



واکاوی ابعاد و مولفه های قواعد حاکم بر داوری تجاری اقتصادی بین المللی در حقوق ایران و فقه

اسلامی

فیروزه شاه حیدری^۱، صالح خدری^۲، شاپور فرهنگ پور^۳

^۱ دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران. / ^۲ دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

^۳ استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد صفادشت، دانشگاه آزاد اسلامی، صفادشت، ایران.

^۴ استادیار، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۷ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۳/۱۷

چکیده

هدف از پژوهش حاضر، واکاوی ابعاد و مولفه های قواعد حاکم بر داوری تجاری اقتصادی بین المللی در حقوق ایران و فقه اسلامی می باشد. فلسفه تحقق و وضع داوری در شریعت و حقوق اسلام و حتی حقوق بین الملل این است که این نهاد حقوقی - مدنی بتواند بدون تشریفات اداری و دادرسی محض و فارغ از هر گونه اجبار حقوقی و قضائی و صرف وقت و زمان طولانی در راستای حل منازعات و فصل خصومت های خصوصی، ملی و بین المللی در سایه رضایت طرفین یا افراد ذینفع یک قرارداد یا کنوانسیون یا حتی خانواده و غیره برآید و منشاء آثار شود، حال آثاری که از این عمل حقوقی محقق می شود بمثابة شرایط ضمن عقد محسوب، که متعاقبین یا متعاملین با طیب نفس و اراده آنرا پذیرفته و از باب اصل فلسفی و عقلی حاکمیت آزادی اراده و از باب اوفوا بالعقود، اوفوا بالعهود، المومنون عند شروطهم به نتایج آن پایبند باشند و از طرفی این تاسیس حقوقی مثبت این موضوع است که دولت و سیستم قضائی تنها مرجع رفع خصومت و حل و فصل و رتق و فتق دعاوی و منازعات نیست بلکه اشخاص یک جامعه یا جوامع متفاوت می توانند طبق تراضی و توافق حاکم و قاضی در دعاوی و روابط مدنی خود باشند. ضمن اینکه این مرجعیت را تابع حدود و ثغور و شرایطی می دانند. در برخی از کتب فقهی، فقهایی مانند شیخ طوسی و مرحوم نجفی باب مستقلی تحت عنوان "كتاب الصلح" به بیان جزئیات داوری و حتی تنظیم موافقتنامه داوری "صلحنامه" را مطرح کرده و مقوله داوری تجاری را تشریح نموده اند. نهاد داوری در فقه اسلام تحت عنوان حکمیت مطرح شده است. آیات قرآن کریم و روایات معصومین دلالت بر مشروعیت نهاد داوری در همه معاملات و مالا در تجارت بین المللی دارد. باتوجه به تعریف فقها از قاضی تحکیم و تعریف داوری توسط حقوقدانان و قانون داوری بین المللی می توان گفت مفهوم داوری در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه است.

واژه های کلیدی: داوری تجاری بین المللی، نظم عمومی، فقه اسلامی

مقدمه

امروزه داوری تجاری یکی از شیوه های حل اختلاف و فصل خصومت تخصصی و سریع محسوب می شود که به طرفین اختلاف امکان می دهد بدون مراجعه به دادگاه بتوانند فرد یا افرادی را که مورد اعتمادشان هستند، برای حل و فصل انتخاب کنند. ماهیت این شیوه حل اختلاف اگرچه کم و بیش در حقوق مورد بررسی قرار گرفته اما از نظر فقهی کمتر مورد بحث حقوقدانان قرار گرفته است این درحالی است که فقهای امامیه بدان توجه خاص و مبسوط مبذول داشته اند. داوری در فقه نوعی قضاوت محسوب می شود و به حکمیت یا تحکیم معروف است و داور را حاکم یا قاضی تحکیم می نامند: «القاضی نوعین، القاضی المنصوب و القاضی التحکیم» در ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ نیز همین عنوان به کار رفته است. متخصصان حقوق اسلامی در مورد قلمرو داوری اتفاق نظر ندارند. برخی از فقها برای موضوعات قابل ارجاع به داوری محدودیتی قائل نیستند. شهید ثانی در مقابل گروهی از فقهای شیعه قابلیت تحکیم موضوعات کیفری مانند حکم به حبس و دیگر مجازات را عموماً و حدود الهی را که طالب معین ندارد خصوصاً، مورد تردید و تشکیک قرار داده اند. به هر تقدیر آنچه مسلم است این است که همه فقهای شیعه در مورد قابل داوری بودن دعاوی مالی و بازرگانی اتفاق نظر دارند. در حقوق اسلامی اعتقاد بر این است که همه شرایط لازم برای قاضی منصوب برای قاضی تحکیم نیز ضروری است. تنها استثناء، لزوم وجود اذن از سوی امام یا فقیهی که حکومت به دست اوست، می باشد؛ بنابراین در این زمینه به نظر می رسد که با احکام داوری تا حدی تعارض دارد. درعین حال برخی از حقوقدانان سعی نموده اند با توسل به مسائلی از قبیل قواعد لاجرح یا (الضرورات تبیح المحظورات) یا مصلحت نظام این مشکل را رفع نمایند.

یکی از وظایف کمیسیون آنسیترال (کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد) تدوین قواعد راجع به داوری تجاری بین المللی به شکل یک قانون نمونه است. مقصود از قانون نمونه این است که آنسیترال، یک قانون در رابطه با داوری تجاری بین المللی تدوین کرده است که این قانون به خودی خود برای هیچ کشوری الزام آور نیست اما اگر کشوری آن را تصویب نماید، قانون مزبور در محدوده آن کشور لازم الاجرا می شود. قانون نمونه آنسیترال با این هدف تهیه شده است که کشورها با پیروی از آن، قانون داوری تجاری بین المللی خود را نیز به همین نحو تهیه و تصویب نمایند و بدین ترتیب، قواعد داوری تجاری بین المللی در تمام دنیا یا لاقلاً در بخش قابل توجهی از آن، یکسان شود. سوال اصلی در این مقاله این است که مبنای فقهی و حقوقی نهاد داوری در فقه اسلامی و حقوق بین الملل چیست؟ بر این اساس، ابتدا مبنای فقهی داوری تجاری بین المللی و سپس مبنای حقوقی نهاد داوری در تجارت بین الملل را مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

مفهوم داوری در فقه اسلامی

داوری در فقه «تحکیم» نامیده می شود. وقتی دو یا چند نفر در امر مالی یا غیر مالی دعوا و اختلاف پیدا می کنند و با هم توافق می کنند که برای فیصله دادن به اختلاف، فردی را به عنوان حاکم و داور انتخاب و اختلاف 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 می نامند، یعنی قاضی ای که با تحکیم و انتخاب دو نفر متخاصم برگزیده شده است (طوسی، ۱۴۱۸ق: ۲۴۱). داور را در فقه، قاضی تحکیم گویند، یعنی کسی که از طرف مردم، به تراضی طرفین دعوا و بدون امام به مرافعه رسیدگی می کند. اشتراک داوری با قضا در رأی و حکم، زمینه تصور اتحاد آن دو و شباهت داوری در واگذاری حل اختلاف به نظر داور با وکالت، صلح و کارشناسی، موجب تصور اتحاد و یگانگی داوری با عنوانهای یاد شده گردیده است (محمدی گیلانی، ۱۳۶۰: ۶۲)، در صورتی که با وجود شباهت داوری با آنها، تفاوت هایی نیز وجود دارد:

۱. قاضی در قضاوت از طرف حاکم منصوب می‌شود، اما داور در داوری از سوی افراد انتخاب می‌شود،
۲. قاضی در عموم اختلافات می‌تواند قضاوت کند و حکم صادر نماید، اما حکمیت محدود به مواردی است که دو طرف نزاع به داوری رضایت دهند و داور انتخاب کنند،
۳. در قضاوت، قاضی به هنگام انشاء حکم، با طرفین نزاع مشاوره نمی‌کند، اما در حکمیت، داوران نظر خود را با مشاوره طرفین اختلاف ارائه می‌دهند،
۴. حکم قاضی اصولاً قابل نقض نیست، مگر در صورتی که خلاف آن ثابت شود، اما رأی داوران با نظر اطراف نزاع هر لحظه قابل تغییر است (دوری قحطان، ۱۴۰۵ق: ۲۷-۳۰).

با توجه به ماهیت داوری که از یک سو در جهت رفع اختلاف با مسئولیت و اختیارات خاص است و از سوی دیگر این رفع اختلاف موجب آشتی دو طرف می‌شود، توهم اتحاد بین داوری و صلح و آشتی در زمینه شکل و اغراض شده است، در حالی که با وجود شباهت‌هایی مانند: وجود عقد در حکمیت و صلح، هماهنگی در رفع خصومت و آشتی بین افراد طرف دعوا، تفاوت‌هایی نیز وجود دارد، محل عقد در حکمیت، التزام به عدم طرح نزاع در قالب قضاوت است، ولی مورد صلح، سازش و آشتی مسالمت‌آمیز و مستقیم نسبت به مورد نزاع است و محتوای آن صرف نظر افراد و اطراف مورد اختلاف از حقوق مورد ادعاست (دوری قحطان، ۱۴۰۵ق: ۳۳).

در حکمیت به مجرد قطعیت توافق بر تحکیم، نزاع پایان نمی‌یابد، بلکه پایان نزاع بستگی به اقدامات عملی طرف‌ها در جهت اصلاح براساس رأی و نظر داوران دارد، برای حل اختلاف، این حکم داوران است که برابر مقررات نفوذ قهری دارد، اما در صلح به مجرد صرف نظر کردن هریک از دو طرف از حقوق یا بخشی از حقوق، اختلاف به آشتی منجر می‌شود و نزاع پایان می‌یابد (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۶: ۱۷۶)، اگرچه، این ادعا بدون انشاء یا صدور حکم اثر توافق به صورت طبیعی و قهری تا زمانی که در شکل عقد رسمی تحقق پیدا نکند، می‌تواند قابل تنفیذ نباشد، زیرا متعاقدين عقد تحکیم و صلح در زمینه ضمانت اجرایی عقد، می‌توانند هرگونه شرایطی را وضع نموده تا آنجا که حکمیت و صلح و یا هر عقد دیگر از اهداف اصلی نیز دور شود (محمد جمال، ۱۹۹۸م: ۱۹).

در فقه اهل سنت مشروعیت داوری مورد اختلاف است. فخر رازی و غزالی مشروعیت نهاد داوری را قبول ندارند زیرا معتقدند که دلیلی برای اعتبار حکم داور وجود ندارد (محمدی گیلانی، ۱۳۶۰: ۶۲) البته شافعی با استناد به یک نظر فقهی، حکمیت را مشروع می‌داند (شافعی، بی‌تا: ۲۱۳) اما فقهای امامیه قائل به مشروعیت نهاد داوری بوده و به منابع ذیل استناد می‌کنند:

الف- کتاب

گروهی از فقها به آیه مربوط به وجوب امر به معروف و نهی از منکر (آیه ۱۰۴ سوره آل عمران) استناد می‌کنند. این آیه دلالت بر وجوب امر به معروف دارد و معروف عبارت است از عمل نیکویی که فراتر از حسن ذاتی حسن دیگری داشته باشد که انجام دهنده آن عمل را بخاطر آن ستایش کنند (طوسی، ۱۴۱۸ق: ۵۴۹). امر به معروف همه مصادیق معروف را شامل می‌شود و طبیعی است که هر گامی که در جهت ایجاد صلح و آشتی میان انسان‌ها برداشته شود، از مصادیق معروف می‌باشد.

گروهی دیگر از فقها به آیه مربوط به داوری در اختلاف زوجین یعنی آیه ۳۵ سوره نساء استناد کرده‌اند. با توجه به صیغه امر موجود در آیه شریفه "فابعثوا" اعزام داور واجب است. دلالت امر به وجوب، اصلی ثابت و پذیرفته شده در اصول فقه است. آیه ۹ سوره حجرات نیز یکی دیگر از مبانی قرآنی نهاد داوری می‌باشد. نکته جالب در این آیه این است که خداوند متعال دخالت مسلمین در حل و فصل خصمه را به درخواست طرفین محاصمه موکول نمی‌کند بلکه از مسلمانان می‌خواهد که

۱. "ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويامرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و اولئك هم المفلحون"

۲. "و اون خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها اين يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان كان خيرا"

۳. "و اين طائفتان من المومنين اقتلوا فاصلحوا فان بينهما فان بغت احدهما علي الاخرى فقاتلو التي تبغي حتي تقي ء الي الامر الله"

خودشان در این مساله پیشقدم شوند. در این آیه خداوند متعال، اصلاح میان مومنان را از حالت مخاصمه فراتر برده و دستور می دهد رابطه میان مومنین را اصلاح کنند (فانی، ۱۳۹۴: ۶۱-۶۲).

ب- سنت

از مصادیق سنت به عنوان یکی از منابع فقهی در خصوص داوری می توان به قضیه سعد بن معاذ در سال چهارم هجری اشاره نمود. در بحبوحه جنگ خندق، قبیله بنی قریظه در مدینه، پیمان خود با مسلمانان را زیر پا گذاشته و علیه مسلمانان اعلام خصومت کردند. با شروع درگیری، جنگجویان این قبیله شکست خورده و به محاصره سربازان اسلام درآمدند و چون توان مقابله را در خود نمی دیدند، عاقبت داوری سعد معاذ را پذیرفتند. سعد در حالتی که مجروح و بیمار بود، از چادر خود به طرف محل بنی قریظه رفت و برخلاف انتظار طایفه اش که هم پیمان بنی قریظه بودند، حکم کرد که سزای مردان جنگجوی بنی قریظه قتل است و اموالشان باید تقسیم گردد، کودکانشان اسیر گردند و پیامبر (ص) فرمود: «به درستی حکم خدا و رسولش را در مورد ایشان صادر کردی و مطابق حکم الهی رأی دادی» (ابن اثیر، ۱۴۲۲ق: ۳۱۵).

روایات زیادی در خصوص تجویز و حتی توصیه داوری وارد شده است به نحوی که شیخ حرعاملی در کتاب وسائل الشیعه بابی تحت عنوان استحباب صلح و سازش باز کرده و در آن باب به جزئیات داوری پرداخته است (حرعاملی، ۱۳۸۹ق: ۴). حدیث نبوی "اصلاح ذات البین افضل من عامه الصلاه و الصیام" به داوری توصیه نموده و همچنین حدیث نبوی دیگر "الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا" مستند روایی مقوله داوری می باشد (ترمذی، بی تا: ۱۶۲).

ج- عقل

برای مشروعیت داوری به حکم عقل با چند بیان استدلال شده است:

۱. افراد بر سرنوشت خود اختیار داشته و برای استیفای حقوق خویش ولایت دارند، استفاده از این ولایت، متوقف بر امکان برخورداری از حق انتخاب داور است. انتخاب داور از سوی افراد، از باب ولایت انسان در استیفای حقوق خویش است و بدون حق انتخاب داور برای انسانها، استیفای حقوق ممکن نیست (وکیلان - نوربخش، ۱۳۹۶: ۲۲).
۲. افراد در اختلافات با یکدیگر، می توانند با مراجعه به فتوا و نظر فقهی، کارشناسی، توافق کنند که نظر و فتوای خاصی را مالک حل اختلاف قرار دهند، که این در واقع و ماهیت، نوعی پذیرش داوری است.
۳. محدود کردن حل اختلافات به شیوه قضاوت و عدم جواز داوری، موجب عسر و حرج در میان مسلمانان می شود، زیرا برای بسیاری از افراد، به ویژه در مناطق دوردست، مراجعه به قاضی ممکن نیست و یا مشقت آور است (محمد جمال، ۱۹۹۸م: ۲۵).

د- اجماع

از دلایل مهم مشروعیت داوری، اجماع است. شیخ طوسی بر جواز داوری، ادعای اجماع نموده است: «اذا تراضي نفسان برجل من الرعيه يحكم بينهما، وسأله الحكم بينهما، كان جائزا بالخالف، فاذا حكم بينهما لزم الحكم وليس لهما بعد ذلك خيار...». در مسالک و کفایه نیز ادعای عدم اختلاف شده است (طوسی، ۱۴۱۸ق: ۴۱۶-۴۱۸).

مبانی داوری تجاری در حقوق بین الملل

در مورد این موضوع که چه زمانی داوری بین المللی محسوب می شود، در نظام های مختلف حقوقی معیار واحدی وجود ندارد، مثلا برخی از نظام ها داوری را زمانی بین المللی می دانند که لاقلا یکی از طرفین اختلاف در خارج از آن کشور اقامت داشته باشند؛ مانند سوئیس (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۷۰). برخی از نظام ها نیز داوری را بین المللی تلقی می نمایند در صورتی که یک از طرفین در خارج سکونت داشته باشد یا اینکه محل تجارت یکی از طرفین در خارج باشد و یا اینکه محل اجرای بخش

^۱. اصلاح اختلافها، از تمامی نمازها و روزه ها برتر است.

^۲. هر نوع صلحی در بین مسلمانان جایز است، مگر صلحی که موجب حلال شدن حرام یا حرام شدن حلال گردد.

مهمی از تعهد در خارج از کشور باشد؛ مانند ایتالیا. در فرانسه داورى زمانی بین المللی است که ناظر به مصالح تجارت بین الملل باشد (ماده ۱۵۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی جدید) و منظور از آن هرگونه عملیاتی است که مبادله کالا، مال، خدمات یا پرداخت را بر فراز مرزها در برداشته باشد و یا حداقل به اقتصاد دو کشور ارتباط پیدا کند و به منافع تجارت بین الملل ارتباط داشته باشد و دعوای ناشی از آن یک دعوای بین المللی و داورى ناشی از آنهم یک داورى بین المللی است. (بر این معیار انتقاد شده است که وضوح کافی ندارد و حدود آن مشخص نیست).

قانون نمونه آنسیترا ۱۹۸۵ (در بند ۳ از ماده یک)، داورى را بین المللی می‌داند:

الف- اگر محل تجارت طرفین اختلاف داورى تجاری در زمان انعقاد قرارداد، در کشورهای مختلف باشد؛

ب- مقر داورى مطابق قرارداد داورى یا با توافق طرفین یا محلی که بخش عمده تعهد ناشی از رابطه تجاری قرار است در آنجا اجرا شود یا محلی که موضوع اختلاف، نزدیک ترین ارتباط را با آنجا دارد، در خارج از کشوری باشد که محل تجارت طرفین قرار دارد؛

ج- طرفین اختلاف صراحتاً توافق کرده باشند که موضوع توافق نامه داورى به بیش از یک کشور ارتباط داشته باشد (جنیدی، ۱۳۸۷: ۳۸-۳۶).

البته مطابق بند چهار همین ماده اگر یکی از طرفین محل تجارت نداشته باشد، محل سکونت عادی او مالک خواهد بود. مشاهده می‌شود که معیارهای انتخاب شده معیارهای نوعی (موضوعی یا جغرافیایی) هستند یعنی طرفین یا از لحاظ جغرافیایی یا اقتصادی وابسته به دو کشور مختلف هستند. بر معیار مقر داورى این ایراد وارد شده است که ممکن است یک رابطه تجاری داخلی با توافق طرفین در خصوص مقر داورى وصف بین المللی پیدا کند. بر معیار بند ج هم ایراد شده است که نمایانگر اراده گرایی افراطی است و سعی در بین المللی ساختن تصنعی داورى دارد، در حالیکه این طرفین نیستند که به موضوع جنبه بین المللی بخشند یا قانون صالح را انتخاب نمایند زیرا می‌توانند از اعمال قانون صالح جلوگیری کنند. به همین جهت کشورها این دو معیار را مورد پذیرش قرار نداده‌اند. در دیگر کنوانسیون‌ها یا اسناد بین المللی نیز نوعاً اقامتگاه یا محل اقامت عادی معیار قرار داده شده است (محبی، ۱۳۹۳: ۵۴).

هم در میثاق جامعه ملل و هم در منشور ملل متحد بر حل مسالمت‌آمیز اختلافات توصیه شده است. در همین راستا قراردادهای، موافقتنامه‌ها و کنوانسیون‌های بین المللی به منصفه ظهور رسیده‌اند که مبنای امر داورى بین المللی واقع شده‌اند که به ترتیب ذیل تشریح می‌گردد:

قرارداد ژنو ۱۹۲۷

اولین موافقتنامه بین المللی در خصوص پذیرش داورى تجارت بین المللی، قرارداد ژنو ۱۹۲۷ است که با تلاشهای اتاق بازرگانی بین المللی، بلافاصله بعد از جنگ جهانی اول تنظیم گردید. این قرارداد در سال ۱۹۴۹ مورد تجدیدنظر مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت و از سال ۱۹۵۰ به مرحله اجرا درآمد (جنیدی، ۱۳۸۷: ۳۸). علی‌رغم اینکه مفاد قرارداد ژنو در عرصه بین المللی بطور کامل اجرا نشد، زیرا دادگاه‌های داخلی می‌توانستند با سوء استفاده از مقرره‌های قانونی، جلوی اجرای احکام داورى خارجی را بگیرند یا موجبات اطاله اجرای آن را فراهم نموده و به تعویق بیاورند.

قرارداد نیویورک ۱۹۵۸

اصل اساسی پذیرفته شده در این اصل عبارت است از آزادی و اراده طرفین معامله در مورد اختیار شرایط مناسب برای حل اختلافات. طبق قرارداد نیویورک باید بررسی شود که آیا انجام داورى منطبق با قراردادی است که طرفین معامله امضا کرده‌اند

¹ France, Cour d'appel de Paris (Société Egyptian General Petroleum Corporation (EGPC) v Société National Gas Company (NATCAS)) 10/16525, 2011

یا خیر؟ در صورتی که رای داوری منطبق با قرارداد انطباق داشته باشد، نافذ خواهد بود. بنابراین قاضی می تواند در امور ذیل از اجرای داوری جلوگیری نماید:

- ۱- تشکیل جلسه یا رسیدگی داوری منطبق با قرارداد و توافق طرفین نباشد
 - ۲- رای داوری مربوط به اختلافی است که در قرارداد داوری برای آن مورد اختلاف، پیش بینی نشده است
 - ۳- شناسایی و اجرای رای داوری مخالف با نظم عمومی کشور مربوطه است.
- قرارداد نیویورک بین طرفین اختلاف توازن برقرار می کند حال آنکه قرارداد ژنو بیشتر تلاش در حمایت از زیان دیده دارد. طبق قرارداد نیویورک، دادگاهی که از آن تقاضای اجرای رای داوری شده است، فقط باید نظارت کند که در داوری رعایت مقررات اصول عدالت به عمل آمده باشد (شیروی، ۱۳۹۳: ۹).
- 2- رای داوری مربوط به اختلافی است که در قرارداد داوری بر

قانون نمونه آنسیترال^۱

آنسیترال کمیسیون مربوط به حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد است که در ۱۷ دسامبر سال ۱۹۶۶ جهت یکسان سازی حقوق تجارت بین الملل تاسیس شد. آنسیترال کمیسیون مربوط به حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد است که در ۱۷ دسامبر سال ۱۹۶۶ جهت یکسان سازی حقوق تجارت بین الملل تاسیس شد. آنسیترال در حقیقت نهاد حقوقی سازمان ملل است که برای ایجاد قوانین تجاری متحدالشکل، قابل دسترس و قابل پیش بینی تلاش می کند این هدف را عمدتاً از طریق کنوانسیون ها، قوانین نمونه، قواعد قابل پذیرش در سطح جهانی، راهنمایی حقوقی و قانونگذاری و توصیه های عملی، کمک به اصلاح قوانین موجود و برگزاری سمینارهای تخصصی در حوزه حقوق تجارت متحدالشکل بین المللی به انجام می رساند (شیروی، ۱۳۹۳: ۵۳-۵۲). از آنجا که مقررات سازش آنسیترال به صورت کنوانسیون یا قانون به تصویب نرسیده است، اعتبار و قدرت اجرایی آن مقررات ناشی از توافق طرفین و متکی به اصل آزادی قراردادی می باشد که توافق نموده اند. اختلافات خود را مطابق با آن مقررات حل و فصل نمایند. در سال ۲۰۰۲ قانون نمونه داوری در تجارت بین الملل طی قطعنامه ۱۸/۵۷ در سال ۲۰۰۲ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده است (صلح چي، ۱۳۸۹: ۴۸). بدنبال آن بسیاری از موسسات و سازمانهای داوری، مقررات مربوط به داوری را با اقتباس از آن تهیه و تنظیم نموده اند که از آن جمله می توان به مقررات راجع به شیوه های جایگزین حل اختلافات اتاق تجاری بین المللی، مقررات داوری تجاری و روش میانجیگری انجمن داوری آمریکا، روش میانجیگری دادگاه داوری بین المللی لندن و مقررات موسسه میانجیگری اتاق تجاری استکلهم اشاره نمود. در این قطعنامه به کشورهای عضو توصیه شده است که با در نظر گرفتن مطلوبیت یکسان سازی مقررات راجعه به حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی و بخصوص نیاز به برقراری یک رویه واحد در سازش تجاری بین المللی، تصویب این قانون نمونه را بطور جدی مد نظر قرار بدهند. قانون نمونه آنسیترال از ۱۴ ماده تشکیل شده است. طبق بند ۱ ماده ۱ این قانون ناظر به داوری تجارت بین المللی می باشد. مطابق این قانون نمونه، داوری کلیه روابط تجاری اعم از قراردادی یا غیرقراردادی را پوشش می دهد. مطابق بند ۴ ماده ۱ داوری زمانی "داوری بین المللی" نامیده می شود که در زمان توافق بر ارجاع اختلاف به داوری، مکان تجاری طرفین اختلاف در دو کشور متفاوت باشد یا در صورتی که مکان تجاری طرفین متفاوت نباشد، محل اجرای بخش عمده ای از تعهدات موضوع اختلاف در کشور دیگری بوده و یا موضوع اختلاف با کشوری دیگر ارتباط تنگاتنگی داشته باشد. با استناد به بند ۶ ماده ۱ چنانچه طرفین اختلاف تجاری خود را واجد وصف بین المللی قلمداد نمایند یا نسبت به اعمال قانون نمونه توافق نمایند، قانون نمونه اعمال خواهد شد ولو اینکه بین المللی بودن اختلاف محرز نگردد. بند ۹ ماده ۱ به استثنائات پرداخته و مقرر نموده است که مقررات این قانون نسبت به تلافی آشتی جویانه دادرسان و داروان در فرآیند دادرسی و یا داوری انجام می پذیرد، قابل اعمال نیست.

¹ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

مبانی داوری تجاری بین المللی در فقه اسلامی

فارغ از همه بحث‌های ارزشی، همان گونه که نویسندگان محقق نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی و کامن لا پیوند و ارتباط نهادهای جدید حقوق تجارت بین الملل را با قواعد و نهادهای حقوق روم مورد توجه قرار می‌دهند و با استفاده از مطالعات تاریخی سابقه این نهادها و سیر تکوین و توسعه آنها را پی می‌گیرند و از نتایج حاصله بهره می‌برند، فقها و حقوقدانان اسلامی نیز نباید از بررسی تاریخی و ریشه‌یابی نهادهای فقهی - حقوقی شکل گرفته در شاخه‌های نوین این بخش از دانش بشری در فرهنگ و سنت و تاریخ خود غافل شوند. و ضرورت دارد از دیدگاه فقه اسلامی چند مقوله اصلی مورد بحث و بررسی قرار گیرد:

الف. جواز و نفوذ داوری تجاری بین المللی

جواز و نفوذ داوری تجاری بین المللی که در حقوق اسلامی تحت عنوان قضاوت تحکیمی مطرح می‌شود، در درجه اول مستند به آیه شریفه: «وإن خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حُكْمًا مِنَ اللَّهِ وَ حُكْمًا مِنْ أَهْلِهَا...» [نساء ۳۵] است. مفاد آیه مؤید جواز و نفوذ داوری در اختلافات خانوادگی است که با الغای خصوصیت می‌توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد. بدین ترتیب دست کم اصل حکمیت مورد تأیید حقوق اسلامی است. علاوه بر آیه فوق آیات دیگری نیز در قرآن مجید یافت می‌شود که به نحوی دلالت بر امر به داوری یا سازش دارند. از سوی دیگر روایات متعددی در تجویز و تنفیذ داوری وجود دارد. عمده این روایات از کتب اهل سنت نقل گردیده است. از این جمله است استناد آنان به عمل پیامبر اکرم (ص) به حکم سعد بن معاذ در حکمیت میان او و بنی قریظه و روایت نسایی و مرسله مشهوری که مورد استناد فقهای شیعه نیز قرار گرفته است (نجفی، ۱۳۹۸ق: ۲۵). اهل سنت علاوه بر دلایل فوق به اجماع صحابه بر جواز تحکیم نیز تمسک می‌کنند و بدین ترتیب آنان حکم به جواز تحکیم را بر اساس کتاب و سنت و اجماع ثابت می‌دانند (حیدر، بی تا: ۶۴-۶۳). مهمترین روایت مندرج در کتب حدیث شیعه در زمینه قضاوت تحکیمی، خبر احمد بن فضل کناسی از کشی از امام صادق (ع) است. ولی از آنجا که به دلیل ظاهر استنکاری عبارات در دلالت حدیث بر جواز تحکیم تردید شده است، فقهای شیعه عمدتاً به دلیل اجماع جهت تجویز داوری استناد کرده‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۰ق: ۳۸-۳۹). به هر حال آنچه مسلم است، هیچ نوشتار نسبتاً جامعی در حوزه قضای اسلامی وجود ندارد که مبحثی را به قضاوت تحکیمی و شرایط آن اختصاص نداده باشد. این امر به طور قطع دلیل بر اتفاق نظر متخصصان حقوق اسلامی در جواز و نفوذ قضاوت تحکیمی ولو به طور اجمال است.

ب. قلمرو داوری تجاری

متخصصان حقوق اسلامی در مورد قلمرو داوری اتفاق نظر ندارند. برخی از فقها برای موضوعات قابل داوری محدودیتی قائل نیستند. مثال عده‌ای از فقهای شیعه استدلال می‌کنند هر چه دعوی طرفینی بر سر آن متصور و ممکن باشد از مسائل مالی گرفته تا نکاح و قصاص و حدود و غیر آن، قابل ارجاع به داوری است زیرا مقتضای ارجاع در آنها موجود است و عموم ادله و اخبار جواز و نفوذ تحکیم نیز، آنها را دربر می‌گیرد (طوسی، ۱۴۱۸ق: ۱۶۵). از اهل سنت، دست‌های از فقهای شافعی و حنبلی بر این اعتقادند (ابن عابدین، بی تا: ۴۸۴). در فقه حنفی نیز نظریات آزادمنشانه قابل توجهی وجود دارد. چنان‌که در فقه مالکی نیز در امور کیفری، تا آنجا که نظریات به دیه صدمات و جراحات مربوط می‌گردد، انعطاف‌پذیری زیادی دیده می‌شود. در مقابل گروهی از فقهای شیعه قابلیت تحکیم موضوعات کیفری مانند حکم به حبس و دیگر مجازات‌ها را عموماً و حدود الهی را که طالب معین ندارد خصوصاً، مورد تردید و تشکیک قرار داده‌اند. در اهل سنت، در هر یک از مکاتب چهارگانه، گروهی و یا گاه همه فقهای آن مکتب به منعها یا محدودیت‌هایی در مورد قضاوت تحکیمی نسبت به نکاح، لعان، قذف و قصاص معتقدند (ابن عابدین، بی تا: ۳۴۸). به هر تقدیر آنچه مسلم است این است که همه فقهای شیعه و همه فقهای فرق چهارگانه

^۱. اگر از دشمنی و جدایی میان آن دو بیم دارید، داوری از خانواده شوهر و داوری از خانواده زن تعیین کنید. اگر آنها خود بخواهند به نوعی میان‌شان آشتی برقرار شود.

^۲. نساء: ۵۹، ۶۵ حجرات: ۱۰، ۹.

اهل سنت در مورد قابل داوری بودن دعاوی مالی و بازرگانی که دعاوی موضوع بحث ما می باشند، تردیدی نداشته، متفق القول هستند.

ج. میزان لزوم رای و قرارداد داوری

در مورد رای داوری، اگرچه نظریات مخالفی وجود دارد که لازم الاجرا بودن حکم را منوط به رضایت طرفین نسبت به آن پس از صدور می دانند، ولی اغلب فقهای شیعه و اهل سنت معتقدند که رای مزبور به محض صدور الزام آور بوده و برای طرفین داوری لازم الاتباع است. این عقیده غالب با مفاد مواد قانون داوری جدید و قانون نمونه سازگار است. در مقابل، مطابق همه مکاتب فقهی اعم از فقه شیعه و چهار فرقه اهل سنت، هر دو طرف داوری تا قبل از صدور حکم، حق عزل داور خود را دارند (ابن عابدین، بی تا: ۳۴۸-۳۴۹). این امر عملاً قرارداد داوری را به صورت یک قرارداد جایز و قابل فسخ در می آورد و به کاربرد عملی داوری به شدت آسیب می رساند و با مفاد قانون داوری و قانون نمونه سازگار نیست. بدین ترتیب ممکن است بتوان با اندراج شرط عدم عزل یا با استنباط یک شرط ضمنی (توافق ضمنی طرفین) بر اسقاط حق عزل این مشکل را به نحوی رفع نمود. با ملاحظه چهارچوب کلی داوری در حقوق اسلامی یعنی اصل جواز و نفوذ قضاوت تحکیمی و امکان ارجاع اختلافات مالی و تجاری به قاضی تحکیم به عنوان قدر متیقن موضوعات قابل داوری و نیز الزام آور بودن رای قاضی تحکیم، به نظر می رسد مقررات مندرج در قانون داوری در کلیت خویش و از نظر چهارچوب اصلی، هیچگونه منافات و مغایرتی با حقوق اسلامی ندارد. با این همه، در برخی جزئیات که مهمترین آنها شرایط قاضی تحکیم (داور) است، موضوع همچنان قابل تامل و دقت نظر است (بهبهانی، ۱۳۹۵: ۱۱).

د. شرایط داور

در حقوق اسلامی اعتقاد بر این است که همه شرایط لازم برای قاضی منصوب اعم از شرایط عمومی مانند بلوغ و عقل و شرایط اختصاصی که عمدتاً اسلام، عدالت و اجتهاد (علم) است برای قاضی تحکیم نیز ضروری است (سیواسی و قاضی زاده، ۱۳۱۶ق: ۴۹۴). تنها استثناء لزوم وجود اذن از سوی امام یا فقیهی که حکومت به دست اوست، می باشد. در شرط بودن بلوغ و عقل نه تنها در اسلام که در هیچ نظام حقوقی نمی توان تردید کرد. این شروط را باید از جمله اموری دانست که بنای عقلا بر آن شکل گرفته است. ولی شروط اختصاصی را باید یک به یک مورد بررسی قرار داد:

۱) در فقه شیعه و برخی فرق اهل سنت اسلام از جمله شرایط ضروری برای قضاوت است. مهمترین مستند آنان نیز آیه «لن يجعل الله للکافرین علی المؤمنین سیالاً» [نساء ۱۴۱] می باشد که مفاد آن به قاعده نفی سبیل معروف گردیده و در کتاب قواعد فقهیه آمده است. در مقابل برخی از اهل سنت بویژه حنفیان نه تنها در قضاوت بین اهل ذمه اسلام را شرط نمی دانند (سیواسی و قاضی زاده، ۱۳۱۶ق: ۴۹۹). بلکه حتی معتقدند در سرزمین اسلامی یک قاضی غیر مسلمان می تواند بر مسلمان دادرسی کند. حقوقدانان معاصر حنفی با انعطاف پذیری بیشتری به این نتیجه رسیده اند که هرگاه یکی از دو سوی درگیر مسلمان باشد می توان یک غیر مسلمان را در پرونده ها و قضایای بازرگانی - نه احوال شخصی و حقوق خانواده - به عنوان قاضی یا داور برگزید. حقوق موضوعه بسیاری از کشورهای اسلامی نیز به این نگرش گرایش نشان می دهد. مثال در مصر مطابق ماده ۵۰۲ قانون مدنی و آیین دادرسی بازرگانی تنها صغار، محجوران، ورشکستگان بری نشده و بزهکاران محکومی که از حقوق مدنی محروم شده اند، صلاحیت داوری ندارند و نسبت به جنس یا دین هیچگونه محدودیتی دیده نمی شود. در حقوق ما نیز گرچه به شرط بودن اسلام در قاضی تصریح نشده ولی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی این نکته قابل استنتاج است، هرچند که از لحاظ فقهی جای بحث باقی است (بهبهانی، ۱۳۹۵: ۱۳).

۲) شرط دیگری که در غالب کتب فقهی یافت می شود، شرط عدالت است. مقصود از عدالت ملکه یا عادت پیوسته ای است که موجب پرهیز کامل از گناهان کبیره و عدم اصرار بر گناهان صغیره و ترک رفتارهای نامناسب (خالف مروت) می گردد. این شرط گرچه به عنوان عقیده مشهور یا غالب در بین فقهای اکثر مکاتب اسلامی از جمله فقه شیعه به چشم می خورد (شافعی،

بی‌تا: ۲۸۳) ولی امری اتفاقی و اجماعی نیست. چه بسیاری از فقهای اهل سنت بویژه همه یا غالب حنفیان این شرط را به مفهوم دقیق فوق قبول ندارند و فقدان این عادت پیوسته را که از آن به فسق تعبیر می‌شود، مانع از نفوذ قضاوت و حکم قاضی که از طرف حاکم منصوب گردیده، نمی‌دانند (ابن عابدین، بی تا: ۲۹۹). آنان به تبع و به طریق اولویت ضرورت وجود این شرط را در داور رد می‌کنند، زیرا از یکسو اهلیت لازم در داور بیش از اهلیت قضاء نیست (ابن عابدین، بی تا: ۳۴۸) و از سوی دیگر صلاحیت رسیدگی داور محدود است و رای او توسط قاضی کنترل و تایید می‌گردد. با این همه، گرچه بحث‌های فوق موجب تردیدهای موجهی در مورد ضرورت وجود عدالت و صفی (ملکه یا عادت پیوسته عدالت به شرحی که گذشت) به عنوان یک امر اجماعی در قضاوت و داوران می‌گردد ولی در مقابل، ضرورت عدالت عملی یعنی رعایت مساوات و برابری نسبت به متخاصمین و عدالت در پرونده تحت رسیدگی وجه اشتراک و قدر متیقن تمام مکاتب حقوقی اسلامی است. از این نیز پیشتر می‌توان رفت چه ضرورت عدالت عملی امری عقلایی بوده و بازتابی از بنای عقلاست و به همین جهت در تمام نظامهای حقوقی به عنوان یکی از اصول اجباری دادرسی لازم‌الرعایه اعلام گردیده است (حیدر، بی‌تا: ۵۲۵).

۳) در مورد شرط علم که گاه دقیقاً تحت عنوان ضرورت قدرت اجتهاد مطرح می‌شود، گرچه ظاهر کتب فقهی بویژه کتب فقهی شیعه و فرقه شافعی ممکن است مؤید این نتیجه باشد، ولی در نهایت گونه‌گونی نظریات موجود در مکاتب مختلف فقهی، حتی فقه شیعه و شافعی، موجب تعدیل این دیدگاه می‌گردد. زیرا از یکسو در فقه شیعه لزوم اجتهاد قاضی منصوب امری اتفاقی نیست و برخی به واسطه وجود اذن امام یا فقیهی که حکومت به دست او ست غیر مجتهدان را نیز واجد اهلیت قضاء دانسته‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۰ق: ۲۶-۲۴) و از سوی دیگر معتقدان به ضرورت اجتهاد نیز در مورد شرط اجتهاد مطلق یا اجتهاد تجزی اختلاف نظر دارند. در فقه اهل سنت، برخی فرق، بویژه حنفیان انعطاف‌پذیری بسیاری از خود نشان داده‌اند. مثال در شرح مجله الاحکام علی حیدر آمده است، اشخاص واقف به همه علوم شرعیه لازم برای اجتهاد بسیار محدودند به طوری که می‌توان صحبت از انسداد باب اجتهاد نمود. لذا گرچه عامی محض اهلیت قضاء ندارد و شایسته است که قاضی متصف به علم و فهم و قابلیت برای قضاء باشد، ولی حداقل علم قابل قبول این است که قاضی قادر به انطباق آنها به مصادیق باشد (حیدر، ۱۴۰۰ق: ۵۲۹) حتی در تفسیر کلمه «ینبغي» مندرج در ابتدای ماده ۱۷۹۳ گفته شده است که کلمه مزبور مؤید شرط نبودن علم قاضی به معنای اجتهاد است، زیرا به عقیده بزرگان مکتب حنفی جایز است که قاضی مجتهد نباشد و در این صورت مطابق فتوای دیگری رای خواهد داد. چه جاهل متقی برای قضاء بهتر از عالم فاسق است. بدین ترتیب شرط نبودن اجتهاد و امکان مراجعه به فتوای دیگران، در برخی مکاتب حقوق اسلامی به عنوان عقیده اتفاقی یا غالب مطرح است و در برخی مکاتب دیگر، به عنوان یکی از عقاید چندگانه که موجه و قابل دفاع می‌باشد (شافعی، بی تا: ۳۸۲). در عمل نیز بند پنج ماده واحده «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» با شرط اجتهاد به طور انعطاف‌ناپذیر برخورد نکرده و راه‌های جایگزین بسیاری را در نظر گرفته است. به ملاحظات فوق، باید این نکته را نیز افزود که در معاملات عموماً و در معاهدات تجاری بین‌المللی خصوصاً عرف‌های موجود اعم از مدون و غیر مدون بسیار تعیین‌کننده است. در حقوق اسلامی نیز ابواب معاملات علی‌الاصول تحت حکومت عرف دانسته شده است. به نظر می‌رسد که برگزیدن داوران متخصص در یک قرارداد تجاری در خصوص دعوی ناشی از آن، گرچه مفهوم اجتهاد مطروحه در شرع را به طور کامل تامین نمی‌کند ولی تا حدی می‌تواند آن را تامین نماید. آرای صادره بر اساس قواعد و اصول و عرفهای حاکم بر معاملات تجاری معمولاً مغایرتی با اسلام که خود، این ابواب را تابع عرف می‌داند، ندارد و در خصوص موارد استثنایی که رای صادره بر اساس یک اصل یا عرف تجاری بین‌المللی، به طور اساسی مغایر با موازین شرع باشد نیز می‌توان از طریق تمسک به قواعد ابطال رای داور یا عدم شناسایی و اجرای آن کنترل لازم را اعمال نمود.

۴) دیگر شروط مصرح در برخی کتب فقهی، مانند رجولت (مرد بودن) در مورد قاضی منصوب به شدت مورد اختلاف است و به همین جهت در مورد قاضی تحکیم به طریق اولویت بیشتر قابل تردید است. چنانچه علی ابن جریر طبری قضاوت زنان

را مطلقاً و جمعی از فقهای اهل سنت بویژه ابوحنیفه قضاوت زنان را در آنچه هلیت شهادت نسبت به آن دارند، جایز دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۱۸ق: ۱۰۱). قول اخیر که مشهورتر است موجب می‌شود که محدودیت در قضاوت حداکثر منحصر به حدود و قصاص گردد. آنگاه با توجه به اینکه قدر متیقن از موضوعات قابل داوری نیز امور غیر کیفری بویژه حقوق خصوصی و مالی است، جواز قضاوت تحکیمی (داوری) زنان را به خوبی می‌توان استنتاج نمود. بدین ترتیب در موضوع بحث ما یعنی داوری بین‌المللی ناظر به امور تجاری، عقیده به شرط نبودن رجولت در قضاوت تحکیمی، عقیده‌های موجه و به خوبی قابل دفاع است. متذکر می‌شود که در فقه شیعه نیز نه تنها تعداد معتناهایی از فقهای معاصر و حاضر، بلکه جمعی از فقهای پیشین نیز منع تصدی قضاء توسط زنان را مورد تردید قرار داده‌اند. حتی فقهای متقدم غالباً متعرض شرط رجولت یا ذکورت برای قضاوت نشده‌اند (نجفی، ۱۳۹۸ق: ۱۵۲). حقیقت اینکه مهمترین روایات مورد استناد فقیهان طرفدار منع قضاوت زنان نه تنها از لحاظ سند ضعیف است بلکه از لحاظ دلالت نیز غیر قابل اتکا است. مفاد این روایات نهایتاً مفید نفی الزام و وجوب قضاوت از زنان است نه منع تصدی قضاء بر ایشان. به تبع، از آنجا که اجماع مورد ادعای برخی فقها نیز مستند به روایات مزبور است و ارزش استقلالی ندارد، اجماع مدرکی محسوب بوده و از این لحاظ فاقد اعتبار است. علیرغم اشکالات و خدشه‌های وارد به دلایل این نظر فقهی، مقنن ایرانی در صدر ماده واحده مربوط به «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» با عبارت «قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند» (نجفی، ۱۳۹۸ق: ۱۴) رجولت را برای قضاوت در دادگستری شرط تلقی نمود. البته با توجه به ضعف مبناهای فقهی نظریه منع قضاوت زنان و با توجه به انعطاف‌هایی که مقنن در مورد امکان تصدی منصب قضاوت تحقیقی توسط بانوان از خود نشان داده است و بویژه با توجه به اصل جواز در موارد تردید نسبت به وجود منع (به عبارت فنی‌تر جریان اصل براءت در مورد شبهه حکمی ناشی از اجمال نص، مانند موضوع مورد بحث)، شایسته نیست که در قلمرو حقوق موضوعه، چنین حکم مردد و خلاف قاعده‌ای را به مساله قضاوت تحکیمی نیز تعمیم و توسعه داد. به هر حال، از این بحث می‌توان استنتاج نمود که نظام حل اختلاف موضوع قانون داوری از نظر چهارچوب و اصول کلی با حقوق اسلامی در تعارض نبوده بلکه با آن منطبق است؛ ولی در جزئیات بویژه در مسائل مربوط به شرایط داور (قاضی تحکیم) تفاوت‌هایی را نشان می‌دهد. برخی از این تفاوت‌ها با تعدیل‌هایی قابل رفع و حل است، مانند شرط عدالت که پذیرش مفهوم عدالت عملی به جای عدالت وصفی، هم شکاف و اختلاف را رفع می‌کند و هم واقع‌بینانه‌تر است. ولی در برخی موارد دیگر مانند شرط اسلام، به نظر می‌رسد که می‌توان با تمسک به قواعد ثانوی مانند لاجر یا الضرورات تبیح المحظورات یا مصلحت نظام، مشکل را رفع نمود. زیرا اصرار بی‌انعطاف بر اینگونه شروط موجب می‌شود که اساساً رغبت و اقبال نسبت به داوری در ایران بر اساس قوانیناز بین برود و ما همیشه ناچار گردیم نوعی شرط داوری که داوری در سرزمین دیگر و به موجب قوانین کشورهای دیگر را مقرر می‌دارد، بپذیریم. ضرورت‌های عملی به خوبی این نکته را توجیه می‌کنند که «مالا یدرک کله لا یتَرَک کله».

نتیجه‌گیری

فلسفه تحقق و وضع داوری در شریعت و حقوق اسلام و حتی حقوق بین‌الملل این است که این نهاد حقوقی - مدنی بتواند بدون تشریفات اداری و دادرسی محض و فارغ از هر گونه اجبار حقوقی و قضائی و صرف وقت و زمان طولانی در راستای حل منازعات و فصل خصومت‌های خصوصی، ملی و بین‌المللی در سایه رضایت طرفین یا افراد ذینفع یک قرارداد یا کنوانسیون یا حتی خانواده و غیره برآید و منشاء آثار شود، حال آثاری که از این عمل حقوقی محقق می‌شود بمثابه شرایط ضمن عقد محسوب، که متعاقبین یا متعاملین با طیب نفس و اراده آنرا پذیرفته و از باب اصل فلسفی و عقلی حاکمیت آزادی اراده و از باب اُفوا بالعقود، اُفوا بالعهود، المومنون عند شروطهم به نتایج آن پایبند باشند و از طرفی این تاسیس حقوقی مثبت این موضوع است که دولت و سیستم قضائی تنها مرجع رفع خصومت و حل و فصل و رتق و فتق دعاوی و منازعات نیست بلکه اشخاص یک جامعه یا جوامع متفاوت می‌توانند طبق تراضی و توافق حاکم و قاضی در دعاوی و روابط مدنی خود باشند.

ضمن اینکه این مرجعیت را تابع حدود و ثغور و شرایطی می‌دانند. در برخی از کتب فقهی، فقهایی مانند شیخ طوسی و مرحوم نجفی باب مستقلی تحت عنوان "کتاب الصلح" به بیان جزئیات داور و حتی تنظیم موافقتنامه داور "صلحنامه" را مطرح کرده و مقوله داور را تشریح نموده‌اند. نهاد داور در فقه اسلام تحت عنوان حکمیت مطرح شده است. آیات قرآن کریم و روایات معصومین دلالت بر مشروعیت نهاد داور در همه معاملات و مالا در تجارت بین‌المللی دارد. باتوجه به تعریف فقها از قاضی تحکیم و تعریف داور توسط حقوقدانان و قانون داور بین‌المللی می‌توان گفت مفهوم داور در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه است.

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) در راستای همین فعالیت‌های بین‌المللی تأسیس گردیده و یکی از کارهای مؤثر آنسیترال تهیه و تدوین قواعد داور آنسیترال در سال ۱۹۷۶ م است قواعد داور آنسیترال مجموعه قواعدی است که مجمع عمومی سازمان ملل متحد استفاده از آن را برای دولتهای عضو در زمینه حل اختلافات تجاری بین‌المللی از طریق آئین داور، توصیه نموده و اتفاقاً این قواعد مورد توجه اکثر دولتها قرار گرفته است البته حوزه اعمال قواعد داور آنسیترال در اختلاف ناشی از یک قرارداد مشروط بر این است که طرفین قرارداد توافق کرده باشند که اختلاف خود را به داور موجب قواعد داور آنسیترال تسلیم نمایند. بنابراین اعمال قواعد مزبور به داور تجاری بین‌المللی محدود نمی‌شود و اختلافات ناشی از قرارداد غیرتجاری و چه بسا غیر بین‌المللی هم قابل ارجاع به این قواعد است. البته در مورد ابطال رأی داور در قواعد داور آنسیترال اثر جامعی بر طبع نرسیده از این رو بررسی ابطال رأی داور در «قواعد» کمی مشکل می‌باشد و تنها لابه‌لای کتب و مقالات به ویژه مقالات به زبان خارجی آن هم به صورت پراکنده به بررسی کلیات موضوع ابطال در قواعد داور آنسیترال پرداخته شده است. به هر حال خصوصیت الزام‌آور بودن حکم نمی‌تواند به تصمیمات قضایی که به طور جدی و غیر قابل جبرانی ناقص می‌باشد تعمیم داده شود و این مسأله به طور کلی پذیرفته شده که یک تصمیم قضایی بین‌المللی براساس مبانی خاص می‌تواند باطل و بی اعتبار تلقی گردد و قاعده بطلان یک اصل کلی پذیرفته شده است و اشاره به قاعده قطعیت احکام داور بین‌المللی در قرارداد داور یا سکوت در قرارداد داور در مورد بطلان از امکان بطلان حکم در شرایط خاص جلوگیری نمی‌کند.

منابع

- اسدی‌نژاد، سید محمد (۱۳۸۷)، داور تجاری بین‌المللی ایران و آنسیترال، چاپ اول، انتشارات دانشگاه گیلان.
- امیر معزی، احمد (۱۳۸۹)، داور بین‌المللی در دعوی بازرگانی، چاپ دوم، نشر دادگستر، تهران.
- ابن اثیر (۱۴۲۲ق)، اسد الغابه فی معرفه الصحابه، جلد ۲، دارالمعرفه، بیروت.
- ابن عابدین. بی تا، رد المحتار علی الدر المختار، جلد ۴، دارالکتب العلمیه، بیروت.
- ترمذی، محمد بن حسن، بی تا، وسائل الشیعه، جلد ۱۳، مؤسسه الرساله، بیروت.
- حرعاملی، محمد جواد (۱۳۸۹ق)، مفتاح الکرامه، جلد ۲۰، دارالمعرفه، بیروت.
- حیدر، علی. بی تا، درالحکام شرح مجله الاحکام، جلد ۴، مکتبه النهضه، بغداد.
- حسینی شیرازی، محمد. (۱۴۰۰ق)، الفقه، بیروت: دارالعلوم.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱)، حقوق داور و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- دوری قحطان عبدالرحمن (۱۴۰۵ق)، عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی، ج ۱، احیاء التراث، بغداد.
- شیرودی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، داور تجاری بین‌المللی، چاپ سوم، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- شافعی، محمد ابن ادریس، بی تا، الام، جلد ۶، قم، دارالکتب بینة.

- صفایی، سید حسین (۱۳۷۵)، حقوق بین الملل و داوریهای بین المللی، چاپ اول، نشر میزان، تهران.
- طوسی ابوجعفر محمد بن الحسن (۱۴۱۸ق)، خلاف، ج ۶، ص ۲۴۱، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- کنکاور، حسین علی (۱۳۸۹)، تجارت جهانی و الحاق ایران، تهران، نشر قومس چاپ اول.
- مافی، همایون (۱۳۹۵)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین المللی ایران، چاپ اول، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- محبی، محسن (۱۳۹۳)، مجموعه مقررات آنسیترا در باره داوری بین الملل، چاپ اول، نشر خرسندی، تهران.
- محمدی گیلانی محمد (۱۳۶۰)، قضا و قضاوت در اسلام، ج ۱، المهدی، تهران.
- محمد جمال مصطفی (۱۹۹۸م)، التحکیم فی العلاقات الخاصه و الدولیه العام، ج ۱، منشورات الملی، بیروت.
- نیک بخت، حمید رضا (۱۳۸۸) داوری تجاری بین الملل، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن [شیخ]. (۱۳۹۸ق). جواهر الکلام، ج ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- بهبهانی، محمد رحیم (۱۳۹۵)، "جایگاه نهاد داوری در حقوق ایران با رویکرد فقهی"، سال نهم، شماره هجدهم، تهران: مجله مبانی فقه و حقوق اسلامی.
- وکیلان، حسین، نوربخش، نعیم (۱۳۹۶)، "داورپذیری اختلافات مالیاتی بین المللی"، سال هجدهم، شماره ۵۴، تهران: فصلنامه پژوهشهای عمومی.
- جنیدی، لعلیا (۱۳۸۷)، "دادگاه صلاحیت دار جهت ابطال رأی داور در داوریهای بین المللی"، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- صلح چی، محمد علی (۱۳۸۹)، "استقلال شرط داوری در قراردادهای بین المللی"، پژوهش حقوق، شماره ۳۱، زمستان.
- فانی رضا، پورحسن شکوفه (۱۳۹۴)، "مبانی فقهی و حقوق داوری تجارت بین الملل"، سال هشتم، شماره ۲۳، تهران: فصلنامه پژوهش مبانی و فقه اسلامی.
- هوشمند فیروزآبادی حسین، بطحایی فرهاد (۱۳۹۶)، "بررسی ماهیت فقهی داوری"، سال سیزدهم، شماره ۴۸، تهران: فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی.