاوه بر جنبه ماهیت دعوا ناظر بر اختلاف صلاحیت میان داور و دادگاه است.

در ماده ۴۹۶ ق.آ.د.م آمده است که «دعاوی ورشکستگی و دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب» قابل ارجاع به داوری نیست و داور به‌طور مطلق هیچ‌گونه صلاحیتی در خصوص رسیدگی به این دعاوی ندارد و رأی صادره از سوی داور در هر شرایطی باطل است. این نوع صلاحیت شبیه صلاحیتی است که فقها در تعیین حدود رأی

داور به نحوی که اشاره شد، بحث کرده‌اند. از این مسئله که بگذریم، مفهوم صلاحیت داور در قوانین داوری ناظر بر موافقت‌نامه داوری است که به موجب آن داور صالح به رسیدگی و حل و فصل اختلافات می‌شود و حدود صلاحیت داورها به تفسیر درست از قرارداد داوری در تمام اوضاع و احوال بستگی دارد و هرچه دامنه قرارداد داوری گسترده و الفاظ آن عام باشد، حدود اختیار داورها به همان نسبت وسیع و گسترده می‌شود (امیرمعزی، ۱۳۹۲: ۱۳۸). به همین اعتبار نویسندگان حقوقی دو پرسش را مطرح می‌کنند؛ نخست اینکه بر مبنای موافقت‌نامه داوری آیا دعوای موضوع موافقت‌نامه قابلیت ارجاع به داوری را دارد؟ دوم اینکه کدام مرجع صلاحیت رسیدگی به این موضوع را خواهد داشت؟ به عبارت دیگر آیا خود نهاد داوری می‌تواند نسبت به صلاحیت خود تصمیم‌گیری کند یا اینکه این موضوع باید به دادگاه واگذار شود؟ از همین رو، از این نوع اختلاف صلاحیت به قاعده «صلاحیت در صلاحیت» یاد کرده‌اند (شمس، ۱۳۸۲: ۲۶).

در قانون آیین دادرسی مدنی این نوع صلاحیت به تصریح مورد اشاره نشده است. با این حال در ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م آمده است که «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید». عده‌ای معتقدند که اصل استقلال شرط داوری مستند به ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م مورد پذیرش قرار نگرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۲۸). برخلاف این نظر، عده‌ای دیگر بر این باورند که موضوع ماده ۴۶۱ صرفاً قاعده «صلاحیت در صلاحیت» را رد می‌کند و ارتباطی با اصل استقلال شرط داوری ندارد (جعفریان، ۱۳۷۳: ۱۳۳). به دیگر سخن، مفاد ماده ۴۶۱ صرفاً ناظر بر این است که هرگاه به صلاحیت داور اعتراض شود، آن داور نمی‌تواند به صلاحیت خود رسیدگی کند و ماده ۴۶۱ (ماده ۶۳۶ آ.د.م سابق) به هیچ وجه ناظر بر استقلال شرط داوری نیست. اما در قانون داوری تجاری بین‌المللی و قانون نمونه آنستیرال وضع به گونه‌ای دیگر است. بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی بیان می‌دارد که «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این

قانون به‌عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به‌منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود». بخش نخست ماده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ نیز تکرار همین ماده است.^۱

با تأملی بر مفهوم صلاحیت قاضی تحکیم در فقه اسلامی و صلاحیت داور در حقوق موضوعه می‌توان دریافت که موضوع صلاحیت در حقوق موضوعه بحثی به‌مراتب چندوجهی و گسترده‌تری است، چراکه با ظهور پدیده دادگستری به‌عنوان یک نهاد مدرن در نظام‌های حقوقی و به‌عنوان وجهی از اعمال اقتدار دولتی، موضع اختلاف در صلاحیت دادگاه و نهاد داوری، زمینه‌ای برای مداخله دادگاه‌ها در امر داوری ایجاد می‌کند و این موضوع در فقه سنتی ما به‌دلیل نبود دادگستری به مفهوم امروزی، چندان مناط اعتبار نبوده است و در نهایت در هر مورد خاص، حدود این صلاحیت منوط به استنباط احکام از سوی قاضی منصوب بوده است که به موجب آن اگر صلاحیت قاضی تحکیم از منظر قاضی منصوب دارای ایراد باشد، از قضاوت تحکیمی ممانعت به‌عمل می‌آمده است یا اینکه در صورت صدور رأی از جانب قاضی تحکیم، اجرای آن امری غیرشرعی تلقی می‌شده است.

۷. اعتبار رأی قاضی تحکیم و داور

۷.۱. اعتبار رأی قاضی تحکیم و داور در فقه

برخی فقها بر این عقیده‌اند که عمل به حکم قاضی تحکیم واجب است و حکمش در نفوذ بسان حکم قاضی منصوب است و تعداد زیادی از فقها مانند شیخ طوسی و علامه و شهید اول و محقق اردبیلی و سایر فقها به این مطلب تصریح کرده‌اند (امانداد و پنجه پور و اسدی کوه باد، ۱۳۹۴: ۲۸). علامه حلی پس از نقل دو اجماع از شیخ طوسی می‌نویسد:

۱. شایان یادآوری است که موضوع صلاحیت داور در ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ در قانون نمونه داوری اصلاحی ۲۰۰۶ نیز همان است (ر.ک: محبی و کاویار، ۱۳۹۳: ۱۶).

«آنچه جناب شیخ در خلاف گفته نیکوست و اجماع بر لزوم حکم بعد از رضایت، منافاتی با لزوم آن قبل از رضایت ندارد». شیخ انصاری در این زمینه می‌نویسد: «آیا رضایت طرفین دعوا پس از صدور حکم معتبر است؟ دو نظر در این زمینه وجود دارد، شیخ طوسی در کتاب مبسوط از باب اخذ به امر یقینی نظر اول را برگزیده است، اما قول اقوا عدم-اعتبار رضایت- است و دلیل آن اطلاق- ادله‌ای است- که گذشت. صاحب جواهر نیز قول به لزوم حکم بعد از صدور- بدون نیاز به رضایت- را اظهر می‌داند» (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵).

گروهی از فقها از جمله محقق حلی (ولایشترط رضاها بعد الحکم) شهید اول، شهید ثانی و مقدس اردبیلی قائل به عدم اشتراط رضایت بعد از صدور حکم هستند و بر صحت ادعای خود دلایلی از روایات می‌آورند (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۸۶۰. همچنین ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۸۶۰؛ شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۶۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳۳۳؛ الأردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۷). بنابراین به نظر برخی دانشمندان رضایت پس از حکم لازم نیست و حکم قاضی تحکیم نافذ است، ولو یکی از طرفین معترض باشد، به استثنای موردی که قاضی تحکیم مرتکب اشتباه روشنی شده باشد که البته در این صورت رأی قاضی منصوب هم قابل نقص است. اگر این نظر- که رضایت پس از حکم لازم نیست- پذیرفته نشود، عملاً علت وجودی قاضی تحکیم لغو می‌شود، زیرا کمتر موردی می‌توان یافت که محکوم‌علیه از حکمی که علیه او صادر می‌شود راضی باشد و در این خصوص نیز فرق نمی‌کند که حکم‌کننده قاضی مأذون یا قاضی تحکیم باشد (امانداد و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۹). ادله این فقها حدیثی از پیامبر است که روایت شده است که فرمود: «هر کس حکم کند بین دو نفر که حکمیت او را پذیرفته‌اند و عدالت را رعایت نکند پس لعنت خدا بر او باد».

۲.۷. اعتبار رأی قاضی تحکیم و داور در حقوق موضوعه

در ماده ۴۵۹ ق.آ.د.م آمده است که «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته‌اند و قائم‌مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت». در ماده ۱۴۶۶ ق.آ.د.م فرانسه نیز مراد از اعتبار، درستی و صحت است و در این ماده در مقام بحث از اعتراض به صلاحیت و اختیارات داور، به

داور اجازه داده شده است که در خصوص اعتبار انتخاب خود نیز اظهار نظر کند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۳: ۲۶۰). این مفهوم اعتبار به معنای صلاحیت داور و قاعده صلاحیت در صلاحیت و اعتبار موافقت‌نامه داوری است که در گفتار پیشین به بحث گذاشته شد.

در فقه اعتبار رأی قاضی تحکیم به معنای لازم‌الاجرا بودن آن است؛ بدین معنا که آیا رأی قاضی تحکیم همانند قاضی منصوب لازم‌الاجراست یا خیر؟ لازم‌الاجرا بودن رأی داور برخلاف قاضی تحکیم، موضوعی است که در نظارت دادگاه‌ها بر امر داوری مصداق پیدا می‌کند. از این منظر در بحث از اعتبار رأی داور در حقوق موضوعه، مداخله دادگاه در امر داوری را باید از دو جنبه ایجابی و سلبی مدنظر قرار داد. مداخله دادگاه از جنبه ایجابی به معنای حمایت قانون برای اجرای هرچه بهتر و مطلوبیت و کارایی نهاد داوری است و مداخله دادگاه از جنبه سلبی نیز به معنای محدود کردن حاکمیت اراده طرفین قرارداد داوری و در نهایت ابطال رأی داوری است که برخی نویسندگان این دو وجه (ایجابی و سلبی) را شاخصی برای ارزیابی مطلوبیت و کارایی نهاد داوری قلمداد کرده‌اند (درخشان نیا، ۱۳۹۷: ۱۵-۱۱).

در قانون آیین دادرسی مدنی ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م با جواز امر داوری به‌نوعی لازم‌الاجرا بودن آرای صادره از جانب داور نیز تحت حمایت قانون قرار گرفته است. تفاوت بحث فقها در خصوص اعتبار رأی داور و لازم‌الاجرا بودن آن با حقوق موضوعه در این است که فقها در اصل موضوع داوری و اینکه آیا حکم داور همانند قاضی منصوب لازم‌الاجراست، به‌طور کلی بحث کرده‌اند، اما در حقوق موضوعه و در غالب نظام‌های حقوقی احکام داوری را لازم‌الاجرا می‌دانند و فقط در برخی شرایط قانونگذار رأی داور دارای اعتبار نمی‌داند. برای نمونه، در قانون آیین دادرسی مدنی مواد ۴۸۱، ۴۸۲، ۴۸۶ و ۴۸۹ از موارد بی‌اعتباری رأی داوری است. در قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز ماده ۱۲ با موضوع موارد جرح داور، تا حدودی شرایط بی‌اعتباری رأی داور را بیان کرده است. ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال نیز در ماده ۱۲ شرایط بی‌اعتباری رأی داور را عنوان کرده است. در ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی با موضوع درخواست ابطال رأی داور و در ماده ۳۴ همین

قانون با موضوع بطلان رأی داوری و همچنین در فصل هفتم قانون نمونه داوری ۱۹۸۵ آنسیترال در ماده ۳۴ مواردی از بطلان و بی‌اعتباری رأی داوری آمده است.

با مقایسه میان قوانین داوری در قانون آیین دادرسی مدنی از یک سو و قوانین داوری موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی و قانون نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵، می‌توان دریافت که قوانین بین‌المللی داوری به دنبال هرچه بیشتر محدود کردن مداخله محاکم در امر داوری و اعتبار بخشیدن به رأی داور در حل و فصل اختلافات هستند (علمی یزدی و درخشان‌نیا، ۱۳۹۷: ۱۱۴-۸۷). به طور کلی به نظر می‌رسد لازم‌الاجرا بودن رأی داور در فقه اسلامی و حقوق موضوعه از دو دیدگاه متفاوت سرچشمه می‌گیرد؛ که در اولی لازم‌الاجرا بودن به مفهوم رضایت طرفین بعد از صدور رأی داور است که بنا بر نظر برخی رضایت شرط است و بعد از صدور رأی نیز طرفین ملزم به تبعیت از رأی قاضی تحکیم نیستند و برخی دیگر معتقدند رضایت شرط نیست و رأی داور لازم‌الاجراست. در حقوق موضوعه داستان کاملاً متفاوت است و صحبتی از رضایت طرفین در میان نیست و لازم‌الاجرا بودن رأی داور موضوعی بدیهی است، اما در مواردی اعتبار رأی داور می‌تواند مورد مناقشه قرار گیرد و این مناقشه از جانب محاکم و نه از جانب طرفین موافقت‌نامه داوری؛ و طرفین نیز زمانی می‌توانند بر اعتبار رأی داور اعتراض کنند که قانون بر طبق شرایطی آن را به رسمیت شناخته باشد.

۸. نتیجه‌گیری

اگرچه مفهوم و ماهیت داوری در نظام‌های حقوقی کنونی و به‌ویژه نظام حقوقی ایران دارای تفاوت‌هایی با نهاد قاضی تحکیم در فقه اسلامی است، به نظر می‌رسد شباهت‌های این دو نهاد بیش از تفاوت‌های آنان باشد؛ چراکه رضایت طرفین بر امر داوری که گرانیگاه و اصلی‌ترین عنصر مشروعیت نهاد داوری در نظام‌های کنونی است، در فقه اسلامی به رسمیت شناخته شده و در عین حال در تمامی متون فقهی نیز بر این امر تأکید شده است. در بررسی قلمرو نظارت حاکم بر قاضی تحکیم و داوری نیز باید تصریح کرد که در

گذشته حدود و ثغور نظارت حاکم بر قاضی تحکیم چندان روشن نبوده و در متون فقهی نیز در مورد آن بحثی به میان نیامده است، اما آنچه از فحوای کلام فقها می‌توان دریافت، این است که نظارت بر قاضی تحکیم با آنچه امروزه به‌عنوان مداخله دادگاه در امر داوری شناخته می‌شود، تفاوت‌های بنیادینی دارند. برای نمونه، در فقه اسلامی برخی فقها بر لازم‌الاجرا بودن رأی قاضی تحکیم تأکید کرده‌اند و حتی بر این اعتقادند که بعد از انتخاب داور نیز نمی‌توان از آن عدول کرد و برخی دیگر نیز با اختلاف‌نظر معتقد بر رضایت طرفین حتی پس از صدور حکم قاضی تحکیم هستند و با توجه به نبود نظام قانونگذاری به شکل امروزی، و فقدان دولت مدرن و نهاد دادگستری، حدود و ثغور اعمال نظر فقیهان مشخص نبوده است. افزون بر این، مسائلی مانند دخالت دادگاه در تعیین داور، ابطال رأی داور توسط دادگاه، صدور دستور موقت توسط داور و اجرای آن توسط دادگاه و به‌طور کلی مداخله ایجابی و سلبی دادگاه در امر داوری به شکل امروزی وجود نداشته است.

کتابنامه

۱. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۲۳ق). *فقه القضاء*، ج ۱، مؤسسه النشر الجامعه المفید، قم.
۲. امانداد، مجید؛ پنجه‌پور، جواد؛ اسدی کوه باد، هرمز (۱۳۹۴). «جایگاه فقهی سیستم قضایی خصوصی براساس نهاد تحکیم از منظر فقه امامیه»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۶، ص ۳۳-۹.
۳. امیرمعزی، احمد (۱۳۹۲). *داوری بازرگانی بین‌المللی*، چ اول، تهران: دادگستر.
۴. ایزدی فرد، علی‌اکبر؛ فلاح، اکبر؛ خزائی پول، صفر (۱۳۸۸). «مشروعیت قضاوت خصوصی در اسلام»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۸، ص ۹۶-۶۹.
۵. آیت‌الله جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۱). *ادب قضا در اسلام*، قم: مرکز نشر اسراء.
۶. پورقصاب امیری، علی؛ ایزدی، محمدرسول (۱۳۹۵). *روش‌های حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی*، چ اول، تهران: مجد.
۷. تسخیری، محمدعلی؛ مشیرفر، شیوا (۱۳۷۶). «حکمیت در فقه اسلامی»، فصلنامه تحقیقات اسلامی، ش ۱ و ۲، ص ۲۲۲-۱۷۹.
۸. توکلی، محمد مهدی (۱۳۹۵). *نصب داور، احکام و آثار آن*، چ اول، تهران: میزان.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۳، چ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۰. جعفریان، منصور (۱۳۷۳). «تأملی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی»، مجله مجلس و راهبرد، ش ۱۴، ص ۹۹-۱۲۶.
۱۱. جنیدی، لعیا (۱۳۸۰). «قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی»، پژوهشنامه متین، ش ۱۰، ص ۱۳۸-۱۲۷.
۱۲. حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق). *القضاء فی الفقه الاسلامی*، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

۱۳. حبیب نژاد، سید احمد؛ بخرد، مصطفی (۱۳۹۶). «بررسی فقهی ترافع نزد محاکم غیراسلامی»، فصلنامه پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۳، ش ۲، ص ۳۶۳-۳۴۱.
۱۴. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷). *بایسته‌های حقوق داورى تطبیقی*، چ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۸ق). *القضاء و الاشهادات*، ج ۱، مؤسسه الخوئی الإسلامیه.
۱۶. درخشان‌نیا، حمید (۱۳۹۷). *نقش محاکم در داورى (ارائه الگوی مناسب)*، چ اول، تهران: انتشارات دادنامه.
۱۷. درویشی هویدا، یوسف (۱۳۸۸). *شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف*، چ اول، تهران: میزان.
۱۸. دهقانی، حمیدرضا (۱۳۹۱). «مستندات شرط ذکورت در قاضی تحکیم از دید فقه‌های امامیه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۵۹، ص ۴۹۱-۴۴۱.
۱۹. دی ای ام لیو، جولیان؛ ای میستلیس لوکاس، ام کرول، استفان (۱۳۹۱). *داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، چ اول، قم: دانشگاه مفید.
۲۰. الروحانی، السید محمد صادق (بی‌تا) *تکمله منهاج الصالحین فی أحكام القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات*، ج ۱، نجف: مطبعة الآداب.
۲۱. سادات، محسن (۱۳۸۹). «بایستگی نگاهی نو به حکمیت در کاوش‌های فقهی حقوقی»، *فصلنامه فقه*، ش ۴، ص ۱۰۱-۶۱.
۲۲. السند، الشیخ محمد (۱۴۳۳ق). *الحاکمیه بین النص و الیدمقراطیه*، بیروت: ناشر الامیره.
۲۳. سنگلجی، محمد (۱۳۸۴). *قضا در اسلام*، چ چهارم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. شمس، عبدالله (۱۳۸۲). «موافقت‌نامه داورى و صلاحیت دادگاه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۳۷، ص ۴۴-۹.
۲۵. شهید الاول (بی‌تا). *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه*، ج ۱، قم: دارالتراث الدار الإسلامیه.
۲۶. الشهید الثانی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف

الاسلامیه.

۲۷. ----- (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، ج ۱ و ۳، قم: داوری.

۲۸. الشیخ جعفر السبحانی (۱۴۱۸ق). *نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم: مؤسسه الامام الصادق(ع).

۲۹. شیخ طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۸، تهران: المكتبة المرتضویة.

۳۰. ----- (۱۳۹۷). *الخلافة*، ج ۴ و ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه.

۳۱. الشیخ أحمد بن محمد الأردیلی (المقدّس الأردیلی) (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

۳۲. علومی یزدی، حمیدرضا؛ درخشان‌نیا، حمید (۱۳۹۷). «مداخله دادگاه در تعیین داور، آسیب‌شناسی قانون، رویه قضایی و الگو»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۲۲، ص ۸۷-۱۱۴.

۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، آثار قرارداد، چ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۴. کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۳). *حقوق داوری داخلی*، چ سوم، تهران: دادگستر.

۳۵. الکلایگانی، السید محمدرضا (۱۴۰۱ق). *کتاب القضاء*، ج ۱، قم: مطبعة الخيام.

۳۶. *مجموعه مقررات جدید آنستیرال درباره داوری بین‌المللی* (۱۳۹۳). ترجمه و تحقیق دکتر محسن محبی و حسین کاویار، چ اول، تهران: خرسندی.

۳۷. محقق حلی (۱۴۰۹ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ج ۴، تهران: استقلال، تهران.

۳۸. محمدی خورشیدی، محمد (۱۳۹۵). *داوری در حقوق ایران*، چ دوم، تهران: بهنامی.
۳۹. المدرسی، السید محمد تقی (۱۴۳۱ق). *الفقه الاسلامی (الرسالة العملی)*، ج ۳، بیروت: مرکز العصر.
۴۰. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۸۱). *فقه القضاء*، ج ۱، چ دوم، جامعه المفید-مؤسسه النشر. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تحقیق: شیخ عباس قوچانی، ج ۴، چ سوم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۴۱. هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ بطحایی، فرهاد (۱۳۹۶). «بررسی ماهیت فقهی داوری»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ش ۴۸، ص ۱۹۲-۱۷۱.
۴۲. یزدانی، محمدکریم (۱۳۳۹). «شرایط و اوصاف قاضی در فقه اسلامی و قانون»، *مجله قانون و کلاء*، ش ۷۱، ص ۲۳-۲۰.
۴۳. یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۳). *آیین داوری*، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

References

1. Al-Golpayegani, Sayyid Muhammad Reza (1401 AH). *Book of Judgment*, vol. 1, Khayyam Press, Qom.(in Arabic)
2. Al-Madrasi, Sayyid Muhammad Taqi (1431 AH). *Islamic jurisprudence (Al-Risalah Al-Amlī)*, Central Center, vol. 3, Beirut.(in Arabic)
3. Al-Ruhani, Sayyid Muhammad Sadegh (pbuh) Complete the curriculum of the righteous in the rulings of the judiciary, martyrdom, limits, retribution, and guardianship, Press, etiquette, vol. 1, Najaf.(in Arabic)
4. Al-Shahid Al-aval, the Damascus branch in the jurisprudence of the Imams, Dar al-Tarath al-Dar al-Islamiyyah, vol. 1. (in Arabic)
5. Al-Shahid Al-sani (1413 AH). Problems of understanding until the revision of Islamic law, Islamic Knowledge Foundation, Qom.(in Arabic)
6. Al-Sind, Sheikh Muhammad (1433 AH). *Al-Hakimiyah between Al-Nas and Al-Dimqratiya*, Al-Amira Publisher, Beirut.(in Arabic)
7. Amandad, Majid Vanjehpour, Javad and Asadi Koohbad, Hormoz (2015). "The jurisprudential position of the private judicial system based on the institution of consolidation from the perspective of Imami jurisprudence", *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law*, No. 16, pp. 9-33.(in Persian)
8. Amir Moazi, Ahmad (2013) *International Commercial Arbitration*, Justice Publishing, First Edition.(in Persian)
9. Ardabili, Sayyid Abdul Karim Mousavi (1423 AH). *Jurisprudence*, Volume 1,

- Al-Jame'a Al-Mufid Publishing Institute, Qom.(in Arabic)
10. Ayatollah Javadi Amoli, Abdullah (1391). *Judicial Literature in Islam*, Esra Publishing Center.(in Persian)
 11. Brisen,S (1968). *The Juridical nature of Private Arbitrationits Protection mage and Practice xi*,BCA.
 12. DAM Liu, Julian, E. Mistles Lucas, M. Kroll, Stephen (2012). *Comparative International Commercial Arbitration*, translated by Habibi Majandeh Mohammad, Mofid University Press, first edition.(in Persian)
 13. Darvish Hoveida, Yousef (2009). *Alternative Dispute Resolution Methods*, Mizan Publications, First Edition.(in Persian)
 14. Dehghani, Hamidreza (2012). "Documents of the condition of masculinity in the judge of consolidation from the point of view of Imami jurists", *Journal of Legal Research*, No. 59, pp. 441-491.(in Persian)
 15. Derakhshannia, Hamid (2018). *The role of courts in arbitration (providing a suitable model)*, Dadnameh Publications, first edition.(in Persian)
 16. Devichi, R (1965). *Jacqueline ,l'arbitrage nature juridique, droit interne et droit international prive*.
 17. Domke,M (1968). *The Law and Practice of Commercial Arbitration*,Chicago.
 18. Habibnejad, Seyed Ahmad and Bakhrd, Mostafa (2017). "Jurisprudential Study of Transaction in Non-Islamic Courts", *Quarterly Journal of Jurisprudential Research*, Volume 13, Number 2, Pages 341-363.(in Persian)
 19. Haeri, Sayyid Kazem (1415 AH) *Judgment in Islamic jurisprudence*, Islamic Thought Complex, Qom.(in Arabic)
 20. Hooshmand Firoozabadi, Hossein and Batahi, Farhad (2017). "A Study of the Jurisprudential Nature of Arbitration", *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law*, No. 48, pp. 171-192.(in Persian)
 21. Izadifard, Ali Akbar and Fallah, Akbar and Khazaei Pool, Safar (2009). "The Legitimacy of Private Judgment in Islam", *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law*, No. 18, pp. 69-96.(in Persian)
 22. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1999). *Extensive in Legal Terminology*, Ganj-e-Danesh Publications, Volume 3, First Edition.(in Persian)
 23. Jafarian, Mansour (1994). "Reflections on the International Commercial Arbitration Bill", *Journal of Parliament and Strategy* No. 14, pp. 99-126.(in Persian)
 24. Junidi, Leia (2001). "International Commercial Arbitration Law from the Perspective of Islamic Law", *Matin Research Journal*, No. 10, pp. 127-138.(in Persian)
 25. Karimi, Abbas and Parto, Hamidreza (2014). *Internal Arbitration Law, Publication of Justice*, Third Edition.(in Persian)
 26. Katozian, Nasser (2014). *General Rules of Contracts*, Volume III; Works of the contract, Publishing Joint Stock Company, ninth edition.(in Persian)
 27. Khoei, Sayyid Abu al-Qasim(2007), *Judgment and Martyrs*, Islamic Khoei Foundation, vol 1.
 28. Khudabakhshi, Abdullah (2018). *Requirements of Comparative Arbitration Law*,

- Anteshar Co., First Edition. (in Persian)
29. Mohammadi Khorshidi, Mohammad (2016). *Arbitration in Iranian Law*, Behnami Publications, Second Edition.(in Persian)
 30. Mohaqeq Hali (1409 AH). *Sharia of Islam in the issues of halal and forbidden*, vol. 4, Esteghlal Publications, Tehran.(in Arabic)
 31. Mousavi Ardebili, Abdul Karim (2002). *Jurisprudence of jurisprudence, Bicha*, Al-Mufid Society-Publishing Institute, Volume 1.(in Arabic)
 32. Najafi, Mohammad Hassan (1988). *Jawahar al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*, research: Sheikh Abbas Quchani, vol. 4, ch. 3, Tehran, Islamic Bookstore.(in Arabic)
 33. *New UNCITRAL Rules on International Arbitration* (2014) Translated and researched by Dr. Mohsen Mohebbi and Hossein Kaviar, Khorsandi Publications, First Edition.(in Persian)
 34. Olumi Yazdi, Hamidreza and Derakhshannia, Hamid (2018). “*Court Intervention in Arbitrator Appointmen*”, *Pathology of Law, Judicial Procedure and Model*, Quarterly Journal of Private Law Research, No. 22, pp. 87-114.(in Persian)
 35. Poor Qassab Amiri, Ali and Izadi, Mohammad Rasoul (2015). *Methods of Resolving International Trade Disputes*, Majd Publications, First Edition.(in Persian)
 36. Sadat, Mohsen (2010). “The article should be a new look at arbitration in legal jurisprudential research”, *Jurisprudence Quarterly*, No. 4, pp. 61-101.(in Persian)
 37. Sangalji, Mohammad (2005). *Judgment in Islam*, University of Tehran Press, Fourth Edition.(in Persian)
 38. Shams, Abdullah (2003). “*Arbitration and Jurisdiction Agreement*”, *Journal of Legal Research*, No. 37, pp. 9-44.(in Persian)
 39. Sheikh Ahmad bin Muhammad Al-Ardabili (Holy Al-Ardabili) (1403 AH). *The collection of benefits and proofs in the explanation of the guidance of the minds*, Islamic Publishing Foundation, vol. 12.(in Arabic)
 40. Sheikh Ja'far al-Subhani (1418 AH). *Judicial system and martyrdom in Islamic Sharia al-Ghara*, Imam Sadiq (AS) Institute, Qom.(in Arabic)
 41. Sheikh Tusi, Abu Ja'far, Muhammad ibn Hassan (2008). *Al-Mabsut Fi Al-Imamiya Fiqh*, Volume 8, Al-Muktabah Al-Mortazavia, Tehran.(in Arabic)
 42. Sheikh Tusi, Abu Ja'far, Muhammad ibn Hassan (2018). *Al-Khalaf*, Volumes 4 and 6, Islamic Publications Office of the Seminary Teachers Association, Qom.(in Arabic)
 43. Taskhiri, Mohammad Ali and Mushirfar, Shiva (1997). “*Arbitration in Islamic jurisprudence*”, *Islamic Research Quarterly*, No. 1 and 2, pp. 179-222.(in Persian)
 44. Tavakoli, Mohammad Mehdi (2016). *Arbitrator installation, rulings and its works*, Mizan Publications, first edition.(in Persian)
 45. UNCITRAL model law on international commercial Arbitration 1985 with amendment as adopted in 2006.
 46. Yazdani, Mohammad Karim (1960). “*Conditions and Attributes of a Judge in Islamic Jurisprudence and Law*”, *Journal of the Bar Association*, No. 71, pp. 20-

23.(in Persian)

47. Yousefzadeh, Morteza (2014). *Arbitration*, Publication Co., Second Edition.(in Persian)