

کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن‌لا

وینسنت پاول اسمیت*
Vincent Powell Smith
ترجمه محمدحسین ساکت

درآمد

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

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

از آنجا که خواننده، برای نخستین
بار، یک بررسی سنجشی میان دو نظام
حقوقی اسلام و کامن‌لا در زمینه داوری را
به فارسی می‌خواند، موضوع شایسته نگرش
است. این گفتار چکیده پایان‌نامه
کارشناسی ارشد وینسنت پاول اسمیت است

*. نگارنده از دوست و همکار خود استاد دکتر علاء‌الدین
خروفه برای نظریه‌های یاریگرانه‌اش در پیش‌نویس این
گفتار بسیار سپاسگزار است. نویسنده سراسر مسئول
هرگونه لغزشهای انجام، برداشت یا وانهادن است.

در مؤسسه تطبیقی دانشگاه اسلامی بین‌المللی مالزی. پژوهشگر این گفتار در زمینه حقوق اسلامی از منابع دست‌دوم بهره‌گرفته است. از آن‌گذشته، چنان‌که پیداست او تنها بر فقه حنفی تکیه کرده است و دیدگاه‌هایش درباره حقوق شیعه‌گذا و سطحی است و بر پایه تنها کتاب انگلیسی نگارش‌یافته در این زمینه یعنی کتاب دکتر سیدحسن امین، استوار است. با این همه، تازگی گفتار و باریک‌بینی نگارنده 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.^۱ داور، به‌عنوان ابزار کشمکش‌زدایی، «روشی آزموده، سودمند و مطلوب توصیف گردیده است که»

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 داور یا توسط دادگاه، برگزیده شود.

سودمندی اجتماعی و بازرگانی اش آشکار است».^۲

داوری به عنوان روش زدودن کشمکشها، ریشه ای بس کهن دارد. برای انسان پیشین، بردن ستیزها و کشمکشهایش نزد ریشسفیدان قبیله برای دادرسی نهایی و الزام آور، کاری طبیعی بوده است. در روزگاران گذشته، پیش از تاریخ نگاشته، هیچ دستگاه حقوقی یا قضایی سازمان یافته ای وجود نداشت.^۳

«بر پیشرفت جامعه، روزگاری بس دراز می گذرد که پس از آن، اندیشه های مالکیت و حقوق انحصاری فرد، پیش از برپایی یک دستگاه الزامی عدالت توزیعی، در مغز بشر شکوفه زده است.

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

۳. تاریخ نگاران برآنند که نخستین تمدنها در حدود میان ۵۰۰ و ۵۰۰۰ پیش از میلاد پا گرفتند. نخستین تمدن در خور شناسایی از آن سومریان است که در میان رودان (بین النهرین عراق امروز) نمایان بودن و نشانه های حقوق سومری دانسته و شناخته است. نک.

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، بسختی گزارشهای حقوقی برجا مانده ای 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.

در راستای آن دوران پا نگرفته، 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.^۴

روشن است که داوری پیش از برپایی نظم حقوقی و در واقع، پیش از تاریخ نگاشته وجود داشته است.^۵ داوری باید از سپیده دم سوداگری و داد و ستد وجود داشته باشد. داوری در میان بازرگانان فینیقی رواج داشت^۶ و گمان می‌رود در کتاب مقدس بدان اشاره شده است^۷ و در

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 بوك با این ویژگی نگاشته است:

D. Roebuck, "A Short History of Arbitration", Chapter 1 (pp. xxxiii-lxv), 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.

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

همچنین نك.

(1989) 6 Journal of International Arbitration 43.

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

حقوق رُم امري شناخته شده است.^۸ هُراس، تاسي و اُويد همه در نگاشته‌هايشان به داوري اشاره مي‌کنند^۹ که در يونان باستان نيز به‌کار مي‌رفته است.

افلاطون، که در حدود سال ۳۵۰ پيش از ميلاد مي‌نگاشت، به ما مي‌گويد که گونه‌اي از شيوه‌هاي حل اختلافات شخصي، که از دستگاہ حقوقي دولت جدا بود، در آن روزگار گسترش يافته بود:

«اگر کسی در انجام قراردادي تراضي شده ناکام مي‌ماند ... بايد به دادگاههاي قبایلي دادخواست داده شود، البته اگر دو سوي [قرارداد] قبلاً نتوانسته‌اند بر سر اختلافاتشان پيش داوران (يعني، همسايگان خود) به سازش برسند».^{۱۰}

چنين پيدااست که در جامعه عربستان پيش از اسلام، داوري تنها دستگاہ ضمانت

روئه بوك پيشنهاد مي‌کند که گزارش وابسته به کتاب مقدس از حکم سليمان پيامبر «آشکارا نمونه‌اي است از دادگري همایوني».

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.

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

کشمکش‌زدایي با داوري در ... ❖ ۲۲۳

اجرایی آشکار برای زدودن کشمکشها بوده است و گزینه دادخواهی‌های خود — یاوری (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 (حکَم) ارجاع می‌شد. این در اساس، يك توافق دلخواهانه شخصی بود، هرچند گفته شده است که آرای داوران برگزیده در عکاظ — بازار یا نمایشگاه موسمی نزدیک مکه — برابر عرف، طرفین را پایبند می‌ساخت.^{۱۱} ژوزف شاخت، دانشمند غربی — از داوری در آن روزگاران چنین سخن می‌گوید:

«داور شدن به گروه اجتماعی یا لایة دینی خاصی بستگی نداشت. طرفین [اختلاف] آزاد بودند تا با توافق کسی را به داوری برگزینند. با این‌همه، همیشه رئیس قبیلۀ داور بود. داور به‌خاطر ویژگیهای شخصی خویش، و به‌خاطر آبرو و اعتبار خود برگزیده می‌شد چرا که به‌خاندانی پیوند داشت که در شایستگی برای تصمیم‌گیری در زمینه

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

اختلافها زبانزد بودند و فراتر از هر چیز، شاید به خاطر نیروهای فراطبیعی‌اش که دو سوی [اختلاف] پیش از آغاز به داوری، با درخواست رمز یزدانی، داوری را می‌آزمودند. از آنجا که این نیروهای فراطبیعی بیشتر در کاهنان یافت می‌شد، اینان را بیشتر به‌عنوان داوران برمی‌گزیدند».^{۱۲}

داوری با کاهنان که در حقیقت آخوندهای بتپرست بودند و ادعا می‌کردند که از نیروهای یزدانی برخوردارند، بالطبع، به خاطر سرشت بتپرستانه‌اش و این حقیقت که در آن روزگار چه‌بسا مورد استفاده نادرست قرار می‌گرفت به دست حضرت محمد (ص) رد شده است. با این‌همه، پیامبر (ص) نهاد داوری را رد نفرمود و پیوسته و به‌هنگام دادرسی در کشمکشها و اختلافهای میان پیروانش، به پذیرش پایگاه آشتی‌جویانه رویکرد نشان می‌داد. افزون بر این، هرگاه قرآن از تکاپوی قضائی پیامبر (ص) سخن می‌گوید فعل «

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

7.

حَكَمَ» و برگرفته‌های آن را به‌کار می‌گیرد.^{۱۳} قرآن اشاره فراوانی به داوری دارد و به گزینش داوری از سوی دو خانواده زن و شوهر، که اختلافی بنیادین دارند، فرمان می‌دهد:

«و اگر [دلیلی بود که] بیم اختلاف میان آن دو [زن و شوهر] رود، پس يك داور از خانواده مرد و يك داور از خانواده زن برگزینید. اگر آن دو بهبود خواهند، خداوند میان آنان سازش می‌افکند. همانا خداوند دانای آگاه است» (نساء / ۳۵).^{۱۴}

در سورة حُجُرَات 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).^{۱۵}

13. Ibid.

14. Muhammad Assad, The Message of the Quran, (Gilbrator: Daral Andalus 1980).

همان‌گونه که در سرزمینهای گوناگون اسلامی عمل می‌شود، 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. ترجمة انگلیسی عبدالله یوسف‌علی.

دستورهاي قرآني آشكار مي‌دارند كه نه تنها بر طرفين اختلاف است تا كشمكشهاي خویش را به روشي برادرانه پايان بخشند، بلكه جامعه اسلامي در اين باره داراي مسئوليت است. به متن قرآني ديگري كه خواهان داوري است در سورة نساء برمي‌خوريم، آنجا كه مي‌فرمايد:

«به خدايت سوگند نمي‌گروند تا آنكه تو را [اي پيامبر] براي همگي اختلافهايشان ميان خود دادرس قرار دهند و سپس بر خود نمي‌يابند از آنچه تو دادرسي كرده‌اي و بدان سر سپرده‌اند» (نساء/۶۵). ۱۶.

واگذاري كشمكشها به دادرسي پيامبر (ص) نشانه فرمانبرداري از خداوند و تضميني است بر حلّ و فصل دادگرانه كشمش. قرآن اين گفته را روشن ساخته است آنجا كه مي‌فرمايد:

«اي كساني كه گرویده‌ايد از خداوند

۱۶. ديگر آيه‌هاي قرآني كه شامل داوري يا سازشاند: ۱۰۵/۴؛ ۵۱/۵؛ ۴۵/۶؛ ۱۵۲،/۶

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، نمونه‌هایی در سنت هست که به ستایش کسانی می‌پردازد که نقش مصلح در میان مردم را دارند. کوشش‌های پیامبر (ص) در آشتی افگندن میان شاکیان و شکایت‌کنندگان و روند شتابان سازش پاگرفته به دست او با پرداختن و رسیدگی به اختلاف‌های میان بدهکاران و بستانکاران، نمونه‌ای است از این دست.^{۱۷} روایت شده است که پیامبر (ص) فضیلت میانجیگری و خطر ستیز و دشمنی را با این سخن بیان داشته است:

«نمی‌خواهید شما را از چیزی آگاهی دهم که از روزه، بخشش به مستمندان و نماز والاتر است؟» پاسخ شنید: «به حتم!»

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

پیامبر فرمود: «میان مردم آشتی انداختن، زیرا مردم را به اختلاف واداشتن مانند یک تیغ است، منظورم تیغی نیست که سر را می‌تراشد، بلکه دین را پاره می‌کند».^{۱۸}

بیان قدیمی نقش داور در حقوق اسلام در دعائم الاسلام^{۱۹} فاطمیان و وصیت علی بن ابی طالب [ع] دیده می‌شود که فرمود: «سازش میان مردم از همگی روزه‌ها و نمازها [ی مستحبی] برتر است».^{۲۰}

قدیمترین روایت یک توافق داور در جهان اسلام آن است که میان علی بن ابی طالب [ع] و معاویة بن ابی سفیان، استاندار شام و پایه‌گذار دودمان اموی، بر سر جانشینی خلافت پیش آمد، آنگاه که

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

Yūsuf al – Qārdawī, The Lawful and The Prohibited in Islam, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 1994), p. 31.

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

A. A. Fyzee, "The Adad 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، همان‌جا.

کشمکش‌زدایی با داور در ... ❖ ۲۲۹

دو داور براي حلّ اختلاف برگزیده شدند.^{۲۱} کسانی که با توافقهای داوری بین‌المللی که امروزه در کامن‌لا (Common Law) انجام می‌گیرد آشنايند، درخواست خواهند یافت که این سند به‌گونه‌ای شگفت‌انگیز با اسناد به‌کار رفته امروزی در داوریهایی بین‌المللی همانندی دارد. این سند، محلّ داوریهایی که جایی بی‌طرف میان شام و عراق بود - قانون حاکم و مقررات آیین دادرسی را برابر ترا ضی طرفین تعیین می‌کند. همچنین، انتخاب یک داور جانشین، به‌هنگام مرگ یکی از داوران برگزیده شده، در آن پیش‌بینی شده است.

درحالی‌که در روزگاران نوین به داور؛ کمتر از قاضی می‌نگرند،^{۲۲} اما شریعت اسلامی، داوریهایی را به‌عنوان ابزار زدودن کشمکشها می‌شناسد و در بسیاری از کشورهای اسلامی به‌عنوان دستگاہ حلّ اختلافهای بازرگانی اهمیّتی به‌سزا دارد. در مسائل آیین دادرسی و ماهوی و داوریهایی بازرگانی بین‌المللی، جایی‌که

۲۱. فرایندهای انجمن وکلای بین‌المللی، نخستین کنفرانس منطقه‌ای، قاهره، ۱۹-۱۵ فوریه ۱۹۸۷، ج ۱، ص ۳۳۷؛ مقاله عبدالحمید الاحبّ درباره «قانون داوریهایی اسلام» (Moslem Arbitration Law)، ترجمه انگلیسی متن.

22. Amin, Commercial Arbitration, p. 36.

عنصری اسلامی حضور دارد یعنی در طرح‌های ساختمانی در يك کشور مسلمان، شریعت (حقوق اسلام) مهم و نقش‌آفرین است. اما، شگفتا که در متون برجسته به زبان انگلیسی درباره داوری بازرگانی جهانی، به‌هیچ‌وجه به داوری در حقوق اسلام اشاره‌ای به چشم نمی‌آید،^{۲۳} در حالی‌که داوری با تراضی در کشورهای عربی زبان و دیگر سرزمین‌های اسلامی برای حل اختلاف‌های بازرگانی به گستردگی به‌کار می‌رود.^{۲۴} در واقع، می‌توان استدلال کرد که نقش پیامبر (ص)، به‌عنوان قاضی عالی، پایگاه شناخته شده او را در حل کدخدان‌نشانه کشمکشها و اشارتهای قرآن به کشمکش‌زدایی از رهگذری

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

۲۴. 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 به‌خصوص 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».

کشمکش‌زدایی با داوری در ... ❖ ۲۳۱

جز دادگاه‌های حقوق یا دادگستری (که در آن هنگام وجود نداشت) نشان می‌دهد که حتی پس از وفات پیامبر (ص) داور به‌خاطر بارهای مذهبی‌اش، در کشورهای اسلامی معنایی گرانتر از شکایت‌بردن به یک دادگاه حقوق دارد.

یکی از نویسندگان^{۲۵} دیدگاهی دوگانه دارد و اشاره می‌کند که داور به‌جای دادرسی در تراز پایین‌تر و فروتر از نهاد دادرسی- رسیدگی قضایی مسلمانان- دانسته شده است. با این‌همه، دیدگاه همگانی در مکاتب حقوق سنی بر آن است که طرفین اختلاف حق انتخاب یک شخص برای داور میان خود را دارند. تنها مکتب شیعه دوازده امامی است که داور را نمی‌پذیرد- مکتب دوازده امامی در ایران رایج است- و دودلی‌های آنان درباره داور بر پایه این دیدگاه استوار است که داددهی (adjudication) تنها حق پیامبر (ص) و دوازده امام [ع] است.^{۲۶}

این نوشته نگاهی دارد به سیماهای

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

26. Ibid, p. 26.

برای تاریخ و تکامل شیعه و عقیده امامیه نک. کتاب س. ح. جعفری با این ویژگی:

S.A. Jafari, The Origins and Early Development of Shi'a Islam (London, 1979).

برجسته داوري در حقوق اسلام و همگونيها و ناهمگونيهايش را با پايگاه حقوق کامنلا مي‌سنجد. بر اين باوريم که اين سنجش سودهائي دربر خواهد داشت و شايد در آن دسته از کشورهاي آسيائي سودمند افتد که بيشتر شهروندان آنجا مسلمانند، ولي «کشور اسلامي» نيستند. زيرا دستگاہ قضائي‌شان يا برپايه روش حقوق نوشته استوار است و يا حقوق نانوشته.

در آسيا، بر روي هم، روش داوري براي رسيدگي و پرداختن به اختلافها برتري دارد و در نزديك شدن به دادگاههاي حقوق کامنلا، چه بسا آخرين دستاويز به شمار مي‌آيد. همچنين، داوري در خاورميانه عربي، يك روش رايج و برتر در حل و فصل اختلافهاي بازرگاني است.^{۲۷} بي‌گمان، در هر گوشه‌اي از جهان، اهميت داوري را مي‌توان به چشم ديد.

۱

توافق داوری

کامنلا براي داوري دوگونه توافق

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

می‌شناسد. توافقهایی که اختلاف کنونی و موجودی را به داوری ارجاع می‌دهند — و بیشتر ارجاع به داوری موردی یا ویژه (اتفاقی) (ad hoc) خوانده می‌شود — و شرط داوری ضمنی که آشکارا برابر با توافق برای ارجاع اختلافهای آتی به داوری در قراردادها می‌گنجانند. این تقسیم‌بندی در تعریفهای قانونی گوناگون از اصطلاح «توافق داوری»،^{۲۸} بازتاب دارد.

در همه کشورهای که از نظام حقوق کامن‌لا پیروی می‌کنند، بر این منوال است که یک شرط داوری رسمی در قراردادهای بازرگانی می‌گنجانند که برابر آن، طرفین توافق می‌کنند اختلافهای آینده را به داوری ارجاع دهند. یک شرط نمونه داوری که در یک قرارداد مهندسی ساختمان آمده است مقرر می‌دارد که: «به‌هنگام بروز اختلاف میان کارفرما و پیمانکار، در

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 می‌کند، خواه نام داور در آن ذکر شده یا نشده باشد. با این‌همه، ارجاعهای قانونی در این مقاله به قوانین مالزیایی است، آن قانونگذاری در انطباق با قانونگذاری انگلیس پیش از اصلاح (قانون داوری پیش از ۱۹۷۹) همانندی دارد و شامل مقررات همان در بیشتر کشورهای دیگر در کامن‌لاست.

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»^{۲۹}.

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.^{۳۰} این برای حقوقدان کامن‌لا دشواریهای فکری به بار نیاورده است و تنها پیشنهاد بنیادین آن است که باید در پیرامون مسئله‌ای که توافق داوری آن را در بر می‌گیرد، «کشمکش یا اختلافی» خواه موجود و کنونی و خواه در آینده میان طرفین پدید آید.^{۳۱}

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 پرداختی 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.

کشمکش‌زدایی با داوری در ... ❖ ۲۳۵

در عهدنامه‌های بین‌المللی نیز این جدایی دیده می‌شود: در عهدنامه نیویورک، برای، ماده ۲-۱ هر توافق 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 توافقی‌هایی 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.^{۳۲}

بر روی هم، نظام‌های حقوق کامن‌لا هیچ پیشنهاد رسمی را برای اعتبار توافق داوری مقرر نمی‌دارند، ولی در مالزی و کشورهای حقوق کامن‌لا، اگر هر دو طرف بخواهند از سودمندی‌های قانون داوری ۱۹۵۲ یا برابر آن برخوردار شوند، وجود توافقی کتبی لازم است.^{۳۳} یک توافق شفاهی داوری، اگر با داوری کامل همراه باشد، می‌تواند پایه رأی معتبر و درخور اجرا

V. Fine Fare Ltd. [1967] 1 Lloyd's Rep 53, p. 60 معنای «اختلاف» از «کشمکش» گسترده‌تر دانسته شده است.

۳۲. برای بحث و گفتگو نک.

Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, pp. 56-57.

۳۳. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۲.

قرار گیرد؛ دادخواهی دادبرده (محکوم‌له) پیگیری رأی داوری در حقوق کامن‌لا است.^{۳۴} پایه چنان دادخواست رأی داوری آن است که تعهدی ضمنی در هر توافق داوری وجود دارد که دو سو آن رأی داوری را انجام می‌دهند،^{۳۵} به گونه‌ای که اگر یک سوی توافق به شکستن این تعهد ضمنی دست یازد دادبرده می‌تواند برای اجرای رأی دادخواست دهد.^{۳۶} امروزه بیشتر توافقیهای داوری کتبی است تا شفاهی. جایی که چنین موردی هست، بدین‌گونه در مالزی، یک داور بومی تابع مواد قانون ۱۹۵۲ خواهد بود.^{۳۷}

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

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

35. F. G. Bloemen Pty Ltd. v. Gold Cost 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 ۳۴ قانون داوری ۱۹۵۲، برخی از داوریهای بین‌المللی از واری دادگاهی استثناست و این قانون شامل آنها نمی‌شود. آنها داوری انجام گرفته برابر مقررات قانون داوری منطقه کوالالامپور و رأیهای موضوع پیمان نیویورک را دربر می‌گیرند. اجرای چنین رأیهای بین‌المللی به وسیله قانون پیمان شناسایی و اجرای رأیهای داوری خارجی ۱۹۵۲ نظارت می‌شود.

سرشار از دشواریها و می‌تواند وضع پیچیده‌ای باشد. در پرونده ت. و. تاماس و شرکت با مسئولیت محدود علیه شرکت کشتی بخار بندر T.W. Thomas & Co Ltd. V. Portsea (Steamship) Co،^{۳۸} مجلس اعیان بر آن بود که، هنگامی یک بارنامه کشتی به مفهوم گنجانده شدن در قرارداد میان دارنده بارنامه و مالک کشتی محسوب می‌شود که شرطهای آغازین اجاره نامه دریایی میان اجاره‌کننده و مالک به اصطلاح شرط داوری — در اجاره نامه دریایی در غیاب ارجاعی صریح بویژه به شرط داوری در بارنامه کشتی گنجانده نباشد.^{۳۹}

در کامن‌لا سه 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 به‌گونه‌ای شایسته و منطقی نیاز به رجوع به دادگاهها را منتفی سازد.

38. [1912] ACI.

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

چنین شرطی به نام شرط اسکات علیه اوری (Scott v. Avery) معروف است و طرح دعوا داور را شرطی مقدم بر هر دادخواهی می‌سازد.^{۴۰}

دوم، همان‌گونه که قبلاً بیان داشتیم، قانون مقرر کرده است که برای به دست آوردن پشتیبانی قوانین داور باید «قرارداد کتبی» وجود داشته باشد. هدف یا اثر این پیشنهاد از 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 داور) تراضی کرده باشد.

سوم، وضع یک «موافقت به داور یا شرط داور گنجانده شده در هر قرارداد با گونه‌های دیگر شرط تفاوت دارد، زیرا به یک «قرارداد خود-شمول جنبی یا طاری قراردادهای اساسی» می‌انجامد^{۴۱} که

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

در اینکه چنین بندها و شرطهایی نافذ است، تردیدی نیست. برای نمونه، نک. پرونده هیمن علیه شرکت داروینز (Heyman v. Darwins Ltd. (1942) AC 356) برای بحث کلی نک.

Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, Chapter 13, pp. 161 ff.

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

حتي اگر قرارداد اصلي با تخلف و پذيرش به پايان برسد، اين قرارداد جنبي برجا خواهد ماند. اگر قرارداد خود شمول بايد گنجانده شود، پس بايد در سندي که به عنوان سند گنجانده شده تکیه می‌شود، آشکارا بدان ارجاع گردد. استفاده از واژگان مبهم یا کنایي و اشاره‌اي کلي کافي نخواهد بود، زیرا دادگاهها براي خارج ساختن حق عادي طرح دعوا در دادگاهها به يك توافق داوري ... که به روشني از شرطهاي قرارداد هویدا باشد»^{۴۲} نیاز دارند.

گاهی چنین مسائلي طرح می‌شود که آیا اختلافي خاص در درون آن توافق جا می‌گیرد یا نه. این همیشه مانند مسئله‌اي از تفسیر عبارتهاي خود قرارداد حل می‌شود؛ همان‌گونه که لرد پورتر (Porter) در پرونده هیمن علیه شرکت داروینز (Heyman v. Darwins Ltd) بدان تأکید ورزید.^{۴۳} در آن پرونده پژوهش‌خواندگان با پژوهش‌خواهان، توافق داراي شرطي داوري بود که بیان

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

ص ۷۷، آنجا که دادگاه تجدیدنظر انگلیسي عقیده داشت که يك شرکت وانمود شده نافذ نیست.

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

می‌داشت:

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

اختلافی میان طرفین به بار آمد، و پژوهش‌خواهان ادعا می‌کردند که پژوهش‌خوانندگان قراردادی را که بر پایه قبول تخلف پژوهش‌خواهان بدان پایان می‌دهد رد کرده‌اند. آنان استدلال می‌کردند که چون پژوهش‌خوانندگان قرارداد را درست رد کرده‌اند، آن رد هنگامی از سوی پژوهش‌خواهان پذیرفته می‌شود که آنان یکپارچه صادر کردند و بدین‌سان، مورد ستیز قرار داشت و قرارداد برای همه خواسته‌ها از اعتبار افتاد به‌گونه‌ای که پژوهش‌خوانندگان نمی‌توانستند بر شرط داوری که بخشی از آن را می‌ساخت تکیه کنند. مجلس اعیان با تأیید نظر دادگاه پژوهش، استدلال پژوهش‌خواهان را رد کرد و اظهار داشت که آن اختلاف در شرط داوری

کشمکش‌زدایی با داوری در ... ❖ ۲۴۱

قرار داشت. آنجا که نقض کلی قرارداد به دست يك سو [ي قرارداد] بوده است به گونه اي که طرف دیگر دست از تعهداتش بردارد، شرط داوري، چنانچه شرطهايش به اندازه اي کافي گسترده باشند، بر جا خواهد بود. این حتی درحالی است که طرف زیان دیده رد را پذیرفته باشد. این قضیه، در این مسئله «پایگاه سنتی و قدیمی» (*Locus Classicus*) است و قانون امروز میماند.^{۴۴}

کوتاه سخن آنکه می توان گفت که امروز کاملاً اقتدار يك قرارداد را برای سپردن هر دو اختلاف موجود و آینده به داوري به رسمیت می شناسد.^{۴۵} کاملاً کوششهاي خود را بر دیگر حوزه ها متمرکز ساخته است و چنان مسائلي که از خود قرارداد داوري برمی خیزند، معمولاً از سرشت تفسیری برخوردارند یعنی مایه هاي استنباط و تعبیرند.

حقوقدانان مسلمان بی درنگ بیان

۴۴. نک. ماستیل و بوید، داوري بازرگانی، فصل ۶، صص ۱۰۵ به بعد، برای بحث بیشتر.

۴۵. جالب آنکه چنین بندهايي تا ۱۹۲۰ که ایالت نیویورک نخستین ایالتی بود که به آنها رسمیت بخشید در ایالات متحده امریکا معتبر شناخته نمی شد. نک.

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

می‌دارند که: «کامن‌لا با پایگاه حقوق اسلام برخوردار سختی دارد، چون در مجموع عقیده بر آن است که یک قرارداد تنها پس از بروز اختلاف به داوری کشانده می‌شود. یک شرط داوری، در قالب غربی، به غرر می‌انجامد، زیرا سرشت یا پیشامد یک اختلاف آینده، شناخته و دانسته نیست».^{۴۶} و نیز مقرر می‌دارد که: «در منافع عادلانه و خرید و فروش اعتباری، بودن هر عنصری از نامعلومی یا خطر (غرر) ممنوع است. آنچه وجود ندارد بناچار عنصر نیرومندی از غرر را در پی دارد». بدینسان، شرط داوری که دو سوی قرارداد با آن توافق می‌کنند 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.^{۴۷} این نیز با نظام کامن‌لا فرق دارد. در حقوق کامن‌لا داوری که مطابق

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

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

توافق کتبی یا توسط طرفین قرارداد برگزیده شده است درخور فسخ نسیت مگر موافقتنامه چیز دیگری بگوید یا رسیدگی را به دادگاه واگذارند.^{۴۸} جالب آنکه در کامنلا طرف يك توافق داوری شفاهی می‌تواند اقتدار داوری را که خود برگزیده است برهم زند. او با چنین کاری ممکن است خود را رویاروی مسئولیت مدنی خسارتهای نقض قرارداد بنگرد.^{۴۹}

در حقوق اسلام توافق دو سوی قرارداد به ارجاع اختلافهای آینده به داوری از آن رو درست نیست که موجود نیست.^{۵۰} در حقوق اسلام، تنها آنگاه توافقی به داوری کشیده می‌شود که اختلاف پدید آید و در اینجا، شرط داوری در قالب رایج غربی باطل است. عبدالحمید الاحبّ دربست به این موضوع می‌پردازد.^{۵۱} او اشاره می‌کند که، ممکن است از توافقیهای داوری دشواریهای فراوانی برخیزد، زیرا بخشی از «عقود

۴۸. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۳ [مالزی].

۴۹. چون قانون جداست، دادگاه بخصوص يك 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. نک. 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.

معین» در حقوق اسلام وجود ندارند. همچنین، پیداست که بجز مکتب مالکی، نگرش کلی آن است که چنان توافقهایی الزام آور نیستند و همان‌گونه که پیشتر گفتیم، هرکدام از طرفین می‌توانند در غیاب اجازه مقدم قاضی و تا هنگامی که حکم داوری داده نشده است، آن توافق را فسخ کنند.

دیدگاه سنّتی حنفی در ماده ۱۸۴۷ مجله [احکام دادگستری] بیان شده است: «پیش از تصمیم داور، هرکدام از دو سو می‌توانند او را عزل کنند، مگر هنگامی که دو سو، داوری را برگزیده‌اند و یک قاضی که از سوی سلطان برگزیده شده است و مجاز است تا نماینده‌ای برگزیند نیز به او (داور) اجازه داده است و به‌خاطر آن قاضی تعیین‌کننده‌اش، وی در جایگاه نماینده آن قاضی است.»^{۵۲}

بر پایه این نگرش، تعیین داور همیشه تا صدور رأی داوری فسخ‌پذیر است مگر آنکه یک قاضی تأیید شده او را برگزیده باشد.

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

فسخ‌پذیری کلی‌گزینش داور و دشواری‌های شرط دآوری غربی امروز در کشورهای اسلامی آقای سمیر صالح را به بحث در پیرامون این مسئله کشانده است که اگر شرط دآوری در حقوق اسلام به علت موجود نبودن اختلاف باطل است، با این وجود آیا می‌توان آن را یک تعهد قراردادی معمولی دانست که برابر این دستور قرآن نافذ: «ای کسانی‌که گرویده‌اید پیمانهای خود را بجا آورید» (بقره/۲۳) صحیح و برای طرفین الزام‌آور است یا خیر؟ او از گفتار خویش نتیجه می‌گیرد که کارشناسان عملی حقوق به این پرسش پاسخی مثبت داده‌اند. با این همه، او می‌افزاید:

«عقیده بر آن است که این راه‌حل الهام‌یافته از مفاهیم غربی و مجموعه قوانین موضوعه غربی با ضابطه اصلی حقوق اسلام، یعنی اساساً سرشت فسخ‌پذیری یک توافق دآوری که برای تأیید به دادگاه ارجاع نشده است یا به سود اشخاص ثالث انجام نگرفته است، همخوان نیست».^{۵۲}

۵۲. سمیر صالح، دآوری بازگانی، ص ۴۹، او از این مقاله د. الفلاحی نقل می‌کند:

در ستیز با این نگاه و نگرش، عبدالحمید الحبّ،^۴ برابر تو صیفي که می‌کند، «گرایش‌های نوین اندیشه‌های حقوقی» را در نگرارش فرهنگ‌گستاری (آکادمیک) می‌بیند. الاحبّ این دیدگاه حنبلی را بازنویس می‌کند که اصل در قراردادها صحت است و شخص باید تنها آن قراردادهایی را بی‌اعتبار بداند یا کنار نهد که با قیاس حرامند. نویسنده اظهار می‌دارد که این دیدگاه را باید برتری داد. حقوق اسلام چنین شرط دآوری را یاد نمی‌کند، ولی بسیاری از قوانین موضوعه اسلامی معاصر آنها را به رسمیت می‌شناسند، اگرچه دیدگاه‌های فقیهان گونه‌گون است. این گوناگونی دیدگاه از سوی فقیهان مسلمان، فرد را به گفتن این سخن می‌کشاند، که آن نویسنده غربی ناهمنوا می‌گوید:

«پایگاه دقیق هنوز با گمان و تردید همراه است اگرچه بسیاری از کشورهای

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. (بی‌تا. بی‌نا)

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

عرب، در مجموع، برای اجرای شرط داوری در قراردادها و توافقیهای داوری به قانونگذاری دست یازیده اند، با این همه، ممکن است این قوانین ناقض حقوق اسلام باشد و بتواند در دادگاههای شرع به هنگام اجرای داوری با چالش روبرو شود. اگرچه پیشنهاد نمی‌شود تا کشورهای عرب در توافقیهای خود با پیمانکاران بیگانه تخلف ورزند، زیرا ممکن است بر ضد مقررات حقوق بین‌الملل گام بردارند، با این همه می‌تواند درخور سفارش باشد تا شرط داوری در توافقیهای داوری، پس از پدید آمدن اختلاف، دوباره تأیید گردد تا از دشواریها به هنگام اجرای رأی داوری در يك دولت اسلامي پرهیز شود».^{۵۵}

چنین پیدا است که از میان مکاتب سنّی تنها مالکیان، گزینش داوری را فسخ‌پذیر می‌دانند. نگرش همگانی دانشمندان معاصر از مکاتب سنّی این است که اگر دادرس برگزیننده داوری، که از سوی دولت گمارده

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

شده است طرفین را از دادرسی دادگاه محروم کند، این گزینش فسخ‌پذیر نیست.^{۵۶} در اظهار نویسنده، این دیدگاه از نظر جهانی توسط غیرمسلمانان پذیرفته شده است و همراه با این پیشنهاد است که باید توافق داوری به‌هنگامی که اختلاف پدید آمده است به‌وسیله طرفین تأیید شود و بدین‌گونه، از نامعلومی (غرر) تهی گردد. باید در کار بازرگانی بین‌المللی دشواری‌هایی پدید نیاید. چنین می‌نماید 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 توافقهایی داوری را در قراردادهای بین‌المللی قید می‌کنند 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 می‌شود این همان مشکل واقعی است که با پرونده مهم شرکت نفت ماورای بحار تکس‌کو/ شرکت آسیایی کالیفرنیا علیه دولت جمهوری عربی لیبی Texco Overseas

۵۶. صالح، داوری بازرگانی، ص ۴۳.

Petroleum Company ~ California Asiatic Company v. the Government of the Libyan Arab Republic^{۵۷} ترسیم شده است که به خاطر ملی‌کردن به وسیله دولت لیبی پیش آمد و این کشور به شرکتهای گوناگون بیگانه امتیازهای نفتی اعطا کرد. داور، نظریه حنبلی را به کار گرفت، هرچند مکتب مالکی در لیبی رواج دارد.

۲

مسائل داوری

کامن‌لا تنها مسائل خاصی را شایسته رسیدگی با داوری می‌داند، ولی هرگز به نظریه‌ای کلی نرسیده است که چه دسته از اختلافها را می‌توان با داوری حل و فصل کرد و چه دسته‌ای را نمی‌توان.^{۵۸} تاکنون 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».^{۵۹} با این همه، این بیان مانند بیشترین اصول کامن‌لا، استثناهایی دارد و در اصل داوری تنها

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

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

۵۹. همان.

ابزار مناسبی برای حلّ و فصل اختلافهای بازرگانی و مالی است. کامنلا به این پرسش که کدامین اختلافها داوری‌پذیرند پاسخی شایسته نمی‌دهد. قوانین تازه هم راهگشا نیستند.

متون برجسته کامنلا در داوری نوین بازرگانی تنها يك و نیم برگ درباره این مسئله دارد که چه موضوعهایی داوری‌پذیرند.^{۶۰} 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 کامنلا قرارداد را بی‌اثر می‌سازد، داور ممکن است «جایی که خود توافق داوری با هر مسئله‌ای از قانونی نبودن تغییرناپذیر است»^{۶۱} صلاحیت داشته باشد.

در يك نگاه می‌توان گفت که در کامنلا همه موضوعاتی را که میان طرفین جنبه خصوصی دارد، یعنی خسارتهایی که در آنها جبران پولی درخواست می‌شود، به داوری سپرد.

۶۰. همان، صص ۱۵۰-۱۴۹.

۶۱. همان، ص ۱۵۰.

بر روی هم، چنان موضوعهایی نقض قرارداد را دربر می‌گیرد و (در گذشته) شامل تخلفهای تعهد ازدواج بوده است.^{۶۲} ادعا در مسئولیت مدنی یا شبه جرم (Tort)^{۶۳} شامل تجاوز و تعدی (Trespass) و افترا و هتك حرمت (defamation slander)^{۶۴} همگی داور پی‌پذیر به شمار آمده‌اند. در واقع، اگر توافق به داور امروزه با شرطهای به اندازه کافی گسترده نگاشته آید می‌تواند این صلاحیت را به داور بدهد تا در هر دعوی برخاسته از اختلافی در مسئولیت مدنی به تصمیم‌گیری پردازد.

نمونه تازه، پرونده شرکت دریانوردی *آسترو ونچندرسا علیه مان بانا آفتر گمبها* (Astro Compania v. Naviera SA v. Mabanafter Gmb H)^{۶۵} است که دعوی توقیف غیرقانونی یک کشتی، که دعوایی در مسئولیت مدنی بود، داور پی‌پذیر به شمار آمد، زیرا «کشمکشی برخاسته از جریان اجرای این بارنامه کشتی» دانسته شد. اگر عبارت به اندازه کافی گسترده

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.

باشد، حتی در مواردی تقلب را نیز می‌توان در قلمرو توافق و داوری قرار داد.^{۶۶} هرچند در بیشتر کشورهای کامن‌لا، دادگاه صلاحیت دارد تا که توافق داوری را بی‌اثر سازد و نیز می‌تواند اختیار داور را بشکند تا دادگاه عالی توان رسیدگی به موضوع تقلب را پیدا کند.^{۶۷} داور می‌تواند در اختلافات وابسته به زمین و دیگر اموال غیرمنقول^{۶۸} و نیز در اختلافهایی که به تفسیر وصیتنامه‌ها یا چه بسا مسائل ناب حقوقی مربوط می‌شود تصمیم‌گیری کند.^{۶۹}

با این همه، به دلایل روشن مسائلی که سرشت کیفری جدي دارند داوری‌پذیر نیستند. بیکن (Bacon)، حقوق‌دان قدیمی، می‌نویسد: «مبناهاي کیفری از این رو داوری‌پذیر نیستند که [بزهکاران] باید به‌خاطر مصلحت همگانی کیفر یابند».^{۷۰} ولی در گذشته نمونه‌هایی از سنخه‌های کیفری اختلاف به داوری ارجاع شده است. این وضع به‌خوبی چکیده شده است: «اگر

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

۶۷. نك. قانون داوری ۱۹۵۲، بند ۲۶ (۲) [مالزی].

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

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

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

بزه سرشتي همگاني دارد بر اثر توافق نمي‌توان آن را به سرانجام، که ختم رسيدگي مي‌باشد سوق داد.^{۷۱} موضوع در خصوص آن دسته بزهيهاي که قبلاً در رده جنايتها (Flonies) جا مي‌گرفت يا در دسته بزهي با سرشت همگاني است مصداق دارد. ولي «آنجا که يك سوي مصدوم، با دادخواست حقوقي يا كيفرخواست، حکم جبران خسارت در دست دارد، هيچ چيزي نمي‌تواند او را از مراجعه به داوري براي سازش جبران خسارتي که قرار است دريافت کند باز دارد، هرچند ممکن است پيگرد كيفري آغاز شده باشد».^{۷۲}

همه پرونده‌ها در اين زمينه کهنه‌اند. امروز اندیشه بر آن است که يك مسئله كيفري در کامن‌لا داوري‌پذير نيست چون اگر اجازه دهيم اينگونه مسائل به داوري کشيده شوند با سود و مصلحت همگاني در تعارض خواهد بود. گذشته از اين، بايد در نظر داشت که در پرونده‌هاي قديمي آنچه به داوري مي‌رسيد، مبلغ خسارت صدمه يعني ايراد ضرب بود که بزهي

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

۷۲. به نقل از قاضي گيبز در پرونده:

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

کیفري است و به پیگرد در دادگاههاي
کیفري می‌انجامد که همچنین مسئولیتی
مدني یا خطايي مدني است که حکم آن
جبران خسارت و یا پرداخت غرامت پولی
است.^{۷۳}

نمونه سنتي ولي کهن، پرونده بیکر
عليه تاون شند (Baker v. Townshend)^{۷۴} است که
بیکر تاون شند را به ایراد ضرب متهم
ساخت و تاون شند برآستي آن کار را
انجام داده بود. بیکر ادعا کرد که تاون
شند دوباره او را زده است. اختلاف میان
این دو در راستاي این ادعا پدید آمده
بود که هرکدام مدعي تصرف زميني بودند
که بر سر آن دعوي مالکیت داشتند.
موافقت شد تا همگی اختلافاتشان به داوري
کشیده شود. داور به پرداخت مبلغ ۱۰
پوند پول براي ایراد ضربها و ۵۰ پوند
براي هزینه دادرسي طرح رسیدگی کیفري به
سود بیکر رأی داد. تاون شند از پرداخت

۷۳. در کامنلا کیفرخواست براي ایراد ضرب و جرح را
نمی‌توان به داوري ارجاع داد،

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

دادگاه ملکه عقیده داشت که ارجاع يك کیفرخواست براي
گواهي دروغ یا به ظاهر براي تباني به داوري غیرقانوني
خواهد بود.

74. [1871] 1 Moore 120.

کشمکش‌زدایی با داوري در ... ❖ ۲۵۵

سر باز زد. بیکر خواستار اجرای رأی شد. ارجاع مورد اختلاف به داور قانونی و رأی صادره درست و خوب تشخیص داده شد. نتیجه آنکه در کامنلا 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 باز دارد. 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 کامنلا به حقوق مالکیت، مسائل وابسته به مبلغ اجاره بهای پرداختی در اجاره، امور مالی و بر روی هم، دیگر مسائل بازرگانی مدنی مربوط می شود. با این همه، کامنلا نسبت به این مسئله که چه چیزی داورپذیر است، پایگاهی بسیار گشوده و فراخ پذیرفته است.

برخلاف دیدگاه کامنلا، حقوق اسلام پایگاهی مثبت و محدودتر می پذیرد. قلمرو داور به روشنی محدود به اختلافهای خصوصی است و بالطبع در چارچوب حوزه های تجارت، حقوق مالکیت و تعارضهای مربوط

به مالکیت اموال قرار دارد هرچند تفاوت‌های کمرنگی میان عقاید مکاتب گوناگون وجود دارد. همیشه يك قلمرو بیرون از داوری دانسته می‌شود و آن هم جایی است که مسائلی به حق یا کیفر معین بستگی پیدا می‌کند، یعنی حقی خدایی (حقّ الله) است. به عنوان طرحی کلی می‌شود 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 می‌بندند) می‌توانند با رضا و رغبت در بست با آن موافقت کنند هرچند، این محدود است به حوزه‌های بازرگانی و داد و ستدهای مالی و اختلافات وابسته به مالکیت یا استفاده از اموال، به سخن دیگر، داوری نمی‌تواند به حوزه‌های عدالت کیفری، احوال شخصی، انحلال ازدواج و حقوق

اداري گسترش يابد».^{۷۰}

در میان مکاتب سنی تفاوتهاي نظري چندي در اين باره که چه چيزي داوري پذير است وجود دارد. مکتب حنفي در دیدگاه خود آزادمنشانه ترين است. نگرش کلي عمده آن مکتب را مي توان در مجله يافت که مقرر مي دارد:

«تعيين يك داور براي اموال متعلق به

حقوق مردم مباح است».^{۷۶}

به ديگر سخن، داوري محدود به حقوق شخصي است و روشن است که حد، که قانوناً قطعي و معين است، و قصاص نمي تواند موضوع داوري قرار گيرد.^{۷۷} در حقوق اسلام، اساساً داوري به مسائل مالي و تجاري که حقوق خصوصي و شخصي را دربرمي گيرند محدود است. اين با عمل کلي داوري بازرگاني غربي در صلاحيتهاي کامنلا هماهنگي دارد.

بر روي هم، مکاتب گوناگون حقوق اسلام به گستردگي به سوي آنچه داوري پذير

75. Amin, Commercial Arbitration, p. 37.

۷۶. ماده ۱۸۴۱، مجله (ترجمة تاسر).

77. Saleh, Commercial Arbitration, p. 47.

است گرایش دارند. مکتب شافعی داوری را در مسائل بازرگانی و مالی مجاز می‌دارد، ولی مانند مکتب حنفی اعتبار آن را در پرونده‌های حدّ و تعزیر نمی‌پذیرند. تنی چند از دانشمندان شافعی داوری را در پرونده‌های سرپرستی مجاز نمی‌دانند.^{۷۸}

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

حنبلیان آشکارا به داوری در مسائل مالی اجازه می‌دهند، ولی داوری در مورد قذف که البته مشمول حد است — تعزیر، پرونده‌های ازدواج و لعان را بر این پایه که «این مسائل در صلاحیت رسیدگی قاضی است»^{۷۹} مجاز نمی‌دانند. بیرون آوردن «ازدواج» از قالب داوری شگفت می‌نماید، بویژه که در قرآن پیرامون

۷۸. همان، ص ۴۸.

۷۹. همان.

موارد جدایی خانوادگی به آن راهنمایی و سفارش شده است.^{۸۰} 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 داور بالقوه گستردگی کمتری نسبت به نظامهای کامنلا دارد، ولی هر دو نظام در این بینش اتفاق نظر دارند که در اساس، داور در ماهیت، قراردادی و توافقی است. مفاد مجله در ماده ۱۸۴۴ این سخن را اعلام داشته است، که میگوید آنجا که دو داور یا بیشتر وجود دارند، تصمیم باید موافق باشد. مفاد ماده ۱۸۵۰ در پیوند با صلح نیز همینگونه 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 داور فسخپذیر است.^{۸۱}

رأی داور مؤخر بر موافقت ادلة

۸۰. نك. سورة نساء (۴/۳۵).

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

طرفین اختلاف است. در حقوق اسلام، داور صلاحیت کمتری از قاضی دارد، زیرا صلاحیت قاضی به هیچ‌رو به توافق دو سو [اختلاف یا قرارداد] وابسته نیست.

در کامن‌لا 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، دست‌آورد دیدگاه‌های متفاوت دانش حقوق است. در عمل بازرگانی، میان حقوق اسلام و کامن‌لا در این زمینه که چه مسئله‌ای در خور مراجعه به داوری است، تفاوت کمی نهفته است.

۳

شرایط داور

میان این دو نظام حقوقی در این زمینه تفاوت عمده‌ای هست. در کامن‌لا هر شخص طبیعی را می‌توان داور برگزید. در واقع، گفته‌اند که: «اگر طرفین اختلاف خود را به دست شخصی که شایسته این وظیفه نیست حل کرده باشند باید از

گزینش خویش چشم بپوشند».^{۸۲} برابر این مکتب فکری، در اصل صغیر واجد شرط داور شدن نیست. این نکته اختلافی است و عقیده بر آن است که در کامن‌لا کسی که به داور برگزیده می‌شود باید اهلیت قانونی داشته باشد و نباید دارای ناتوانی مانند بیماری‌های روانی که او را از انجام کارهایش باز می‌دارد باشد.^{۸۳}

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

بسیاری از قراردادهای بازرگانی غربی مشخص می‌سازند 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».^{۸۴} بعکس، ممکن است دو سوی

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 داور انجمن بازرگانی خوراک و حبوبات (GAFTA) همچنین مقرر می‌دارد که: «داور باید عضو یا کارمندی از عضو یک شرکت انجمن باشد».

قرارداد دسته خاصی از مردم را شایسته داور شدن برای خویش نشمارند. برای نمونه، مقررات داوری و مراجع‌های فدراسیون نفت (Rules of Arbitration and Appeals of the Federation of Oil Seeds and Fats Associations) و انجمن‌های بذر و روغن داوریه‌ها در آن رشته از تجارت است «مشاوران، کارگشایان یا هر یک از اعضای حرفه حقوقی» را از گزیده شدن به‌عنوان داور محروم می‌سازند.^{۸۵}

جایی‌که توافق داوری چنین شرایط یا نبود شرایط را با نهي بر ضد گزینش افرادی خاص پیشنهاد می‌کند، آن پیشنهاد نیاز باید نوشته شود، اگر آنها نباشند، بدین‌گونه، شخصی را که برگزیده‌اند در حقیقت به هیچ‌رو يك داور نیست. گزینش مورد نظر باطل است. هر «رأیی» که «داور» در نظر دارد صادر کند باطل و بی‌اثر است. دلیل آن این است که دو سوی کشمکش یا قرارداد با توافق خود همدستان شده‌اند یا تنها به رأیی احترام نهند که داوری شایسته و واجد

۸۵. به نقل از کتاب داوری بازرگانی بین‌المللی، نگاشته ردفرن و هانتر، ص ۲۱۳،

Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, p. 213.

شرط که در قرارداد خویش سپردن اختلاف‌هایشان را به او توافق داشته‌اند صادر کند.^{۸۶}

شخصی که به داورى انتخاب می‌شود باید پیوسته از داشتن هرگونه وابستگی و پیوند با دو سو یا موضوع داورى که او را نااهل از رفتاری بی‌طرفانه می‌سازد یا نشام می‌دهد رها و آزاد باشد. این همان است که عموماً گفته می‌شود داور باید از نفع و غرض یا سود و هواداری آزاد باشد. برای نمونه، ممکن است هواداری و غرض‌ورزی به دلیل پیوند میان داور و یکی از دو سوی اختلاف پدید آید. پرونده قدیمی در این زمینه، پارکر علیه بوروگز (Parker v. Burroghs)^{۸۷} است که دکتر تیتوس کیتس (Titus Qates) گمنام از خانواده‌ای که او را برای وعظ در مراسم تدفین دعوت نکرده بودند (تا بدین‌سان، برابر رسم متداول آن هنگام برای خدمات خود هزینه‌ای دریافت کند) با داور شدنش در اختلافی پیرامون وصیت شخصی مرده و اعلام باطل بودن آن وصیت، انتقام گرفت.

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

۸۷. تصمیمی از مجلس اعیان انگلستان، [۱۷۰۲] Colles 257.

غرضورزي و هواداري عملي از اين دست کمتر روي مي‌دهد، ولي هواداري و غرضورزي نمايان و آشکار کم نيست. دادگاههاي کامنلا گزينش يك داور را هنگامي باطل اعلام مي‌دارند که مدارك تأييد شده يك شخص متعارف را قانع کند که احتمال غرضورزي يا هواداري و طرفداري مي‌رود. در بينش کامنلا اين بر آن پايه استوار است که «دادگري هم بايد انجام گيرد، هم انجام آن بايد آشکارا ديده شود».^{۸۸}

بدین‌گونه، دادگاهها جايي دخالت کرده‌اند که شخص نامزد داوري پيوند کاري و تجاري رسمي و پيوسته با يکي از دو سو دارد،^{۸۹} درست مانند مواردی که در راستاي آموزش ارجاع داوري، هواداري نشان داده مي‌شود.

اساساً بي‌طرفي داور در کامنلا و به‌گونه‌اي کلي آن است که از داوري مي‌خواهد تا يك ضابطه و رفتار قضايي را در عمل به منشي قضايي و شنيدن نيکوي [اظهارات و ادعاهاي] طرفين اختلاف رعايت

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 يك شرکت وابسته)

کند. حتی در صورتی که هر کدام از دو سو یک داور را برگزیده اند که آنان نیز داور سومی یا گاهی یک سرداور برمی‌گزینند، پایگاه کامن‌لا چنین است:

«... داوران گزیده ... نباید خود را نمایندگان یا وکیل مدافعان شخصی که آنان را تعیین می‌کند به شمار آورند. هنگامی که نامزد می‌شوند آنان باید وظیفه تصمیم‌گیری بی‌طرفانه میان دو سو را انجام دهند و اگر به‌عنوان نمایندگان یا راهنماگیرندگان از هر سو، عمل کنند، به کارشان تبهکارانه خواهند نگریست».⁹⁰

جز آنجا که دو سو داشتن شرایط خاصی را برای داور تعیین کرده اند، کامن‌لا روشی بسیار آزادمنشانه می‌گیرد و در گزینش داور و موضوع صلاحیت گفته شده به دو سوی قرارداد یا اختلاف آزادی مطلق می‌دهد. تنها اگر شرایطی مثبت یا منفی مشخص شده ولی نگاشته نشده است، گزینش آن داور لغو و هرگونه رأی مورد نظر بی‌اثر خواهد بود. با این همه، هرکجا

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

داور برگزیده دارای شرایط بی‌غرضی یا بی‌طرفی بالفعل یا بالقوه نباشد، دادگاهها به درخواست طرف مورد تجاوز دخالت خواهند کرد و داور را از سمتش برکنار خواهند ساخت. پس، قوانین موضوعه کاملاً به دادگاهها این توان را می‌بخشند تا داور را برکنار سازند و هر رأی را که او داده است کنار نهند.

آنجا که داور «با خود یا دعوا، رفتار خلاف قانون کرده است».^{۹۱} در این متن، رفتار خلاف قانون دلالت ضمنی بر کار ناشایست جنسی ندارد: ممکن است یک بی‌قاعدگی آیین دادرسی یا ناکامی در پیروی از قانون یا به‌کار بستن آن باشد. در پرونده انگلیسی شوفیلد علیه آلن (Schofield v. Allen)،^{۹۲} برای نمونه، یک داور به‌خاطر انجام نادرستیها و لغزشهای جدی قانون، از داوری کنار زده شد. مقررات قانونی بسیار قالبی است. در بسیاری از دیگر اوضاع و احوال، آرای که بی‌قاعدگی آیین دادرسی داشته‌اند کنار زده شده‌اند یعنی، ری انوک، زارتسکی بوک و شرکا

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

92. [1940] 48 Sol Jnl 176.

(Re Enock and Zaretsky, Boch & Co.) داوري كه گواهان را بدون تراضي دو سو فراخوانده بود از داوري بركنار شد. جايي كه داور بيطرف نيست يا اختلاف درگير مسئله نيرنگ است، مقررات قانوني مختلفي كه اهميت عملي مهمي داشته باشد و جود ندارد. مقررات قانوني تنها شامل موردی ست كه توافق قرار است اختلافهاي آينده را به داوري ارجاع دهد. دادگاه، برابر مقررات، در مورد توافقيهاي كه يك اختلاف موجود را به داوري ارجاع ميدهد، با توجه به بيطرفي، ممكن است گفته شود طرفين با گزیدن داور از هرگونه اعتراض به هواداري او چشم پوشيده اند توان دخالت ندارد.

نبودن هر پيشنيز در كامنلا كه داور بايد واجد شرط باشد در هرحال به نظر نميرسد بر رواج داوري كه اساساً يك روش مورد اتفاق براي حل و فصل اختلافها است، اثر گذاشته باشد. كامنلا يك دیدگاه را ميگيرد كه اگر دو سو ميخواهند كه داور در روشي بهخصوص واجد شرط باشد، آنان بايد آن را در توافق خویش بگنجانند. پذيرفته شده است كه اين در كامنلا اگر

نه در عمل، بالقوه مسکوت است، اگرچه گفته شده است که:

«[اختلافها] که ممکن است به ... داوري ارجاع شوند بسیار گونه‌گون و بی‌شمار است که بهتر است که برای آن قاعده همگانی مانند نوع شخصی که باید یا نباید برای عمل به‌عنوان يك داور برگزیده، وضع کرد، هر طرف باید ذهن خویش را برای شرایطی بیاراید که از داور مورد اعتماد کامل خود می‌خواهد».^{۹۳}

حقوق اسلام، با این همه رویکرد بازار آزاد کامن‌لا را نمی‌پذیرد. حقوق اسلام مقرر می‌دارد که داور باید بویژه دارای شرط باشد، زیرا حتی اگر داوران دلبخواه برگزیده شده‌اند، آنها انجام دهندگان يك وظیفه قضایی به شمار می‌آیند، با آنکه تنها صلاحیتی محدود دارند. شرایط مورد نیاز يك داور هم منشی شخصی است و هم دینی. همگی مکاتب اسلامی حقوق تأکید می‌ورزند که داور باید دارای شرایط يك دادرس یا قاضی مسلمان

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

باشد. این بدان معناست که داور، مانند قاضي، باید خداترس و عادل باشد و باید شایسته گواه بودن در دادگاه حقوق باشد: به سخن دیگر، او باید عادل باشد. در مجله، که يك قانونگذاری حقوق اسلامي است، بویژه که با دیدگاههای مکاتب حنفی همسوست و در روزگار عثمانیان میان ۱۸۶۹ و ۱۸۷۶ میلادی نوشته شده است، شرایط یا ویژگیهای يك قاضي چنین اند:

- (الف) قاضي باید فهيم، درستکار، امین، شکیبا و استوار باشد؛
- (ب) باید آگاه به حقوق اسلام و آیین دادرسی باشد؛
- (ج) «ضروري است که قاضي 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 يك صلاحیت قضایی باز می‌دارد، واجد شرایط نمی‌داند.^{۹۴}

این قواعد به‌گونه‌ای یکسان داوران

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

را دربر می‌گیرد و در مکاتب سنی حقوق هفت شرط امری‌اند. در مکتب شیعه «این شرط نیز اساسی است که باید [داور] شیعه باشد».^{۹۰} هفت شرط پذیرفته شده عبارتند از:

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 به‌عنوان یک قاضی به دادرسی دست یازد. مسائل وابسته به حد و قصاص در حقوق اسلام داورپذیر نیستند. در نتیجه، در عقیده حنفی یک زن شایستگی دارد تا در مسائل مدنی، مالی و بازرگانی به داور بنشیند. با این همه،

۹۰. ماده ۱۷۹۲،

گفته اند که: «در این مسألت حنفی بیشترین حقوقدانان و وکلای دادگستری و کسانی که کار حقوق می‌کنند، سهم نیستند».^{۹۶}

۲. بالغ مسلمان

همگی مکاتب حقوق بجز 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 مسألت بیشتر نتیجه گرفته اند که هرگاه

۹۶. به نقل از جواهرالکلام محمدحسن نجفی: «همگی شرایطی که در یک قاضی مسلمان لازم است درست یک داور هم باید دارا باشد، با در نظر گرفتن این حقیقت که داور نیاز به اجازه ویژه امام (رهبری) ندارد.

S. H. Amin, Commercial Arbitration, p. 78.

يکي از دو سوي درگير، مسلمان باشد مي‌توان يك نامسلمان را در پرونده‌ها و قضيه‌هاي بازرگاني- و نه احوال شخصي و حقوق خانواده- قاضي يا داور برگزيد.^{۹۷}

حقوق موضوعه امروز در برخي از کشورها هوادار اين نگرش است. براي نمونه، در مصر، برابر ماده ۵۰۲ قانون مدني و آيين دادرسي بازرگاني^{۹۸} تنها صغار، محجوران، ورشکستگان به تقصير و بزهکاران محکومي که از حقوق مدني محروم شده‌اند، شايسته پرداختن به داوري و داور شدن نيستند. هيچگونه محدوديتي نسبت به جنس يا دين وجود ندارد. شرايط مقرري بسيار عملي است و بر اين اندیشه‌اند که بينش حنفي، به‌گونه‌اي که در قانون مصري آشکار است بايد فراوان بر آن چيره گردد. اين دیدگاه با عمل بين‌المللي که يکي از دو سوي انعقادکننده قرارداد نامسلمان است و داور يا داوران به دست عضوي بين‌المللي مانند اتاق بين‌المللي بازرگاني در پاریس يا كانون منطقه‌اي داوري در

97. Saleh, Commercial Arbitration, p. 36.

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

کوالامپور، 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 حواسّ او نقصی باشد، اگرچه امین، که در حقوق شیعه مینگارد، دیدگاهی وارونه دارد.^{۹۹} هرچند آمده است که این عقیده درست نیست، ولی بیان شده است که:

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

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

100. Amin, Commercial Arbitration, p. 104-805. A. A. Fyze, "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 به‌گونه‌ای 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 به‌گونه‌ای که در مسائل دینی و جهانی رفتاری درخور احترام داشته باشد.^{۱۰۱} 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 برابر عقیده حنفی، يك داور بازرگانی

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

لازم نیست عدالت داشته باشد، زیرا صلاحیت رسیدگی او محدود است و «رأی نهایی او بستگی به تأیید حقوق اسلام (شریعه) دارد که يك قاضي مسلمان تعیین می‌کند».^{۱۰۲} 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:

«هیچ‌کس نمی‌تواند گواه باشد مگر يك فرد آزاد، بالغ، عاقل مسلمان، و سرزنش‌ناپذیر و دارای منش جدی و نه مشمول برگمانی... منظور از مرد بامنش جدی کسی است که رفتار او در میان معاصرانش الگو باشد و همشهریانش از او پیروی کنند».^{۱۰۳}

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 می‌شود به رسمیت

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.

می‌شناسد.^{۱۰۴} پس از آنکه ناتوانی رخ می‌دهد، داور دیگری را باید جانشین ساخت. تهی بودن از نقصهای بدنی که رفتار داور را واپس می‌اندازد یا باز می‌دارد، اساسی است.

۷. دانایی در حقوق اسلام

بیشتر مکاتب تأکید می‌ورزند که قاضی، در اینجا داور، باید به حقوق اسلام آگاهی و دانایی داشته باشد. بدین‌سان، شافعی تسنن می‌گوید که:

«چنین اختیار و اقتداری را می‌توان تنها به کسی که قرآن و سنت و همگی متنهای وابسته به فقه را درک می‌کند پیوند داد؛ و به کسی که، گذشته از این، می‌داند آیا این متنها برجستگی همگانی یا ویژه‌ای دارد یعنی (مطلقاً یا مقید) آیا هنوز نیازمند تفسیرند یا نه؛ آیا دیگر متنها را نسخ می‌کنند یا خود به‌وسیله متنهای بعدی نسخ شده‌اند یا نه (ناسخن یا منسوخ) آیا حدیثی خاص بر پایه سلسله ناگسسته‌ای

104. Saleh, Commercial Arbitration, p. 38.

از راویان استوار است یا نه (مُسند است یا مُرسل)؛ آیا اصل حدیث به یاران پیامبر (بر او درود باد) برمی‌گردد یا تنها به نسل نخست پس از او و آیا سند راویان قوی است یا ضعیف».

این به کمال روشن می‌سازد که تنها یک دانشمند را می‌توان در مکتب شافعی قاضی یا داور برگزید. شیعه نیز با این نگاه و نگرش همسوست و بیشتر مکاتب دیگر نیز آن را پذیرفته‌اند. بار دیگر، با این همه، یادآوری می‌کنیم که حنفیان دیدگاهی با دقت کمتر انعطاف بیشتر را نیز می‌پذیرند و بویژه می‌گویند که یک مرد ناآگاه را می‌توان برگزید زیرا او می‌تواند از دانایان بخواهد به او یاری رسانند.^{۱۰۵}

در این مورد، این نکته آمده است که چون داور به کار و وظیفه دادرسی می‌پردازد باید از حقوق اسلامی آگاهی داشته باشد (که حقوق اسلام به‌کار بسته خواهد شد) و از او انتظار دارند تا

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

برپایه دانش خود از حقوق تصمیم گیرد.
برخلاف نرمی‌پذیری دیدگاه کامن‌لا که شرایط ویژه برای داوران به‌عنوان 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 يك قاضي و نیز يك داور باید دارا باشد.

داور حقوق اسلام باید شخصی باشد با منش عالی و سرزنش‌ناپذیر، مردی با رفتار میانه‌رو و احترام‌آمیز و باید تا صدور رأی خویش همچنان بماند و بپاید. تبعیض ناگهانی داور نسبت به خود، حتی در زندگی خصوصی‌اش او را از دارا بودن شرایط داور می‌اندازد. او باید نه از احساسات خود و نه هواداری از يك طرف پیروی کند و نه از شخصی بترسد. قاضي یا داور نباید بد اخلاق و تند یا ستیزه‌جو باشد. او نباید به‌هنگام خشم یا سستی برخاسته از روزه‌های غیرواجب یا تحت تأثیر گرسنگی و تشنگی تصمیم‌گیری کند و قدرت‌ش را نشان دهد. او باید آرام، خونسر و خوددار و بی‌طرف باشد. شرایط مطلوب و والایی هست که در هر داور یا

قاضي كه پيوسته به منش و روش قضايي رفتار مي‌كند وجود دارد. در اساس، هيچ‌كس نبايد در فضيلت يا شايستگيهاي قاضي يا داور به خود دودلي راه دهد.

۴

ادله و آيين دادرسی در داوری

به‌گونه‌اي همگاني، در قوانين داوري كشورهاي كامن‌لا مقررات آيين دادرسي خاص وجود ندارد. چون مقررات ثابت آيين دادرسي وجود ندارد ممكن است يك داوري به شيوه‌هاي متفاوت انجام گيرد كه از يك داوري با مدافعات كامل يكسان با يك دادرسي كامن‌لا به يك داوري «مدارك به تنهائي» گذر مي‌كند آنجا كه رسيدگي شفاهي وجود ندارد، بلكه تنها به ادله و بررسي كتبي و سپردن‌هاي اختلافات. به تنها اصل بنيادين كه داور پايبند است، به‌كار بستن قانون سرزمين است؛ او توان جديدي از قانون را ندارد.

همچنين اختلافات بايد برابر اصول اختلافات بايد برابر اصول دادگري طبيعي، كه به معنای يكسان‌نگري به دو سوي 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.

يك متن آمرانه که در نظر گرفته است يك داوري باید برابر اصول حقوقی انجام گیرد، مگر عکس آن توافق شده باشد، بیان می‌دارد که در نتیجه، داوری معمولاً به يك رسیدگی شفاهی می‌پردازد، و باید به طرفین برای رسیدگی و فرصت متعارفی برای حضور، تقدیم کردن دلیل و استدلال دعوی خود اخطار شود.^{۱۰۶}

اینها شالوده‌هاست و پایگاه همگانی را به شایستگی خلاصه می‌کنند.

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،^{۱۰۷} ولی در آغاز این سده دادگاههای انگلیسی ناگزیر بودند که اعتبار شرط داوری کدخدانمی را در نظر

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.

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 هیچوجه 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»^{۱۰۸} چون به داور خطاب می‌کند که آنچه خوب است تصمیم گیرد تا به‌کارگیری قانون حاکم.

در سال ۱۸۸۸، در بخش فرانسوی‌نشین کانادا، که قانون حقوق نوشته را در برابر کامن‌لا به‌کار می‌گیرند، هیأت قضایی شورای همایونی ناگزیر بود تا در پرونده‌ای اعتبار شرط کدخدامنشی را در نظر گیرد. مقامهای لرد (Lordships) بر آن بودند که برابر قانون حاکم، چنین شرطی درست است. آن تصمیم در محتوای خود اعتراض‌پذیر نیست، ولی تصمیم شورای همایونی (Privy Council) به سود آینده است زیرا مقامهای لردی آنها از ماهیت چنان

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

شرطي بحث كردند و عقیده داشتند كه يك داور، حتي مطابق نظام كامن‌لا، در برخي از اوضاع و احوال مورد خطاب، جدای از مقررات خشك قانون قرار می‌گیرد.^{۱۰۹} لُرد سلبرن (Selborne) در آن پرونده گفت:

«بی‌گمان، مقامهای لردی پیش از آنکه عقیده پیدا کنند كه [آن معافیت از کاربرد قانون] خطاب به كدخدامنشان برای درنظر نگرفتن قانون است، در داد و ستدهایشان و داوری‌پذیری داد و ستدهایشان با دو سو، بسیار دودلی نشان دادند، ولی این جدایی باید اثری بخردانه بدان داده باشد و كمترین اثر بخردانه‌ای كه به عبارت داده است، اینکه آنان از رعایت آن قواعد حقوقی خشك معاف شده‌اند، رعایت نكردنی كه در کاربرد عبارات نتیجه‌اش بیش از بی‌قاعدگی نیست ... و كدخدامنشان بودن و در هرچیزی پایبند قالب دقیق و قاعدگی برای اقدام نبودن، هرچند همان‌گونه كه مقامهای لردی آنها فرض می‌كردند، آنها ملزم به اقدام برابر

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

قواعد ذاتي عدالت بودند ...»^{۱۱۰}.

با این همه، پیشنهاد عالیجناب به زودی به دست دادگاه توانای پژوهش در پرونده چرنیکو علیه روث/ شمیدت و شرکا^{۱۱۱} (Czarnidow v. RothSchmidt & Co.) بسختی محکوم گردید، جایی که یکی از مقررات يك انجمن بازرگانی مقرر می‌داشت که همگی مسائل قانون برخاسته در داوری باید به وسیله داوری تصمیم‌گیری می‌شد 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 می‌کوشید تا صلاحیت سلسله مراتب عادی دادگاهها را استثنا کند. قاضی لرد بیکس (Baxes) می‌گفت که آن ضرورت داشت:

«... تضمین‌کردن اینکه قانون اعمال

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

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

شده توسط يك داور در ذات قانون
سرزمين است و نه قانون ساخته ميهن
داور بخصوصي يا انجمن [بازرگاني]
خاص، چشم پوشيدن از تسلط واقعي و
مؤثر بر داور بازرگاني است و اينكه
به داور اجازه دهند ... تا قانون
خودش باشد ...»^{۱۱۲}.

از اين بينش در پرونده هاي بعدي
پيروي شد.^{۱۱۳} به تازگي اگرچه حكمهايي در
انگليس وجود داشته است كه نشان مي دهد
ديدگاه وارونه اي درخور توجه است. براي
نمونه، در پرونده شرکت بیمه ستاره
عقابي عليه شرکت بیمه يووال (Eagle

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

اگرچه آيين دادرسي بيان شده پرونده در داوريهاي
انگلستان الغا شده است، اما در مالزي به موجب بند ۲۲
از قانون داوري ۱۹۵۲ هنوز به كار مي رود. برابر آن
مقررات، داور مي تواند، و در برخي از موارد بايد،
پرونده اي را كه عقیده دادگاه در مسائل قانون مربوط به
داوري بيان شده است به ديوان دادگاه عالي بسپارد. اين
شرط در حقيقت بيشتر به وسيله طرفي كه جريان يك داوري
را به تاخير مي اندازد به كار گرفته مي شود. آيين دادرسي
همانندي در انگلستان به سال ۱۹۲۲ اجرا مي باشد.
۱۱۳. به نظر نمي رسد اين نكته در انگلستان يا مالزي
آزمایش شده باشد ولي پرونده هاي انگليسي شامل

Orion Cia Espanola de Seguras v. Belfort Masstshappy [1962] 2 Liloyd's Rep 257.

كه براي اين بينش، كه يك توافق براي تصميم گيري برابر
حقوق بين الملل، معتبر و صحيح است، مرجع مي باشد. نك.
ماستيل و بويد، داوري بازرگاني بين المللي، ص ۸۱، براي
نقد اين پرونده.

❖ ۲۸۵ کشمکش دايي با داوري در ...

StarInsurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd) ۱۱۴ بند
داوري به داوران سفارش مي‌کرد تا «
برابر يك انصاف تصميم بگيرند تا دقيقاً
يك تفسير حقيقي از شرط اين توافق».
در دادگاه پژوهش، لرد دنينگ
(Denning)، رئيس دادگاه پژوهش— که دو
قاضي لرد گاف (Goff) و شاو (Shaw) با او
همنوا بودند— مي‌انديشيد که اين بند
کاملاً متعارف و صحيح است. مقامهاي لرد
بر آن بودند که اين بند در جستجوي
صلاحيت دادگاهها نبوده تنها در جستجوي
مقررات فني تفسير قرارداد بوده است.
با اين همه، وضع روشن نيست ۱۱۵ و
بينش سنتي (و درست پذيرفته شده است)
اين است که کدخدامنشي، شرطهاي «انصاف»
يا کدخدامنشانه (ex aequo et bono) در کامنلا
باطل است و داور ملزم به کاربرد قانون
است و نه رفتار بر پايه ذوق خویش. ۱۱۶

۱۱۴. [۱۹۷۸] 357 Lloyd's Rep از پرونده ستارة عقابي (Eagle Star) در پرونده

Home Insurance Co. v. Administratia Asigurator de Staat [1983] 2 Lloyd's Rep 674

بيروي شد، ولي به نظر نمي‌رسد که بيرون از صنعت بیمه،
پذيرشي همگاني به دست آورده باشد.

۱۱۵. براي نمونه، نک. پرونده:

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

۱۱۶. براي بحثي عالي در زمينه کدخدامنشي نک. گفتار:

R. H. Christie, "Amiable Compostion in French and English Law", in (992) 58 Arbitration 259.

مسئله 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 دعوا های حقوقی به کار می رود به کار گیرند یا تنها مقررات کیفری یا مدنی را به کار بندند؟ در یک درسنامه (Text book) برجسته این قضیه در حقوق انگلیس چنین بیان شده است که: «داوران به وسیله همان قواعد برگه و بررسی که دادگاه های حقوق به کار می برند، ملزم می شوند، مگر دو سوی اختلاف بر چیز دیگری توافق کرده باشند».^{۱۱۷} چنین پیدا است 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 داوریه های موضوع حقوق انگلیسی نبوده است. آن قضیه از منابع اثبات می شود، و پذیرفته شده است که به منظور روشن ساختن وضع، شرط

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

[استثنای مشخص شده بازتاب سرشت توافقی داور است].

خاصي بايد مقرر شده باشد که داوريها تنها موضوع قواعد دادگري طبيعي‌اند و نه موضوع قواعد تکامل‌يافته براي بهره‌گيري در دادگاه...»^{۱۱۸}.

بينش عمده در انگلستان اين است که قواعد آيين دادرسي عادي، داوران را ملزم مي‌سازد، مگر طرفين داوران را از رعايت آنها معاف کرده باشند. در مالزي بند ۲ قانون ادله اثبات (Evidence Act) ۱۹۵۰ بيان مي‌دارد که مقررات اين قانون شامل هيچکدام از دعوهايي که نزد يك داور است نمي‌شود. همين وضع در هند است و بدين‌گونه، در هر دو کشور (مالزي و هند) نيازي به پيروي از قواعد دقيق قانوني در دعوهاي داوري نيست. با اين همه، بايد گفت که در عمل، داوران بازرگاني به عادت در هر دو کشور از اين قواعد متعارف پيروي مي‌کنند. اين‌گونه تصور مي‌شود که داور در مالزي و هند از صوابديد گسترده‌تري برخوردار است تا در انگلستان. اگرچه در اين کشور به دو سوي اختلاف اجازه مي‌دهند تا موافقت کنند که

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

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 مطمئن‌ترین عمل، پیروی از قواعد برگه و بررسی است که به وسیله خرد قضایی و آفرینش قانونی در سده‌ها تکامل یافته است.

در تعیین قواعد آیین دادرسی درخور اجرا، در کامن‌لا «خودمختاری طرف» اصلی راهنماست که باید پیروی شود. برابر نظام کامن‌لا داور حتماً ملزم به پیروی از آیین دادرسی دادگاه عالی نیست.^{۱۱۹} در عمل، بیشتر داوریهایی بازرگانی بومی عمده از جریان عادی آیین دادرسی یک محاکم در دادگاه پیروی می‌کنند، ولی داور ملزم نیست تا از قواعد مفصل دادگاه که برای منظوری متفاوت طرح شده اند، پیروی کند. در داوریهایی بازرگانی بین‌المللی، بیشتر، آیین دادرسیهای گوناگون به کار می‌رود.

هر آیین دادرسی که در داوریهایی به کار رود، همیشه قاعده اساسی این است که بار اثبات قضیه یا ادعا بر دوش کسی است که

۱۱۹. یعنی، در مالزی قواعد دیوان عالی، ۱۹۸۰

دعوي طرح مي‌کند: «هرکس ادعا مي‌کند که بايد اثبات کند». اين به معنای آن است که در نخستين وهله مدعي [خواهان] دعوي خویش را شروع مي‌کند گواهان و ديگر دلايل را ارائه مي‌دهد. وقتي دعوي خواهان بسته شد، اگر خوانده بخواهد دليل اقامه کند و گواه آورد، او دعوايش را شروع مي‌کند و بر دعوي طرف ديگر با ارائه دليلي که بر آن تکیه دارد پاسخ مي‌دهد. در پايان، خوانده سراسر دعوا را آن‌گونه که مي‌بيند خلاصه مي‌کند، و خواهان ممکن است حق پاسخگويي و خلاصه کردن تصور خویش از دعوا را داشته باشد. البته، بسياري از داوران بين‌المللي (و در واقع برخي از بوميان) از قواعد مقرر آيين دادرسي پيروي مي‌کنند؛ ارجاعي به چنين قواعد بيشتر در خود توافيق داوري يافت مي‌شود. ۱۲۰

قوانين داوري گوناگون گام‌ها را به گونه‌اي گسترده با قدرت دادگاه عالي مربوطند تا دستورهاي در تکميل قدرتهاي داور بدهند؛ چنين مقرراتي بالطبع

۱۲۰. براي نمونه، در مالزي قواعد داوري مؤسسه مهندسان، مالزي، که با ارجاع به سپردن خود داوري که شامل ضابطه قرارداد مهندسي ساختمان است، يکي است.

حمایت‌کننده است و به خود داور قدرتهای خاصی هرچند اندک می‌بخشند. چون چنین مقرراتی، چه مربوط به آیین دادرسی یا چیز دیگر، به داوران نمی‌بخشد، بیشتر اندیشه آن است که شکاف عمده‌ای در حقوق وجود دارد.

همان‌گونه که تجزیه و تحلیل آینده می‌کوشد نشان دهد، در کامن‌لا داور به وسیله خلأ ناشی از آیین دادرسی رسمی و پیش‌نیازهای ادله آشکار مشخص است. تنها قاعده زرین این است که داور همیشه باید قواعد دادگری طبیعی را رعایت کند و به روشی قضایی و یک‌بی‌طرفی 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.^{۱۲۱}

دوباره در حقوق اسلام، این وضع برخلاف کامن‌لاست. در حقوق اسلام روشن است که هم قانون شکلی و هم قانون ماهوی درخور اجرا در داور، شریعت حقوق اسلام خواهد بود که رعایت آن بر گروندگان

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

دستوري و الزامي است. اگر داوران صالح با عدالت رفتار کنند، داوريهاي حقوق اسلام به خاطر دلالت ضمني ديني و اخلاقي مربوط، نبايد دستاوردهايي بيداگر به بار آورد. برخلاف کامن‌لا که در اين زمينه مهم، معلوم نيست. براي هرگونه اختلاف كوچك ميان دانشمندان مکتبه‌هاي گوناگون حقوقي در اسلام هيچ‌گونه ابهامي وجود ندارد.

هرچند حقوق اسلام مفهوم کدخدانوشي حقوق نوشته را به رسميت نمي‌شناسد،^{۱۲۲} ولي مفهوم صلح، که حل و فصل يا سازش است به‌خوبي تکامل‌يافته است و داوري آشتي‌جويانه اجازه داده شده است و در واقع در موارد ناسازگاري خانوادگي بدان رهنمون گرديده است.^{۱۲۳}

هدف صلح رهايي از اختلافات است و صرفاً در اثر خود شكلي نيست.^{۱۲۴} از نظر ادبي، اين اصطلاح به معنای آشتي و سازش، گسستن يا ايستاندن کشمکش يا تيرگي و ستيز است؛ ولي از نظر حقوقي قراردادي است که يك اختلاف يا دعوا را ميان دو

122. Amin, Commercial Arbitration, p. 36.

۱۲۳. نك. سورة نساء (۴ : ۳۵).

124. Schacht, Islamic Law, p. 148.

سوي اختلاف خاتمه مي‌دهد يا دور
مي‌سازد. ۱۲۰

بدین دلیل، در مجله شرطي هست که به
داور اجازه مي‌دهد تا در اوضاع و احوال
معین، آشتي ترتيب دهد. این در ماده
۱۸۵۰ دیده مي‌شود که مقرر مي‌دارد:

«اگر دو سويي که داوران را
برگزیده‌اند به داوران اجازه دهند تا
سازش و آشتي ترتيب دهند، اگر آنان
مناسب مي‌بینند، این ترتيب از رهگذر
آشتي و سازش به وسیله داوران کار خوبي
است. پس اگر یکی از دو سويي از
داوران را براي حل اختلاف از رهگذر
آشتي وکیل خویش تعیین کرده است و طرف
دیگر هم داور دیگری برگزیده است و
داوران برابر دستورهاي نگاشته شده
این کتاب درباره سازش ترتيب آشتي و
سازش دهند، یکی از دو سوي اختلاف
نمی‌تواند پذیرش این ترتيب و سازش را
رد کند».

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

نویسنده یادآور می‌شود که: «هرکدام از دو سوي قرارداد
(المتعاقدين) يك صلح‌آفرين يا سازشگر است (مُصلح).

چنین پیدا است که صالح در بحث از این شرط آن را با کدخدانمنشی یکسان می‌داند.^{۱۲۶} در حقیقت، این صلح است که در ماده ۱۵۳۹ بحث شده است و «دستورهای نگاشته شده درباره سازش» به نقل قول پیش مربوط می‌شود.

ماده ۱۵۵۶ اهمیت ویژه‌ای دارد چون یک قرار صلح صحیح را فسخ‌ناپذیر می‌سازد.^{۱۲۷} صلح، با کدخدانمنشی که بر پایه مفهومی بسیار گسترده و رها استوار است فرق دارد، چون چنین رأی «خواستار بازتاب انتظار دو سوی دعوا به هنگام بستن قرارداد است و آنچه منصفانه است در مفهومی بسیار همگانی به هنگامی است که اختلاف پیدا می‌آید».^{۱۲۸} در واقع، همان‌گونه که صالح خود می‌پذیرد، برابر آیین دادرسی صلح «داوران» برخلاف کدخدانمنشی کاملاً از (فرشته صلح) آزاد نیستند، از تعهد اجرای قواعد شریعه یعنی قانون جدا و رها نیستند،^{۱۲۹} درحالی‌که کدخدانمنشان این‌گونه پایبندی

126. Saleh, Commercial Arbitration, p. 57.

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

128. Ibid.

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

ندارند. در واقع، نکته‌ای بنیادین است. قانون درخور اجرا در يك داورى اسلامى همیشه شریعه را ملزم می‌سازد. درست است که شماری از کشورهای خاورمیانه با قانون موضوعه از اصول دقیق و دستورهای شریعه در زمینه داورى جدا شده‌اند، ولی این جدایی بر نکته همگانی گفته شده اثر نمی‌نهد. عقیده اساسی این است که شریعه (هم قواعد ماهوی و هم قواعد شکلی آن) باید در وضع يك داورى مانند موارد غیرداورى به‌کار رود.

این پایگاه بخوبی به‌وسیله نویسندگانی که از او بازگو کردیم - سمیر صالح - خلاصه شده است:

«اصل اساسی، که به روشنی به‌وسیله مکتب حنفی تشریح شده است، کاربرد دستوری هر دو قواعد شکلی و ماهوی شریعه است. نویسندگان حنفی بیشتر در این‌باره سه قاعده دقیق‌برگه و بررسی در حقوق اسلام را طرح می‌کنند: گواهی، اقرار و انکار (بیّنه، اقرار، نکول) ... نویسندگان مالکی، شافعی و حنبلی معمولاً کاربرد قواعد برگه و بررسی را یاد نمی‌کنند. مالکیان بر تأیید رأی

کشمکش‌زدایی با داورى در ... ❖ ۲۹۵

همواره با قواعد آموزش مالکی، بدون جدایی میان قواعد شکلی و ماهوی پافشاری می‌ورزند. اگرچه حنبلیان پا می‌فشرند که هر قاضی (یا داور) مسلمان ناآگاه بر قاضی نامسلمان برتری دارد، از قواعد شکلی و ماهوی در زمینه داوران بحث نمی‌کنند».^{۱۳۰}

ناگفته پیداست که قواعد شکلی که باید اجرا شود شامل همه قواعد ادلّه اثبات دعواست و اینها برخلاف وضع در کامن‌لا به دقت اجرا می‌شوند. در داوریهایی بازرگانی، مدارک مستند، مسئله مهمی است زیرا بیشتر قراردادها همگی یا بخشی از آنها نوشتنی و کتبی است.

اسلام مدارک مستند را به رسمیت می‌شناسد و می‌پذیرد: قرآن شامل اشاره‌هایی فراوان به برگه و بررسی (ادلّه اثبات) به‌گونه‌ای همگانی و به مدرک نوشته به‌گونه‌ای ویژه است. مهمترین آیه در این زمینه را می‌توان در سوره بقره یافت که خداوند سبحان می‌فرماید:

«ای کسانی که گرویده‌اید هرگاه با هم

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

داد و ستد کردید و تا مدتی معین دینی و تعهدی بر عهده شما افتاد، آن را بنویسید. باید میان شما نویسنده‌ای دادگر باشد، مبادا که نویسنده از نگارش سرپیچد، همان‌گونه 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 می‌شود و بخش نخست آن از داد و ستدهایی که به پرداخت آینده می‌پردازد سخن می‌گوید. بخش دوم از داد و ستدهایی گفتگو می‌کند که پرداخت و دریافت بی‌درنگ و فوری است. اگرچه دیدگاه‌های رنگارنگی به وسیله حقوق‌دانان مکتب‌های گوناگون بیان شده است، پیشنهاد می‌شود که این آیه دستور آشکار قرآنی برای این بینش است که در هر دعوای مدنی، شامل یک دعوای بازرگانی با سرشت بازرگانی، مدرک نوشته، شکل مهمّ اثبات است، هرچند اثبات و دلیل قطعی نیست.

دلیل و مدرک نوشته قالبی از بی‌بینه است که به معنای هرچیزی است که به

کشمکش‌زدایی با داوری در ... ❖ ۲۹۷

روشن‌سازی حقیقت می‌پردازد. يك حقوقدان معاصر مسلمان^{۱۳۱} به ما گفته است که برخی از دانشمندان در برداشت خود از بیّنه مفهومی محدودکننده دارند. برخی از حقوقدانان آن را با گواهی یکسان می‌دانند. در نگاه نویسنده، عقیده بهتر در روزگار کنونی این است که بیّنه یعنی: «هرچه وجود يك حق را روشن می‌سازد یا شرح می‌دهد یا نشان می‌دهد و نشان دادن آنچه نزد [داور] وجود دارد ... این دیدگاه که معنای لفظی بیّنه 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، هرچند بیشتر حقوقدانان حنفی و مالکی، همراه با برخی از شافعیان آن را به‌عنوان دلیل قطعی و نهایی نمی‌پذیرند. با این همه، مدرک و دلیل نوشته در داوریهای اسلامی کاربردی

۱۳۱. برای بحث در این نکته نك. صالح، داوری بین‌المللی، صص ۴۶-۶۶. نتیجه نویسنده این است که برابر حقوق اسلام مدارک شخصی خودشان دلیل کافی نمی‌سازند، بلکه باید به وسیله برگه و دلیل و شفاهی، سوگند یا اقرار تأیید شوند در کاملاً هم این وضع به گسترده‌گی چنین است.

گسترده دارد و به آن بها و سنگینی شایسته‌ای داده شده است.^{۱۳۲}

برگه و بررسی (ادله) و آیین دادرسی در جایی است که شکافی گسترده میان حقوق اسلام و کامن‌لا وجود دارد. نخستین دقیق است درحالی که دومین کاملاً سهل‌انگار است. ولی در عمل و در حقیقت اندکی از قواعد داورى شریعه، داورى اسلام را از يك داورى انجام شده برابر کامن‌لا بسیار متفاوت می‌سازد. قواعد برگه و بررسی و آیین دادرسی در دو نظام تفاوت دارند، ولی این اثری تعیینی بر داورى به‌عنوان شیوه‌ای برای کشمکش‌زدایی در کشورهای اسلامی و کشورهای کامن‌لا 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 قضائی

بسه تصمیم داور «رأی» (Award)

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

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

کشمکش‌زدایی با داورى در ... ❖ ۲۹۹

می‌گویند که معمولاً سندی نوشته شده است، هرچند یک رأی شفاهی فراهم شده موافق با شرایط سپردن [اختلاف] به داور و ابلاغ شده به طرفین، اجرا خواهد خواهد شد.^{۱۳۳} در پرونده مالیزیایی درباره یک داور میان محمد ابراهیم و کوشی محمد (Mohamed Ibrahim and Koshi Mohamed)^{۱۳۴} وزیر دادگستری، (Rose) یادآور شد که اصطلاح «رأی» اصطلاح فن نیست، و تنها سؤال این است که آیا قرار مورد بحث به یک تصمیم می‌رسد. 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 می‌کند— می‌پردازد، و با اجازه دادگاه عالی، درست بسان یک حکم یا قرار دادگاه، با توجه به مقررات قانونی اجرا می‌شود.^{۱۳۵}

«یک رأی صحیح به یک خواهان پیروز حقّ نوینی به اقامه دعوی می‌دهد، به جای حقّی که ادعایش بر پایه آن استوار

133. [1963] 29 MLJ 32.

134. در مالزی بند ۲۷ از قانون ۱۹۵۲ داور نک. Willsden Local Board and Wrigth [1892] 1 KB 73 6.

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

با این همه، اگرچه پیشنیازهای برای تشکیل رأی که صحیح باشد در کامنلا وجود ندارد، پیشنیازهای متکی به خود و ذاتی وجود دارد که باید کامل، معین، استوار، اقناع‌کننده و قطعی باشد. رأی باید کامل باشد بدین‌معنا که باید به همه مسائل سپرده شده به داوری بپردازد، و آنها را حل کند.^{۱۳۷} در واقع، لازم نیست که به هر موضوع در اختلاف جداگانه بپردازد، و رأیهای سفید کاملاً رایج است. در کشورهای کامنلا بجز انگلستان آوردن ادله در رأیها معمول نیست، ولی در انگلستان از هنگام اجرای قانون داوری ۱۹۷۹، رأیهای مستدل باب شده است. تعبیرهای فنی لازم نسیت^{۱۳۸} و هر شکلی از عبارتها که به تصمیم در مسئله مورد اختلاف برسد، این کار را انجام خواهد داد. در یک پرونده قدیمی، برای نمونه،

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.

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 می‌دهد»، یک رأی نهایی و قطعی دانسته شده است.^{۱۳۹}

رأی باید روشن و واضح باشد بدین مفهوم است که تصمیم در عبارتها و کلمات خود روشن باشد. به‌گونه‌ای که هیچ شکی نسبت به آنچه طرفین باید انجام دهند وجود نداشته باشد. دادگاه از اجرای رأی که روشن و مشخص نیست خودداری خواهد ورزید، همان‌گونه که در پرونده شرکت خوراک کنسرو شده مونتروز علیه شرکت (بازرگانان) اریک ولز Montrose Canned Foods Ltd. v. Eric Wells (merchants) Ltd. چنین کرد، آنجا که رأی صرفاً داد باخته را به پرداخت ضرر و زیانها بدون گفتن اینکه چه مبلغ باید می‌پرداخت، رهنمون می‌کرد. با این همه، دادگاه به هیچ رو توان تغییر یا اصلاح رأی را ندارد؛^{۱۴۱} تنها می‌تواند آن را کنار نهد یا آن را به داور واگذارد تا برابر مقررات قانونی

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

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

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

مربوط بازبینی کند. رأی همچنان باید درخور، اقناع‌کننده و استوار باشند. اگر رأی ناستوار باشد، به دلیل ابهام، بد دانسته شده است.^{۱۴۲} «اگر نتایج داور آشکارا با یافته‌های او یا مطالب مقدماتی استادش سازگار نباشد، برآنند که این رأی بد خواهد بود».^{۱۴۳}

همچنین رأی باید قطعی و نهایی باشد و اگر نباشد، دادگاه یا آن را برای رسیدگی برمی‌گرداند یا آن را نقض می‌کند. رأی نهایی اشاره به داور دارد و بدین‌گونه داور باید درباره همگی مسائل تصمیم بگیرد یعنی او نباید برخی از آنها را برای تصمیم‌گیری به شخص سومی واگذارد.^{۱۴۴}

در مالزی بند ۱۷ قانون داور ۱۹۵۲ می‌گوید که: موضوع هر قصد صریح برخلاف توافق داور، هر چنین قراردادی گمان می‌رود دارای شرطی است که رأی داور «باید قطعی و برای دو سوی اختلاف و کسانی که ادعایی در مورد آنان دارند،

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 داور ۱۹۵۲ [مالزی].

الزام آور باشد». با این همه، رأی «
قطعی» به معنای آن است که: «
پژوهش‌ناپذیر باشد و بستگی به قدرت
دادگاه دارد که رأی را برای رسیدگی
برگرداند یا برابر دیگر مقررات نقض
کند». ۱۴۰

درهم آمیختگی بالقوه‌ای وجود دارد
زیرا بند ۱۵ قانون ۱۹۵۲ به داور این
توان را می‌دهد تا آنچه «رأیهای موقت»
(Interim Awards) نام دارد صادر کند، مگر
توافق داور به جز آن مقرر دارد. رأی
باید به‌عنوان یک رأی موقت روشن شده
باشد و در واقع ناپایداری وجود ندارد
زیرا یک رأی موقت ممکن است سرانجام به
مسئله‌ی بپردازد که به دیگران حل و فصل
بعدي را وامی‌نهد. یک رأی موقت همچنین
ممکن است راجع به مسئله‌ی مقدماتی، یعنی
مسئله‌ی مسئولیت باشد، سپس رأی بعدي تنها
به میزان خسارت و هزینه‌ها خواهد
پرداخت. این شیوه و فن برای صرفه‌جویی
زمان و پول معمولاً به‌کار می‌رود و ممکن
است برای تصمیم‌گیری مسائل و پرونده‌های
فوری نیز از آن بهره‌برند.

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

بدین‌گونه، کامن‌لا برای یک رأی نیازهای رسمی وضع نمی‌کند، و لی دادگاه قدرتهای قانونی گسترده‌ای در پیوند به داوری دارد، اگرچه «پافشاری دادگاه برای بهره‌گیری از آنها تنها پشتیبانی از داوری است و نه دخالت در آن».^{۱۴۶}

گذشته از قدرتهای پشتیبانی، که با توجه به قاعده داور بیشتر بحث شده است، واریسی قضائی به راههای گوناگون اعمال می‌شود. برای نمونه، اگرچه بند ۱۷ داوری مالزیایی ۱۹۵۲ اعلام می‌دارد که: رأی داور «قطعی و بر دو سو لازم‌الاجراست»، دادگاه ممکن است رأی را به داور برگرداند تا بر پایه ادله 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 به‌گونه‌ای نامناسب فراهم شده است رأی را نقض کند،^{۱۴۷} همچنین، ممکن است اگر رأی مشخص یا قطعی نباشد یا بر پایه قراردادی

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

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

غیرقانونی صادر شده باشد نقض گردد.^{۱۴۸} شکلهای دیگر واریسی قضائی، شامل آیین دادرسی با مورد ویژه برای توانا ساختن مسائل قانون که برابر بند ۲۲ قانون داری ۱۹۵۲ است به وسیله دادگاه حل گردد.^{۱۴۹} این برای آن است که در یک نگرش، البته در نهایت داور برای اختلافاتی که به مسائل قانون می‌پردازد شایسته نمی‌باشد، ولی باید گفت که بازرگانان ترجیح می‌دهند تا از داور برای حل و فصل اختلافات بازرگانی بهره گیرند و در روزگار کنونی گرایش دادگاههای کاملاً بر دخالت هرچه کمتر در داور بوده است، هرچند همیشه چنین

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

۱۴۹. نک. ماستیل و بوید، داور بازرگانی، فصل ۲۹. «واریسی قضائی: 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».

نمی‌بود. ۱۵۰

سرانجام، در سالهای اخیر داوری در کامن‌لا به‌گونه‌ای فزاینده از دادگاهها، که کارشان به‌گونه‌ای گسترده وظیفه‌ای پشتیبانی‌کننده و اصلاحی است، مستقل شده است. داوری کامن‌لا به‌گونه‌ای 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 می‌اندازد، توان دادگاه برای این کار در مالزی در بند ۶ قانون داوری ۱۹۵۲ گنجانده شده است.

بدین‌گونه، در یک پرونده برجسته مالزیایی، خواهانها سندی کتبی صادر کردند و خواندگان درخواست توقف آن را کردند چون آن اختلاف می‌توانست داوری شود؛ چون شرطی راجع به داوری در قرارداد وجود داشت. قاضی (راجه اصلان‌شاه) مستندات را مورد بازبینی قرار داد هرچند که در نتیجه، توقف را رد کرد، این اصل همگانی را فشرده وضع کرد:

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

«اکنون برعهده این یعنی خواهان که می‌خواهد داور را پس‌زند می‌باشد تا دادگاه را متقاعد سازد که ادله خوبی برای پرونده وجود دارد تا [در دادگاه] رسیدگی شود... دادگاه صلاحی‌دهی ملغی‌کننده در این مسئله دارد که برابر سرشت متغیّر پرونده‌های گوناگون تقدیمی، عمل شود» نک. پرونده داور علی‌ه سیمپسون

Vawdrey v. Simpson [1896] 1 Ch 166, p. 169. (per Chittyj...)¹⁵¹

اگرچه در حقوق اسلام، داور قرار دادی است، و بینش این است که رأی دارای سرشتی قضائی است و مسائل میان طرفین را که اعتبار امر مختوم می‌یابد حل و فصل می‌کند. از دیدگاه مکتب حنفی، این صفت بر نیروی الزام‌آور قرارداد استوار است.^{۱۰۲}

در حقوق اسلام رأی‌های داور موضوع همان قواعد رسمی احکام دادگاه‌هاست و در عمل کتبی‌اند. هرچند متنی نیست که کتبی بودن رأی را لازم بدانند، در واقع، بیان

۱۰۱. مجله، ماده ۱۸۴۲، نک.

Ahab, "The Moslem Arbitration Law", Vol. 1, p. 383.

152. Saleh, Commercial Arbitration, p. 47.

شده است که:

«تأیید رأی برابر عقیده حنفی و امکان
ابطال رأی مسلتزم وجود سندی کتبی است
که درخور مجاب شدن، تأیید ابطال یا
الغای به وسیله قاضی باشد».^{۱۵۳}

با این همه، تأیید رأی به وسیله
قاضی اجباری نیست^{۱۵۴} و دیگر مکاتب این
شرط را تحمیل نمی‌کنند. در این زمینه،
میان حقوق اسلام و کامن‌لا تفاوتی نیست.
یک سند کتبی برای اثبات و دلیل ضروری
است. به نظر می‌رسد که برابر اصل همگانی
شریعت اسلام دو گواه باید امضای داور را
در رأی گواهی کنند. حال آنکه در کامن‌لا
امضای داور، عرفاً و نه به ضرورت
به وسیله یک شخص گواهی می‌شود. از دیدگاه
صالح،^{۱۵۵} محتویات خود رأی به چهار پاره
بخش می‌شود:

در رأی صادره معمولاً چکیده‌ای از
اختلافات طرفین؛ یافته‌های واقعی داور؛
استدلال وی با ارجاع به حقوق اسلام و

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

154. Saleh, Commercial Arbitration, p. 74.

۱۵۵. برای نمونه نک. ماده‌های ۱۸۴۲، ۱۸۴۸ و ۱۸۴۹ مجله.

کشمکش‌زدایی با داور در ... ❖ ۳۰۹

تصميم عملي او نگاشته مي‌شود. هرچند كه در اين زمينه، قواعد اين دو نظام با هم فرق دارند. دیدگاه بيشتتر مکتبها اين است كه رأي داور همانند حكم قاضي اثر الزام‌آوري دارد و همين‌كه داور آن را صادر كرد الزام‌آور مي‌شود.^{۱۵۶} در واقع، مالكيان و حنبليان بر اثر اعتبار امر مختومه بودن رأي داور تأكيد مي‌ورزند ولي اقليتي از دانشمندان شافعي برآنند كه براي الزام‌آور شدن اثر رأي، همگامي و تراضي دو سوي اختلاف لازم است.^{۱۵۷}

برابر قواعد شكلي معمولي حقوق اسلام، رأي درخور اجراست ولي مانند كامنلا، اجرا به دست دادگاه انجام مي‌گيرد. در اين باره جالب است يادآوري كنيم كه يك نويسنده اين وضع را چنين بيان داشته:

«اگر لغزشي رسمي وجود داشته باشد، قاضي ممكن است اجراي رأي را رد كند و حتي ممكن است اگر اشتباهي آشكار يا بي‌عدالتي در رأي ديده شود يا برخلاف نظم عمومي باشد، دادرس آن را

156. Saleh, Commercial Arbitration, p. 76.

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

نقض کند. این درجه دوم رسیدگی و دادخواهی نیست، بلکه واریسی رأی است».^{۱۵۸}

هرچند در آغاز چنین نمی‌نماید که این مورد با نظام کامن‌لا ناهمانند 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 شخص دیگر واگذار و به او نمایندگی دهد. اگر این قواعد بنیادین شکسته شوند، دلیلی خواهد بود برای نقض رأی.^{۱۵۹}

«از سوی دیگر، رأی بر ضد بستگان نزدیک پذیرفته شده است».^{۱۶۰}

۱۵۸. الهدایة، (ترجمة همیلتون)، ص ۳۴۴.

159. Saleh, Commercial Arbitration, p. 80.

۱۶۰. قانون شماره ۱۳ سال ۱۹۶۸، نك.

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

صالح، داوری بازرگانی، فصل ۱۳ و احمد س. القرشی، «داوری در مصر»، در گردشکار نخستین کنفرانس منطقه‌ای

به این پایگاه در متون حقوق اسلامی اشاره چندانی نشده است و دخالت قضایی بر پایه اصول همگانی حقوق اسلام پابرجاست. به دیگر سخن، ممکن است رأی بر پایه همان دلیلهایی مورد چالش قرار گیرد که حکم يك دادگاه قرار می‌گیرد. آیین دادرسی، تقدیم دادخواست را برای نقض رأی داور پیش‌بینی می‌کند.^{۱۶۱} 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.

برای نمونه، در مصر در قانون آیین دادرسی مدنی بازرگانی ۱۹۶۸،^{۱۶۲} قدرت دادگاه برای دخالت در يك داوری به کمترین اندازه کاهش یافته است، ولی

عرب، قانون وکلای بین‌المللی، قاهره، ۱۹-۱۵ فوریه ۱۹۸۷، ج ۱، ص ۱۶۹.

۱۶۱. مجموعه، ماده ۵۰۸.

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

پیش‌شرط اجرای هر رأی آن است که باید در مدت پانزده روز در دادگاه بماند.^{۱۶۳} پژوهش رسمی از رأیها وجود ندارد،^{۱۶۴} ولی ممکن است شماری از پرونده‌ها در دادگاه مناسب، دوباره دادرسی شوند:

(الف) جایی‌که ادعای نیرنگ مؤثر در رأی شده است؛

(ب) جایی‌که رأی بر پایه گواهی دروغ صادر گردیده است. دروغ بودن گواهی باید از نظر قضایی اثبات شود؛

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

(هـ) دیگر بی‌قاعدگی‌های وابسته به آیین دادرسی.^{۱۶۵}

اینها مقررات خاص قانونی‌اند که سرشت اسلامی ویژه‌ای ندارند - مقرراتی که

163. Saleh, Commercial Arbitration.

164. Schach, Islamic Law, p. 195.

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

بر پایه اصول بنیادین و کلی عدالت استوارند. در اسلام يك رأي داوري ممكن است به همان روش يك حكم دادگاه مورد چالش قرار گیرد و اگر صلاحیت داور به گونه ای، برای نمونه با زمان، (همان گونه 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 يك 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: «تأکید قانون شکلی اسلام در رسیدن به حقیقت به همان اندازه فراوان است که به کارگیری قواعد رسمی خاص».^{۱۶۶} شریعت بر روح قانون تمرکز دارد و نه الفاظ آن و این در داوری کمتر از دیگر زمینه ها نیست. این اصل در قلمرویی که اکنون بحث می شود مهم است.

اگرچه میان حقوق اسلام و کامنلا

166. Saleh, Commercial Arbitration, p. 25.

اختلاف کمی است، ولی روی همه نکته‌های اساسی با توجه به خود رأی همانندی وجود دارد. چون بیشتر فقیهان به داوری به‌عنوان یک رسیدگی کمی برخلاف صلاحیت کلی قاضی نگاه می‌کنند، در حقوق اسلام چه‌بسا احتمال دخالت قضایی بیش از کامن‌لا است. «در واقع نهاد داوری در حقوق اسلام بسختی به قاضی وابسته می‌ماند. در هر دو نظام، داور در چارچوب قانون عمل می‌کند، رأی 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 به‌کار برد، ولی از دیدگاه نگارنده تفاوت اساسی وجود ندارد.

رسیدن به حقیقت ماهوی و رها شدن از دعوی بی‌انتهای 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 گردش‌کار و دادرسی داوری

دشواریهای خاصی را طرح نمی‌کند. با این‌همه، در این گفتار کوشیده است تا نشان دهد که میان قواعد حقوق اسلام و کامن‌لا در پیوند با داورى تفاوت‌هایی هست. دستاورد نگارنده این است که این تفاوتها به‌گونه‌ای 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 زیرفشار بیگانه اجرا می‌شدند و با مقررات شریعت اسلامی متفاوت بودند، به‌گونه‌ای 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 دستکم به‌عنوان ساختار بنیادین برای هر قانونگذاری اسلامی که از داورى گفتگو می‌کند شایسته نگرش است. در این روزها

که جهان به چهره يك «دهکده جهاني»
درآمده است و قراردادهاي داد و ستد،
دستور کار روز است غريبان نامسلماني که
در کشورهاي اسلامي سرگرم بازرگاني اند
نباید به علت تفاوتها، واقعي يا تصويري،
ميان حقوق اسلام و کامنلا هراسي از
بيعدالتي به دل راه دهند.