

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۱۸ - ۹۳

پدیدارشناسی تزاحم سازوکارهای حل اختلاف مبتنی بر فقه و حقوق بین‌الملل (مطالعه تطبیقی «داوری» در فقه شیعی)

مسعود شیبک^۱

نادر مختاری افراکتی^۲

محمود قیوم زاده^۳

چکیده

داوری مبتنی بر دین به‌عنوان یکی از سازوکارهای حل اختلاف، دارای کاربردها و مزیت‌های فراوانی در نظام‌های حقوقی دنیا است. حکمیت نیز به‌عنوان یک فرایند داوری اسلامی، دارای ظرفیت‌های معرفت‌شناختی، انسان‌شناختی و حقوقی است که به‌صورت جامع بررسی و بهره‌برداری نشده است. بر همین اساس، تحقیق حاضر تلاشی است تا با استخدام روش پدیدارشناسی، ضمن کشف ظرفیت‌های فقه شیعی در این زمینه، محورهای اصلی تزاحم مکانیسم‌های حل اختلاف مبتنی بر فقه و حقوق بین‌الملل را بررسی کند. نتایج تحقیق نشان داده است که کاربست حکمیت در بافت بین‌الملل در سه بعد تزاحم ساختاری-معرفتی، تزاحم ماهوی، و تزاحم رویه‌ای با چالش‌هایی روبرو است که هرکدام خود دارای متغیرهای گوناگونی است. عدم تقارن هستی‌شناسی و معرفت‌شناسی در دو ساحت دینی و حقوقی و فقدان هم‌افزایی بین این دو حیطة اهم دلایل زمینه‌ای این چالش‌ها به شمار می‌روند.

واژگان کلیدی

تزاحم، داوری، عقد معین، عقد معاوضی، معرفت‌شناسی فقهی - حقوقی.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد زاهدان، دانشگاه آزاد اسلامی، زاهدان، ایران.

Email: Sheibak_M2025@gmail.com

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: Dr_mokhtariafra@theo.usb.ac.ir

۳. استاد، گروه حقوق و معارف اسلامی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران.

Email: maaref@aiu-saveh.ac.ir

پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۱۱/۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۸/۱۷

طرح مسأله

مکانیسم‌های حل اختلاف تناوبی^۱ مبتنی بر دین به دلیل برخی از ظرفیت‌های معرفت‌شناختی، ریشه داشتن در اصول اخلاقی و تعهدات عبادی طرفین حاضر در دعوی مورد توجه نظام‌های حقوقی در دنیا قرار گرفته است. نبود موانع دیوانسالارانه و محدودیت‌های نظام‌های قضایی، سریع‌تر بودن روند دادرسی، هزینه کمتر، انعطاف در انتخاب گزینه‌ها و شرایط قضاوت، عدم اجبار به التزام و تعهد به قوانین سخت‌گیرانه برخی از کشورها و عدم امکان تفسیر از رأی توسط محاکم حقوقی نیز از دیگر موارد افزایش اقبال به این سازوکارها عنوان شده است. یکی از این مکانیسم‌ها که حیطه شمول وسیعی از موضوعات فردی تا اختلافات بین‌المللی و تجارت جهانی را در خود جای داده، حکمیت (داوری)^۲ است. این مکانیسم که دارای ظرفیت‌های قضایی قابل توجهی است در تحقیقات علوم دینی و علوم اسلامی کمتر مورد توجه قرار گرفته است. همچنین، هاگشو^۳ (۲۰۱۳) معتقد است که حتی در نظام‌های حقوقی غربی و غیردینی و مبتنی بر قوانین بشری، ذخیره دانشی و تجربه فراوانی برای استفاده از ظرفیت‌های دینی برای حل مسائل نظام‌های قضایی وجود دارد. پیش‌تر نیز دیویدسون^۴ (۲۰۱۱) در تحقیق خود دریافته بود که به دلیل نارسایی معرفتی در نظام‌های حقوقی بین‌الملل، داوری مبتنی بر دین، در مقایسه با سازوکارهای تناوبی حل اختلاف غیردینی، حتی در کشورهای غیرمسلمان با رشد معناداری همراه بوده است. جاستینا-پاول^۵ (۲۰۲۰: ۱۲۶) ضمن تبیین تفاوت‌ها و شباهت‌های نظام قضایی غرب و اسلام در تفسیر نظری خود از سازوکار اسلامی حل منازعه معتقد است که سنت حقوقی اسلام دارای ماهیتی صلح‌طلبانه و سازگار با رویه‌های مبتنی بر داوری است درحالی‌که نظام حقوقی غربی از لحاظ ماهوی متمایل به رویه‌های مقابله‌ای مبتنی بر حل مسئله از طریق طرح دعوی حقوقی است. همچنین بر اساس آمارهای ارائه‌شده توسط مرکز بین‌المللی

-
1. Alternative Dispute Resolution Mechanisms
 2. Arbitration
 3. Haghshaw (2013)
 4. Davidsons (2011)
 5. Emilia Justyna Paul (2020)

حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری^۱ که از نهادهای ذیل بانک جهانی است، اتخاذ داوری مبتنی بر دین، به ویژه دین اسلام، با افزایش قابل توجهی مواجه بوده است. همچنین، هاگشو (همان: ۱۳) در بررسی های خود دریافته است که در برخی از کشورهای عربی، ارائه چارچوب های قانونی حل اختلاف مبتنی بر شرع از طریق داوری، باعث افزایش سرمایه گذاری های تجاری در این کشورها شده است که خود حاکی از ظرفیت های فقه اسلامی است.

علاوه بر ظرفیت های معرفتی و دانشی، ظرفیت های ساختاری برای استفاده از مکانیسم داوری مهیا شده است. از نظر حقوق بین الملل، این مکانیسم هم در فرایند و هم در شرایط، مورد پذیرش بسیاری از کشورها و نهادهای بین المللی قرار گرفته است (الرجعان، ۲۰۱۷: ۸۴). بر اساس میستلیس و کرول^۲ (۲۰۱۲) مشروعیت بخشی بین المللی حقوقی فرایند داوری به سال ۱۸۹۹ و تشکیل دیوان دائمی داوری^۳ در لاهه هلند برای حل تعارضات بین المللی کشورهای حوزه اقیانوسیه برمی گردد. بوربا^۴ (۲۰۰۹) در توصیف مشخصات این دیوان آورده است که از رایج ترین اصول داوری در این محکمه می توان به اصول ۱۵ و ۱۶ اشاره کرد که هنوز مورد رجوع نهادها و کشورهای معارض در صورت شکست های دیپلماتیک است. اهمیت این مکانیسم در سال ۱۹۲۳ در کنفرانس ژنو برجسته شد و پروتکل داوری ژنو مورد تأیید اتحادیه ملت ها قرار گرفت که اصول و مفاد آن هنوز مورد قبول و استناد بسیاری از کشورها است (هاگشو، ۲۰۱۳: ۳۶). اصل اول این پروتکل که معطوف به قبول اعتبار داوری و نفوذ رأی حاصل از آن^۵ است، از برجسته ترین اصول این پروتکل به شمار می رود که در سال ۱۹۲۷ منجر به تشکیل کنوانسیون اجرایی رأی ناشی از داوری بین المللی^۶ شد. بر اساس این کنوانسیون، حتی در صورت تضاد رأی ناشی از داوری، با قوانین کشورهای طرفین تعارض، این رأی لازم الاجرا است (کنوانسیون ۱۹۲۷

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes
2. Mistelis & Kroll (2012)
3. Permanent Court of Arbitration
4. Borba (2009)
5. Enforcement of Arbitral Award
6. Convention on the execution of foreign arbitral awards

ژنو، ماده یک). در سال ۱۹۵۸ نیز کنوانسیون « به رسمیت شناختن و الزام آور بودن رأی داوری بین‌المللی»^۱ در نیویورک تشکیل شد و تا این زمان، مهم‌ترین نهاد در این زمینه به شمار می‌رود. در سال ۱۹۷۶ نیز کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل موسوم به آنسیترال^۲ قوانین داوری نوینی را وضع کرد که در آن رویه‌های قانونی و حقوقی و مقررات و شرایط لازم برای راه‌اندازی داوری تعارضات تجاری گنجانده شده است. نکته حائز اهمیت در این زمینه آن است که در سال ۱۹۸۵ نیز یک قانون متمم به آنسیترال اضافه شد که به کشورهای عضو سازمان ملل اجازه داده است بر اساس ملاحظات بافتی خود، به تدوین و اجرای قوانین داوری پردازند (هاگشو، ۲۰۱۳: ۴۸). البته برخی محققان مانند جودیانتو و دیگران (۲۰۲۴) گزارش داده‌اند که مکانیسم‌های داوری مبتنی بر شریعت حتی در یک بافت اسلامی مانند مالزی با مشکلات فراوانی از جمله پیچیدگی‌های رویه‌ای، کمبود منابع فقهی و حقوقی، حساسیت‌های اجتماعی و کمبود ظرفیت‌های قضایی روبرو است.

این در شرایطی است که کشور ایران در مجامع گوناگون بین‌المللی، پرونده‌های حقوقی و تجاری فراوانی دارد که متأثر از محدودیت‌های نظام‌های حقوقی بین‌الملل است و ظرفیت‌انگاری برای امکان تجهیز و استفاده از سازوکار حکمیت برای حل و فصل این تعارضات صورت نگرفته است. به عبارت دیگر، علیرغم ظرفیت‌های روش‌شناختی، معرفت‌شناختی و محتوایی سازوکار حکمیت (داوری) در فقه اسلامی به صورت عام و فقه شیعی، به صورت خاص، تلاشی برای تدوین یک رویه حقوقی منسجم برای اجرای این سازوکار در مقیاس بین‌الملل در ایران انجام نشده است. این در حالی است که مرور پیشینه تحقیق نشان می‌دهد که مطالعات معدودی در این حیطه انجام شده است و برخی از ابعاد این پدیده در مقایسه با نظام حقوقی بین‌الملل، مورد بررسی بخشی و نقطه‌ای قرار گرفته است. خلأ تحقیقاتی برای احصاء ظرفیت فقه شیعی در این زمینه بیش‌تر از سایر حوزه‌ها به چشم می‌خورد. علاوه بر آن، برخی از تحقیقات انجام شده دارای نارسایی‌های روشی و

1. Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards

2. UNCITRAL

نظری هستند و این پدیده را بر اساس تغایر فرایند حکمیت با قوانین حقوقی کشور مورد بررسی قرار داده‌اند و یا در بافت فقهی تنها به صورت توصیفی، به مباحث سطحی مانند تطابق برخی رویه‌ها و شرایط داوری با حکمیت اشاره کرده‌اند. نظر به فقدان تحقیقی جامع ناظر به ظرفیت‌شناسی فقه امامیه برای حل تعارضات بین‌المللی از یک سو و امکان‌سنجی کاربست عملی آن در نظام جاری داوری بین‌المللی از سوی دیگر، تحقیق حاضر تلاشی است تا با استخدام روش پدیدارشناسی، ضمن کشف ظرفیت‌های فقه شیعی در این زمینه، محورهای اصلی تراحم مکانیسم‌های حل اختلاف مبتنی بر فقه و حقوق بین‌الملل را بررسی کند، نتایج حاصل از آن را مورد اعتباربخشی قرار دهد و راهبردهایی در این زمینه ارائه دهد. بر همین اساس، تحقیق جاری ناظر به پاسخ به این سؤال اصلی است که محورهای تراحم مکانیسم‌های حل اختلاف مبتنی بر فقه امامیه (حکمیت) و حقوق بین‌الملل (داوری) کدام‌اند؟ مفروض اصلی تحقیق حاضر آن است که سازوکارهای حل اختلاف مبتنی بر فقه شیعی با سازوکارهای بین‌المللی شاخص در این زمینه از منظر معرفت‌شناختی، روش‌شناختی و کاربردشناختی دارای برخی تفاوت‌های بنیادین هستند که علیرغم ظرفیت زیاد در حل منازعات، استفاده از آن‌ها در بافت بین‌المللی را با دشواری‌هایی مواجه کرده است. بررسی مقایسه‌ای این مبانی در حقوق غرب نیز باعث مفاهمه مشترک بین دو حیطه فقه و حقوق خواهد شد. تحقیق حاضر به دلیل اتخاذ رویکرد تطبیقی، استفاده از رویکرد تحلیلی پدیدارشناسی که دارای ظرفیت‌های اعتباربخشی است و همچنین عطف هم‌زمان به ابعاد ساختاری و اندیشگانی موضوع تحقیق، دارای تمایز و نوآوری است.

۱. تعریف مفاهیم و اصطلاحات

مفهوم سمانتیک و پراگماتیک «داوری»، در بافت فقهی و حقوق بین‌الملل قابل بررسی است. در بافت فقهی، داوری معادل واژه «حکمیت» است که از ریشه فعلی «حکَمَ» اتخاذ شده است و از لحاظ سمانتیک به معنای برگرداندن انسان از کار خطا است. اما در تبیینی پراگماتیک از مفهوم «حکَمَ»، الزمخشری (۱۴۰۵، ه ق) آن را به معنای به قضاوت گرفتن یک نفر (مُحَكَّم)، و جواز دادن به او برای قبول قضاوت، تفسیر کرده است. به صورت عمومی، در فرهنگ دینی اسلام، حکمیت فرایندی است که در آن طرفین منازعه بر اساس

یک توافق و پذیرش شرایط آن، فردی واجد شرایط داوری را به منظور حل منازعه بر اساس منابع داوری (قوانین اسلام) تعیین می‌کنند. داوری در فقه «تحکیم» نامیده می‌شود. وقتی دو یا چند نفر در امر مالی یا غیرمالی دعوا و اختلاف پیدا می‌کنند و با هم توافق می‌کنند که برای فیصله دادن به اختلاف، فردی را به عنوان حگم 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. (محمدی گیلانی، ۱۳۶۰: ۶۲). علاوه بر آن، توافق افراد و اطراف محل نزاع بر پذیرش رأی، و حکم فرد خاص با هدف پایان دادن اختلاف و خصومت، شاخصه داوری در اصطلاح فقهی است. (طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۶: ۲۴۱). همچنین، طوسی (۱۳۸۷، ج ۸: ۱۶۵)، نیز بر شرایط رضایت طرفین منازعه و انتخابی بودن داور توسط آنان تأکید می‌کند. محقق حلی (بی تا، ص ۲۶۷) نیز ضمن تأکید بر شرایط پیشین، بر الزام آور بودن عمل به حکم و قضاوت حاکم، عطف کرده و آن را از شروط اصلی حکمیت می‌داند، موضوعی که موسوی اردبیلی (۱۴۰۸، ۱۰۷) نیز بر آن تصریح داشته است. شهید ثانی نیز علاوه بر الزام آور بودن حکم در این شرایط بر شرایط داور تأکید کرده است (۱۴۱۳، ج ۲: ۳۱۱). یکی دیگر از شروط مهم حکمیت توسط سنگلجی (۱۳۴۴: ۳۶) مورد اشاره قرار گرفته است و آن امکان فصل خصومت توسط قاضی تحکیم است.

در بافت حقوق بین‌الملل نیز تعابیر سمانتیک از لغت داوری، با تعابیر پراگماتیک و عمل‌گرایانه از این واژه قرابت دارد. بر اساس لغت‌نامه موجز آکسفورد^۱، داوری، به حل موضوعی مورد استفهام و اشکال طرفینی اطلاق می‌شود که بر اساس توافق قبلی، توسط طرفین و به منظور حصول یک تصمیم منصفانه در خصوص موارد ادعایی، به فرد یا نهادی ارجاع شده است. در حقوق بین‌الملل نیز مجوز قضاوت همان توافق خصوصی بین طرفین، منبع قانون حقوق قضایی، و محل قضاوت خارج از شرایط دادگاه است. وجه اشتراک این تعریف یا تعریف فقهی، التزام به تصمیم اتخاذ شده توسط داور و وجه افتراق، منبع قانون است. در اقدام داوری^۲ ۱۹۹۶، به اصول مورد انتظار یک فرایند مناسب داوری اشاره شده

1. Oxford Concise Dictionary
2. Arbitration Act 1996

است. در موارد داوری تجاری نیز مفاد و شرایط آن تحت مواد حقوقی کمیسیون تجاری بین الملل و قانون آنسیترال تشریح شده است. حصول نتیجه، حل و فصل عادلانه، بی طرفی داور یا هیئت داور، تقلیل زمان، تقلیل هزینه، و آزادی در انتخاب داور و شرایط آن از مهم ترین اصول مطرح شده در این قوانین به شمار می روند.

۲. بررسی ادبیات مرتبط

۲-۱. مطالعات انجام شده در بافت ایران

حسن پور تیجی و انتخابیان (۱۴۰۰)، مبانی مشروعیت نهاد داوری سازمانی در حقوق ایران را مورد بررسی قرار دادند. در این مطالعه از روش تحلیلی استفاده شده است و ضمن اشاره به تمایزات داوری سازمانی، آن را در ماهیت، مکانیسمی شبیه شوراهای حل اختلاف دانسته اند که رأی صادر شده از آن برای طرفین تعارض لازم الاجرا است. همچنین نتایج حاصل از این تحقیق نشان می دهد که منبع مورد استناد این سازوکار در حقوق ایران مستفاد از آیات، روایات و اصول فقه است و از این حیث در بافت جمهوری اسلامی دارای مشروعیت است. تمایز و نوآوری این تحقیق عطف به داوری سازمانی عنوان شده است. سعیدی و دیگران (۱۴۰۰)، با تأکید بر حقوق موضوعه ایران و با اتخاذ رویکردی توصیفی-تحلیلی، به بررسی ظرفیت های روش غیر قضایی حکمیت و قلمرو و محدودیت های آن در حل و فصل منازعات پرداخته اند. نتایج حاصل از این تحقیق نشان داد که علیرغم ظرفیت های حقوقی و معرفتی این مکانیسم برای حل برخی از منازعات، به دلیل ضعف در قانون گذاری، استانداردها و سازمان های لازم برای بسط این مکانیسم، در این زمینه با محدودیت های جدی مواجه هستیم. از تمایزات این تحقیق می توان توجه به بافت کاربردی داوری و ارائه پیشنهاد های تقنینی اشاره کرد. گلزاری و دیگران (۱۳۹۹) در یک مطالعه با روش توصیفی و تحلیلی، به بررسی تطبیقی حکمیت در فقه امامیه و داوری در حقوق موضوعه ایران برای حل تعارض زوجین پرداخته اند. نتایج حاصل از این مطالعه نشان داد که علیرغم تلاش قانون گذار برای تطبیق حقوق دادگاه خانواده با مبانی فقهی، در موضوع حکمیت، سازگاری کامل ایجاد نشده است و در برخی موارد عدم انطباق اساسی وجود دارد. نویسندگان پیشنهاد کرده اند که در صورت ابتناء برخی از جنبه های دیگر

حقوق خانواده بر مبنای فقهی، هم در مرحله پیشگیری از تعارض و هم در مرحله تصمیم‌گیری، دادگاه‌های خانواده با مشکلات کمتری مواجه بودند. هوشمند فیروزآبادی و بطحایی (۱۳۹۶) نیز در مطالعه‌ای توصیفی-تطبیقی، به بررسی ماهیت فقهی داوری پرداختند. نتایج حاصل از این مطالعه نشان داد که نظریه تحکیمی دانستن داوری در فقه مورد قبول است. همچنین با بررسی مفهوم قضاوت تحکیمی در فقه و مفهوم داوری در حقوق موضوعه، هم‌پوشانی و تطابق این مفاهیم اثبات شده است و شبهاتی مانند عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی یا عدم امکان به‌کارگیری و ضرورت آن در عصر غیبت مرتفع شده است. بررسی نظری و تطبیق داوری با قضاوت تحکیمی و انتخابی از تمایزات این مقاله به شمار می‌رود. همچنین، خدروی (۱۳۹۴) به موضوع انصاف دادرسی در مکانیسم داوری بین‌المللی پرداخته است. در این مطالعه که به روش توصیفی و تحلیلی انجام شده است، شرایط و زمینه‌های تحقق انصاف در دادرسی مبتنی بر داوری تشریح شده است که از آن جمله می‌توان به رکن استقلال و بی‌طرفی داور، ترافعی بودن فرایند رسیدگی و اعطای فرصت دفاع و شیوه ابلاغ مناسب، تکلیف افشا و حق جرح داور اشاره کرد. عطف به موضوع انصاف مهم‌ترین تمایز این مقاله است. پیش‌تر نیز مافی و پارسافر (۱۳۹۰)، دخالت دادگاه‌ها در رسیدگی‌های داوری در حقوق ایران را مورد مطالعه قرار دادند و دریافتند که مداخله حداقلی دادگاه در مکانیسم داوری در مرحله پیش از صدور رأی، حین رسیدگی و پس از صدور رأی به ویژه در زمان الزام رأی، برای به ثمر رسیدن آن ضرورت دارد اما تحدید و تعیین قلمرو آن نیز ضروری است.

۲-۲. مطالعات انجام شده در بافت خارجی

بروید (۲۰۱۸) در مقاله‌ای به بررسی نقاط قوت و ضعف فرایندهای داوری مبتنی بر دین در آمریکا پرداخته است. نتایج حاصل از این مقاله نشان داد که توافق طرفین برای استفاده از اصول دینی خود به‌عنوان مبنای داوری در کشور آمریکا و دیگر کشورهای غربی دارای برخی مزیت‌ها است که از آن جمله می‌توان به تبادلات ارزشی بین قانون سکولار و اصول دینی اشاره کرد. همچنین برخی موارد حقوقی خاص از طریق داوری مبتنی بر دین راه‌حل سریع‌تر و بهتری دارند. همچنین نتایج این تحقیق نشان داد که معایب این نوع داوری بیشتر

از مسائل ماهوی، ریشه در نبود سیاست‌گذاری‌های حقوقی و نقص‌های بافتی در کشورهای غربی دارد که از آن جمله می‌توان به نبود مکان فیزیکی برای داوری به منظور ارجاع افراد اشاره کرد. همچنین در مطالعه‌ای که در بافت انگلستان انجام شد، شاهین (۲۰۱۸) به مطالعه تأثیر تفاوت‌های فرهنگی بر داوری بین‌المللی پرداخت. در این تحقیق از ایران به‌عنوان مطالعه موردی استفاده شده است. روش تحقیق استفاده شده در این مطالعه بررسی تطبیقی منابع فارسی و انگلیسی و انجام مصاحبه‌های نیمه ساختاریافته بوده است. نتایج حاصل از این تحقیق نشان داد که علاوه بر مبانی فنی و حقوقی، مسائل فرهنگی نیز بر جنبه‌های مختلف داوری تأثیر گذارند و باید در حین آموزش داوران و انتخاب آن‌ها بر این موارد اختلافی تأکید شود. خوکاز (۲۰۱۷) نیز داوری مبتنی بر شریعت اسلامی و داوری تجاری بین‌المللی را به‌صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار داده است. نتایج حاصل از این تحقیق نشان داد که به منظور انجام موفق داوری مبتنی بر شریعت، ضمن لحاظ نمودن استانداردها و معیارهای تجارت بین‌المللی، باید به تمایزات بافتی و بومی کشورهای اسلامی نیز توجه نمود زیرا قوانین تجاری بین‌المللی صرفاً همه نگرانی‌ها و ملاحظات اسلامی را پوشش نمی‌دهند. در یک بررسی مقایسه‌ای دیگر، الرجعان (۲۰۱۷) بعد تجاری قوانین داوری در عربستان را قوانین بین‌المللی مقایسه کرده است. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که اصلاح قوانین عربستان در سال ۲۰۱۲ و بر اساس قوانین آنسیترال و قوانین موضوعه کشور اسکاتلند باعث بهبود بعد اجرایی و بین‌المللی این قوانین و افزایش کارایی آن‌ها در موارد مرتبط با تجارت بین‌الملل شده است. در یک تحقیق مشابه نیز پیش‌تر ابوالعبان (۲۰۱۵) به بررسی مقایسه‌ای قوانین داوری عربستان با قوانین انگلستان پرداخته بود. در این مقایسه که منجر به نتایجی مانند تحقیق پیشین شده است، در پایان نویسنده با دید انتقادی تری به بررسی عواقب ناشی از اصلاحات حقوقی در این کشور پرداخته است. این در شرایطی است که پیش‌تر نیز هاگشو (۲۰۱۳) با تأکید بر نیاز به انجام اصلاحات در قوانین داوری کشورهای اسلامی، به بررسی مبانی فقهی و تأثیر شریعت اسلامی در بهبود و تعمیق و اصلاح این قوانین پرداخته بود.

۲-۳. تمایزات تحقیق

مرور پیشینه تحقیق نشان داد که اغلب مطالعات انجام شده ضمن تأیید تفاوت‌های تقنینی و رویه‌ای در قوانین داوری ایران با قوانین جاری بین‌المللی، پیشنهادی در این زمینه ارائه نکرده‌اند. همچنین اغلب تحقیقات انجام شده پیشنهادی برای چگونگی استفاده از ظرفیت فقه ارائه نداده‌اند. علاوه بر این، اغلب تحقیقات انجام شده از نقص‌های روش‌شناختی در تجزیه و تحلیل مطالب رنج می‌برند. بر همین اساس، تحقیق حاضر از لحاظ حیطة تحقیق و شمول رویه‌های معیار بین‌المللی و ظرفیت‌های بافتی (فقه امامیه) دارای نوآوری است. از لحاظ روش‌شناختی نیز تحقیق حاضر به دلیل مقایسه ظرفیت‌های داوری در بافت داخلی با بافت بین‌المللی دارای نوآوری است و اولین تحقیق در این زمینه است که قوانین و رویه‌های داوری در ایران را با قوانین بین‌المللی به صورت جزء به جزء مقایسه کرده است. همچنین تحقیق حاضر اولین تحقیق جامع برای بررسی ظرفیت‌های داخلی و بین‌المللی فقه امامیه در موضوع داوری است که علاوه بر کاوش عمیق قواعد فقهی موجود، به بررسی امکان قاعده انگاری و استفاده از ظرفیت‌های روش‌شناسی نوین در فقه پرداخته است.

۳. روش‌شناسی تحقیق

برای پاسخ دادن به سؤال تحقیق از روش کیفی پدیدارشناسی تطبیقی^۱ استفاده شده است. برخلاف روش‌های سنتی در تحقیق کیفی که از قالب مشاهده (نومن) برای بررسی و توصیف یک رخداد استفاده می‌کنند، پدیدارشناسی (فنومن) به بررسی ذهنی رخدادها می‌پردازد (مارتون،^۲ ۱۹۸۸). بر این اساس، پدیدارشناسی یک روش تحقیق کیفی برای نگاشت ادراک، فهم و دریافت انسان‌ها از یک پدیده است (مارتون و پونگ،^۳ ۲۰۰۵). ابزار اصلی گردآوری داده‌ها در این زمینه سندپژوهی^۴، مرور نظام‌یافته تحقیق و اعتباربخشی توسط نخبگان فقهی و حقوقی است. در سندپژوهی، اسناد و کتاب‌های مرجع فقه امامیه

1. Comparative Phenomenography

2. Marton

3. Marton & Pong

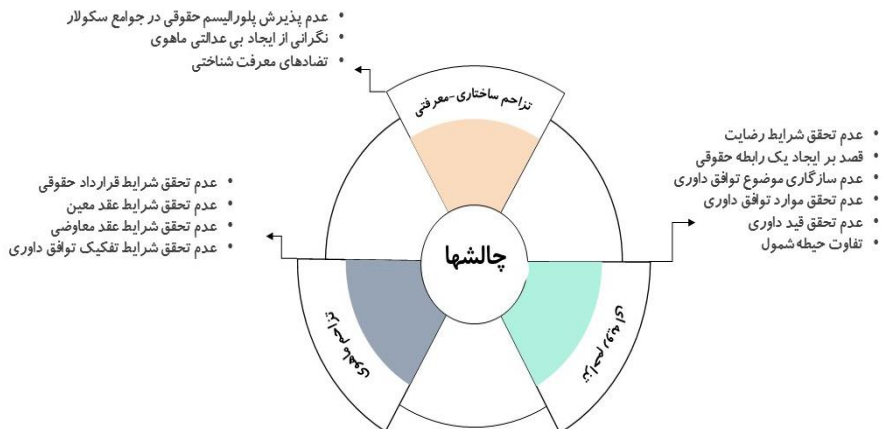
4. Documentary Research

برای بررسی ابعاد حکمیت به عنوان یک پدیدار، مورد بررسی قرار گرفته است و با کمک رویکرد زمینه یابی، ابعاد مختلف این پدیدار تا زمان حصول اشباع نظری، مورد مطالعه قرار می گیرند. در مرور نظام یافته تحقیق نیز، ابعاد گوناگون داوری، به عنوان یک پدیدار، در پایگاه داده ساینس دایرکت و گوگل اسکالر در بازه زمانی ۲۰۰۰ تا ۲۰۲۰ مورد بررسی قرار گرفت است و ابعاد مختلف آن استخراج شد. برای استخراج مفاهیم و محورها در سند پژوهی و مرور نظام یافته، از معیار سه گانه اسجوستورم و دالگرین^۱ (۲۰۰۲) که شامل بسامد،^۲ ربط مفهومی،^۳ و بار معنایی^۴ است، استفاده شد. همچنین برای اعتباربخشی به داده ها از راهبرد کنترل عضو^۵ اسونسون^۶ (۱۹۹۷) استفاده شد که بر اساس آن با انتخاب دو نفر از متخصصان فقه شیعی در حوزه علمیه قم، و دو نفر از متخصصان حقوق بین الملل از دانشگاه آزاد اسلامی، به صورت نمونه گیری غیرتصادفی هدف دار^۷، محورهای کشف شده به صورت تطبیقی، مورد تأیید یا اصلاح این گروه نخبگانی قرار گرفتند.

۴. نتایج تحقیق

مرور پیشینه تحقیق نشان می دهد که کاربست فرایند داوری مبتنی بر شریعت اسلامی، علیرغم ظرفیت های فراوان خود در حل سریع، کم هزینه و اخلاق مدارانه معارضات، به ویژه در منازعات تجاری، در بافت های بین المللی با چالش های فراوانی مواجه است. بر همین اساس، تحقیق حاضر تلاشی بود تا ضمن مرور نظام یافته ادبیات مرتبط با تحقیق، به کمک روش کیفی پدیدارشناسی، تزام و چالش های مرتبط با این پدیده را کشف کند. نتایج تحقیق نشان داد که چالش های کاربست حکمیت در بافت بین الملل با چالش هایی در سه بعد تزام ساختاری-معرفتی، تزام ماهوی، و تزام رویه ای روبرو است که در شکل زیر نشان داده شده است.

1. Sjostorm & Dahlgreen
2. Frequency
3. Conceptual relevance
4. Pregnancy
5. Member-Checking
6. Svenson
7. Non-Random Purposive Sampling



۱-۴. تضادهای ساختاری برای اجرای داوری در جوامع سکولار

نتایج حاصل از مطالعه نشان داد که کاربست اجرای داوری در جوامع سکولار با برخی از تراحم‌های ساختاری روبرو است که از آن جمله می‌توان به برنتابیدن تکثرگرایی حقوقی در این جوامع، نگرانی از ایجاد بی عدالتی ماهوی و تفاوت‌های معرفت‌شناختی اشاره کرد. این محورها در زیر به تفکیک، تبیین شده‌اند.

۱-۱-۴. برنتابیدن پلورالیسم حقوقی توسط جوامع سکولار

علیرغم تلاش جوامع لیبرال غربی برای احترام به کثرت‌گرایی هنجاری موجود در جوامع خود که معلول تفاوت‌های هویتی و ارزشی شهروندان این جوامع است، در زمینه حقوقی امکان تبعیت از چندگانگی‌ها و پلورالیسم حقوقی به حداقل رسیده است. بر اساس بیکر^۱ (۲۰۱۲)، جوامع غربی علیرغم تمایلات لیبرال، به شدت بین پلورالیسم هنجاری و پلورالیسم حقوقی تمایز قائل می‌شوند. در این مفاد، پلورالیسم هنجاری بدان معناست که دولت‌ها به هنجارهای غیردولتی و نظام‌های ارزشی گروه‌های مختلف احترام می‌گذارند اما در عین حال به این نظام‌های ارزشی قدرت قانونی انحصاری نمی‌دهند و استانداردهای حقوقی برای همه افراد یکسان است. در مقابل پلورالیسم حقوقی به این معناست که نظام‌های حقوقی متفاوتی با ارزش معادل نظام حقوقی معیار وجود داشته باشد که دارای

قدرت و الزام آوری یکسانی باشند و در این میان شهروندان آزادی لازم برای انتخاب از میان آن‌ها را داشته باشند. مخالفان پلورالیسم حقوقی بر این باورند که اتحاد و یگانه انگاری ماهوی، رویه‌ای و اساسی در نظام حقوقی برای حفظ ساختار و نظم جامعه ضروری است و در غیر این صورت امکان حفظ جوامع لیبرال وجود ندارد زیرا شاخص‌های عدالت مطرح شده در برخی رویه‌های داوری مبتنی بر دین، نسبت به تعهدات لیبرالی جوامع غربی پاسخگو نیست (بری^۱، ۲۰۰۱).

۲-۱-۴. نگرانی از ایجاد بی‌عدالتی ماهوی^۲

اعمال و الزام ارزش‌ها و هنجارهایی که به صورت ماهوی و اساسی در تضاد با حقوق و تعهدات لیبرالی جوامع سکولار غربی است، نگرانی از ایجاد بی‌عدالتی ماهوی در این جوامع را تقویت می‌کند. بر اساس بروید (۲۰۱۸، ص ۳۴۸)، عدم تساوی جنسیتی در مواردی مانند حق طلاق، تفاوت رویه‌های آزادی در انتخاب در جوامع دینی و سکولار، تعریف دینی از آزادی، تمایز در تعریف از حریم خصوصی از جمله این تمایزات و تفاوت‌های رادیکال است. در حیطه اقتصادی و تجارت نیز این تمایزات و تفاوت‌های ماهوی نیز وجود دارد که از آن جمله می‌توان به موارد ذیل استقلال قراردادی^۳ در اسلام اشاره کرد. برای مثال، در فقه امامیه قراردادهایی که بر اساس گمانه‌زنی، سفته‌بازی و فروش کالاها در آینده باشند، و یا دریافت وام یا قرارداد بیمه‌ای مبتنی بر دریافت سود مجاز نیست. بر همین اساس، فرایندهای داوری مبتنی بر دین در جوامع و مجامع بین‌المللی ممکن است منجر به بی‌عدالتی ماهوی در صدور رأی شود (گرینبرگ و گبلوف^۴، ۲۰۱۵). بر همین اساس در برخی جوامع سکولار، ضمن توجه نسبی به استقلال محاکم داوری، تمهیداتی در این زمینه اندیشیده شده است. برای مثال، در آمریکا آن دسته از رأی‌های محاکم داوری که در تضاد رادیکال با قوانین جاری کشور است را می‌توان در یک دادگاه تجدیدنظر لغو کرد. همچنین، دادگاه عالی آمریکا لغو ماهوی حقوق مدنی لیبرال در

1. Barry

2. Substantive injustice

3. Contractual Autonomy

4. Greenberg & Gebeloff

محاکم داوری را بر نمی‌تابد (بروید، ۲۰۱۸: ۳۵۰).

۳-۱-۴. تضادهای معرفت‌شناختی^۱

استخدام فرایندهای داوری مبتنی بر دین مستلزم کاربست رویه‌های قانونی مبتنی بر همان دین است. در فرایندهای لیبرال داوری مواردی وجود دارند که مدعی تضمین شرایط برابر برای طرفین است که از آن جمله می‌توان به تضمین حق برابر طرفین برای ارائه شواهد به دادگاه یا احضار آن‌ها به دادگاه استفاده کرد. (بروید، همان: ۳۵۱). این در حالی است که برای مثال در فقه اسلامی، وزن حقوقی شهادت شفاهی زن در دادگاه با وزن حقوقی شهادت مرد تفاوت دارد که در تعارض با بافت لیبرال غربی قرار دارد. همچنین، در مبانی فقه اسلامی، بار اثبات^۲ وابسته به این جایگاه شاکی یا متشاکی بودن طرفین دعوی است. همچنین، امکان تغییر در جایگاه بار اثبات متعاقب ایراد سوگند، وجود دارد که باعث لغو اساسی و ابطال ادعاهای شاکی می‌گردد. این رویه‌های حقیقت‌یابی مبتنی بر دین مورد پذیرش بسیاری از رویه‌های قانونی مبتنی بر حقوق لیبرالی در غرب نیست زیرا در آن‌ها مدرک اثباتی و استماع شواهد، دترمینان اصلی در حصول نتیجه است (مزیک، ۲۰۱۶). از دیگر تفاوت‌های رویه‌ای بین فقه اسلامی و داوری بر اساس مبانی لیبرال، توجه به اصول اخلاقی مورد تأکید دین و ترجیح رسیدن به مصالحه در مقابل حصول نتیجه حقوقی است که مورد تأکید نظام‌های بین‌المللی غربی است. ابتناء بر شواهد حکایتی^۳ در مقابل شواهد فنی، یکی دیگر از تمایزاتی است که برخاسته از تفاوت‌های رویه‌ای داوری مبتنی بر فقه اسلامی است که مورد قبول مدل‌های غربی نیست. بدیهی است این ایرادات در نظام‌های حقوقی اسلامی که دارای سازمان، ساختار و فرایندهای آموزشی برای داوری است، وجود ندارد. اگرچه قالب کاری مطرح شده در غرب برای داوری تا حدود زیادی مانع ایجاد مغایرت‌های ماهوی و رویه‌ای می‌شود اما با این حال نیز تمهیداتی برای این مغایرت‌ها در نظر گرفته شده است که بر اساس آن امکان بررسی مجدد و تجدیدنظر در رأی صادره از

1. Epistemological Contradictions

2. Burdens of Proof

3. Anecdotal Evidences

این گونه محاکم وجود دارد که از آن جمله می‌توان به اقدام داوری فدرال^۱ در آمریکا اشاره کرد. بر اساس این اقدام، حتی در صورت توافق طرفین برای انتخاب یک داور، در صورتی که مشخص شود آن داور بیش از حد اختیارات خود برای صدور رأی استفاده کرده است؛ امکان ابطال آن رأی وجود دارد. علاوه بر آن، قالب‌های داوری مبتنی بر حقوق سکولار امتیازاتی را به دادگاه‌های عمومی و قضایی اعطا کرده‌اند تا در صورت لزوم و مغایرت رأی صادرشده با سیاست‌گذاری‌های عمومی کشور، امکان بررسی مجدد مواد رأی صادره را داشته باشند (بروید، همان: ۳۵۷).

۴-۲. نزاحم رویه‌ای

علاوه بر تضادهای ساختاری که در بالا به آن‌ها اشاره شد، تفاوت در رویه‌های حقوقی از جمله عدم تحقق شرط رضایت، عدم تحقق شرایط قصد در رابطه حقوقی، مغایرت موضوع، حیثه شمول، عدم تحقق قید و مغایرت موارد توافق باعث شده‌اند که در بعد رویه نیز کاربست داوری مبتنی بر فقه در بافت بین‌الملل با مشکل مواجه باشد. این موارد در زیر تشریح شده‌اند.

۴-۲-۱. عدم تحقق شرط رضایت

یکی از شرایط اصلی توافق داوری رضایت است که شامل دو بخش پیشنهاد و قبول^۲ است به نحوی که در آن یکی از طرفین پیشنهاد داوری را ارائه می‌کند و طرف دیگر، در صورت رضایت، آن را مورد پذیرش قرار می‌دهد. وحدت نیت بین پیشنهاددهنده و پذیرش‌کننده نیز در این میان ضروری است. همچنین، قبول باید دارای عبارات و کلام واضح باشد. بررسی‌های مطالعه حاضر نشان می‌دهد که در داوری فقهی و بین‌المللی، رضایت شرط بنیادین ایراد توافق است. داوری (حکمیت) برخلاف قضاوت محدود به مواردی است که دو طرف نزاع به داوری رضایت دهند و داور انتخاب کنند و از طرفی دیگر برخلاف قضاوت در انشاء حکم، داوران نظر خود را با مشاوره طرفین اختلاف ارائه

1. Federal Arbitration Act
2. Offer and Acceptance

می‌دهند (دوری قحطان، ۱۴۰۵ق: ۳۰-۲۷). همچنین، در فقه امامیه، آیه ۲۹ سوره نساء^۱ یکی از مستندات لزوم رضایت در قراردادها است که توافق داوری نیز تحت شمول آن قرار می‌گیرد. در حقوق بین‌الملل، قبول می‌تواند به شکل شفاهی و کلامی و یا به صورت عملی و با نوشتاری باشد. همچنین، استنباط از قبول در کلام یا نوشتار نیز مورد پذیرش است (وگنوئر و کلین هیسترکمپ^۲، ۲۰۰۹). یکی از مواردی که در این زمینه در حقوق بین‌الملل مورد توجه واقع شده است، بندهای داوری اجباری^۳ در قراردادهای فروش و استخدام و یا برخی دیگر از قراردادهای تجاری است که اغلب مورد توجه برخی از طرفین قرار نمی‌گیرد. از آنجایی که چنین بندهای اجباری مغایر با حقوق افراد برای دسترسی به دادرسی عادلانه و الزام به داوری اجباری است، در برخی محاکم حقوق بشری مانند کنوانسیون حقوق بشر اروپا (بند ۱، ماده ۶) مورد رد قرار گرفته است اما با این حال افراد آزاد هستند که در صورت تمایل، نسبت به قبول آن اقدام کنند (کولینز^۴، ۲۰۰۸). در سایر پروتکل‌ها و کنوانسیون‌های داوری که در فوق به آن‌ها اشاره شد، تمهیداتی برای چنین شرایطی پیش‌بینی نشده است و ارجاع چنین موارد داوری به سیاست‌گذاری‌های عمومی و حقوق موضوعه کشور محل رجوع، ساده‌ترین راه‌حل این پروتکل‌ها و کنوانسیون‌ها است.

۲-۲-۴. عدم تحقق شرایط قصد در رابطه حقوقی

یکی از موارد موجود در قراردادها که با مفهوم "رضایت" پراگماتیک نزدیکی دارد اما با آن تفاوت ماهوی دارد، قصد بر ایجاد یک رابطه حقوقی حین توافق داوری است. علاوه بر رضایت برای داوری، وحدت نیت طرفین در همه شرایط و الزامات توافق داوری است. بر همین اساس است که می‌توان یک توافق داوری را در صورت محقق نشدن وحدت نیت طرفین، برای مواردی مانند کلاه‌برداری و دیگر موارد ابطال‌کننده قرار داد که ناشی از فریب، خدعه و نیرنگ است، مورد ارزیابی قرار داد و در صورت لزوم باطل کرد (کولینز، ۲۰۰۸: ۳۳۷).

۱. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ

2. Vogenauer, S. and Kleinheisterkamp

3. Mandatory Arbitration Clause

4. Collins

۳-۲-۴. مغایرت موضوع در توافق داوری^۱

موضوع توافق داوری دربردارنده تعهدات طرفین برای توافق است. بر همین اساس، موضوع قرارداد باید متناسب با قوانین موضوعه و مرتبط، قابلیت قراردادی شدن داشته باشد و در غیر اینصورت نامعتبر و غیر قابل استناد است (الیجاد، ۱۹۹۹). آنچه در اینجا مهم است سازگاری موضوع توافق داوری با امکان قراردادی شدن تعهدات داوری است. در شریعت اسلامی اگر موضوع منازعه ذیل موضوعات قابل داوری نباشد، قرارداد و یا توافق داوری نامعتبر است. به عبارت دیگر، آنچه در شریعت اسلامی مهم است، سازگاری موضوع منازعه اولیه با نفس داوری است که ممکن است با موضوع توافق داوری تفاوت داشته باشد. زیرا در برخی شرایط، موضوع توافق داوری متفاوت از موضوع منازعه است. بر این اساس، ممکن است موضوع منازعه ذیل مشروعات داوری در شریعت اسلامی باشد اما مهم تر آن است که موضوع توافق داوری نیز با شریعت سازگاری داشته باشد.

۴-۲-۴. مغایرت موارد توافق داوری^۲

آنچه مورد توافق قرار گرفته است، یا همان مواد توافق، باید با حقوق عمومی، حقوق عرفی و اخلاقیات سازگاری داشته باشد. در حقوق بین الملل نیز اگر یکی از مواد ذیل توافق خلاف یکی از سه حیطة مذکور باشد، توافق داوری باطل است مگر اینکه یکی از شروط و یا قیود داوری، مستقل از توافق داوری اصلی باشد. در این شرایط، داور می تواند تصمیم بگیرد که موارد مشروط یا قید شده، مستقل از قرارداد اصلی است یا خیر.

۵-۲-۴. عدم تحقق قید داوری

بر اساس گرینبرگ و دیگران (۲۰۱۱)، توافق برای داوری در حقوق بین الملل معمولاً به دو شیوه تحقق می یابد؛ شیوه اول جعل قید یا قیود معطوف به توافق داوری^۳ در پایان قراردادهای تجاری و یا اقتصادی بین افراد حقیقی و حقوقی که باعث می شود در صورت بروز تعارض، قرارداد مذکور در عوض ارائه به مجامع حقوقی و طی رویه های قانونی، به

1. Subject of Arbitration agreement
2. Objects of Arbitration Agreement
3. Arbitration clause

یک داور ارجاع شود. روش دوم نیز موافقت‌نامه ارجاع^۱ به داوری پس از قرارداد و خارج از متن قرار داد است. هر دو روش مرسوم در داوری بین‌المللی در حقوق اسلامی نیز قابل قبول است اما از آنجایی که در فقه اسلامی، ارجاع مستقیمی به شروط داوری در قراردادها صورت نگرفته است، تفسیر از سایر قراردادها و عقود اسلامی در دستور کار قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، اگر قیود ذکر شده در انتهای عقود مبنی بر توافق داوری با اصول حاکم بر عقود اسلامی تعارض نداشته باشد، آن قیود داوری نیز قابل پذیرش و به تبع آن توافق داوری شرعی است اما اگر این قیود با شرایط حاکم بر عقود اسلامی مغایرت داشته باشد، توافق داوری نیز غیر قابل پذیرش است در حالی که این تزامم در مورد قراردادهای بین‌الملل وجود ندارد.

۶-۲-۴. حیطه شمول داوری

حیطه داوری در فقه اسلامی نسبتاً گسترده است و از همان صدر اسلام مسائل مختلفی مانند اختلافات بین‌المللی (توافق بنی قریظه)، مسائل سیاسی (مانند حکمیت در برخی موارد اختلافی بین امام علی (ع) و حاکمان وقت)، مسائل تجاری و اقتصادی را شامل شده است. همچنین، در مورد اختلافات خانوادگی موضوع حل اختلاف از طریق حکمیت مورد تأکید شریعت اسلامی بوده است. در عین حال، در بسیاری از مکاتب اسلامی برخی موضوعات که مرتبط با حق خدا، پیامبر و امامان است، تحت شمول داوری قرار نمی‌گیرد که از آن جمله می‌توان به مواردی حدود، قصاص و دیه در مکتب حنفی، وقف، وصیت و پول یتیم در مکتب مالکی، حدود در مکتب شافعی و همه موارد احتیاطی در مکتب حنبلی اشاره کرد (هاگشو، همان: ۵۲). همچنین این نوع قضاوت و داوری جزء احکام امضائی اسلام دانسته شده زیرا از قدیم‌الایام بین مردم در جوامع مختلف شایع بوده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۰). مفهوم داوری در نظم حقوقی کنونی منطبق بر مفهوم قاضی تحکیم در فقه موی باشد. این مطلب مورد اذعان برخی حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ش، ص ۱۱۴؛ کشاورز، ۱۳۷۴ش: ۲۰ و ۲۱) و فقها (اردبیلی، ۱۴۲۳ق: ۱۳۳) نیز قرار

گرفته به گونه‌ای که در برخی کتب فقهی در ذیل بحث قاضی تحکیم به ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم که مربوط به داوری بود، اشاره شده است (همان). در نظام‌های حقوقی بین‌المللی نیز همه موارد تحت شمول داوری قرار نمی‌گیرند. بر اساس پروتکل ۱۹۲۳ ژنو همه موارد تجاری و همه موارد غیرتجاری که قابلیت داوری دارند، ذیل شمول آن قرار می‌گیرند. اینکه کدام موضوع قابلیت داوری دارد در این پروتکل تعیین نشده است اما در اصلاحیه انجام شده در سال ۱۹۲۷، معیار داوری پذیری بودن یک پرونده، قانون کشور محل رجوع است. بر اساس کنوانسیون نیویورک نیز همه مواردی که برخلاف سیاست‌گذاری عمومی کشور نباشند و توسط قوانین موضوعه قابلیت بررسی نداشته باشند، قابل داوری هستند ولی با این حال، بر حل و فصل تعارضات تجاری از طریق داوری تأکید شده است. بر اساس بند ۲ ماده ۳۴ قانون آنسیترا ل نیز عدم مغایرت با سیاست‌گذاری عمومی کشور محل رجوع و لاینحل بودن توسط قوانین موضوعه همان کشور، شرایط شمول داوری عنوان شده‌اند. بر اساس بسون و پودرت^۱ (۲۰۰۷)، در برخی کشورهای غربی مانند انگلستان حتی حقوق قانونی^۲ بر اساس شرایط خاصی مشمول داوری قرار می‌گیرند. همچنین، در برخی موارد، منازعات مرتبط با حقوق مصرف‌کنندگان کالاها و مستخدم-کارفرما تحت شمول داوری قرار می‌گیرند (همان، ۱۵۳).

۳-۴. تزام ماهوی

سازوکارهای داوری مبتنی بر فقه شیعی در بعد ماهوی نیز با بافت بین‌الملل مغایرت‌های دارند که استفاده از آن در حل منازعات بین‌المللی را با مشکل روبرو کرده است. عدم تحقق شرایط قرارداد حقوقی، عدم تحقق شرایط عقد معین، عدم تحقق قرارداد عقد معاوضی و عدم تحقق شرایط تفکیک توافق داوری از جمله این مغایرت‌ها هستند که مورد بحث قرار گرفته است.

1. Besson, S. and Poudret,
2. Statutory Rights

۱-۳-۴. عدم تحقق شرایط قرارداد حقوقی

توافق داوری یک قرارداد حقوقی است. توافق داوری یک قرارداد حقوقی به شمار می‌رود، یعنی حقوق بین‌المللی و حقوق کشورها آن را به رسمیت می‌شناسد و همه الزامات و بندهای تحت شمول آن نیز از این رسمیت برخوردار هستند. بنابراین، مجامع قضایی، از استماع و پذیرش منازعات تحت شمول داوری به شدت خودداری می‌کند.

۲-۳-۴. عدم تحقق شرایط عقد معین

توافق داوری یک قرارداد عقد معین^۱ است. قرارداد عقد معین قراردادی است که در قانون تعریف مشخص و انحصاری دارد. بر همین اساس، اغلب کشورهای دنیا، یک قانون جداگانه و مستقل برای داوری تعریف کرده‌اند که همه مراحل فرایند داوری تا زمان صدور نتیجه نهایی در آن قالب تعریف می‌شود. در غیاب قوانین داوری مربوط به برخی موضوعات خاص، به قوانین و مقررات حاکم بر قراردادهای تجاری حقوقی مراجعه می‌شود. یکی دیگر از مشکلات این گونه قراردادها این است که معمولاً دارای شرایط و الزاماتی هستند که قضاوت در مورد آن را تنها ذیل اختیارات نهاد رسمی حقوقی برمی‌شمرد و تفویض آن به داور را منع کرده است.

۳-۳-۴. عدم تحقق قرارداد عقد معاوضی^۲

توافق داوری یک عقد معاوضی است. عقد معاوضی قراردادی است که برای همه طرفین خود مزایا و منافی را به دنبال دارد. در مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، مزایا و منافع توافق شده باید متناسب با قوانین حقوقی حاکم بر محل رجوع توافق باشد و در غیر این صورت، توافق باطل است. تفاوت ماهوی مشروعیت از دیدگاه حقوقی با دیدگاه شریعت یک چالش است.

۴-۳-۴. عدم تحقق شرایط تفکیک توافق داوری

توافق داوری یک قرارداد مجزا است: توافق داوری از توافق تجاری مرتبط با آن مجزا است و در این شرایط نیز اعتبار خود را حفظ می‌کند. بر اساس این اصل تفکیک، مشروط

1 Nominate Contract

2 Consensual Contract

به وجود قید داوری در هر قرارداد تجاری، یا توافق پسینی معطوف به داوری، توافق داوری به‌عنوان یک قرارداد مجزا تلقی می‌شود که مستقل از قرارداد اصلی است. به عبارت دیگر، روایی و صحت قید داوری در یک قرارداد ارتباطی با سرنوشت قرارداد اصلی ندارد و برعکس. بر همین اساس، عدم مشروعیت و غیرقانونی بودن قرارداد اصلی، خللی در صحت و مشروعیت توافق داوری ایجاد می‌کند. این در شرایطی است که در شریعت، صحت توافق منوط به صحت قرارداد اصلی است.

نتیجه‌گیری

نتایج حاصل از تحقیق فوق نشان داد که استفاده از ظرفیت داوری مبتنی بر فقه در حقوق بین‌الملل در برخی جنبه‌ها با چالش اساسی مواجه است. یکی از دلایل عدم فهم مشترک میان حقوقدانان و فقیهان در برخورد با مسائل نوپدید، تفاوت در هستی‌شناسی و معرفت‌شناسی تفاوت منظر تحلیلی این دو طیف است که مانع از رسیدن به راه‌حل در بسیاری از چالش‌های نوین شده است. در برخی از موارد این سطح از اختلاف به مبانی نظری و منابع تقلیل داده شده است. این در شرایطی است که مبانی نظری زائیده مبانی هستی‌شناسی و معرفت‌شناسی هستند. برخی از صاحب‌نظران در این زمینه معتقدند که بدون توجه به نگاه معرفت‌شناختی نسبت به مسائل فقهی، حتی امکان انطباق و بررسی مقایسه‌ای بین فقه و سایر حیطه‌ها فراهم نیست. در نقطه مقابل فقه، یعنی حقوق غرب، تصریح شده است که جوامع انسانی بر اساس بافت‌های معرفت‌شناسی خرد تقسیم‌بندی شده‌اند و موضوعات حقوقی به‌عنوان برساختی از همین جوامع انسانی، در قالب همین بافت‌ها قرار گرفته‌اند و از این رو، عدم اتخاذ نگاه معرفت‌شناختی به آن، موجبات عدم فهم موضوعی را فراهم می‌سازد زیرا ساخت جامعه از حقیقت، علیرغم استقلال شناختی حقوق به‌عنوان پدیده‌ای در علوم جدید، از گزاره‌های تعیین‌کننده و بنیادی محتوای حقوقی است که بافت معرفت‌شناختی وابستگی کمک گرفت. به‌طور خلاصه، یکی از مؤثرترین روش‌ها در مقابله با چالش‌های فقهی و حقوقی، نظریه‌سازی و تولید دانش بر اساس مبانی هستی‌شناختی و معرفت‌شناسی فقه اسلامی است که زمینه لازم برای قاعده‌انگاری، تفسیر و حتی اجتهاد را فراهم می‌کند.

هم‌افزایی فقهی-حقوقی و استفاده از ظرفیت‌های نظری یکی دیگر از راهبردها در این زمینه است. استفاده از ظرفیت‌های سازمانی و مبانی حقوق قضایی و مدنی در جهت نظام‌سازی فقهی نیز یک راهبرد محتمل در این زمینه است که ضمن کاهش هزینه‌های اجتماعی و فرایندی فقه برای تأثیرگذاری در جنبه‌های مختلف باعث بسط ید فقها در صدور حکم فقهی در این زمینه می‌شود. نتایج بسیاری از تحقیقات در کشورهای اسلامی

نشان می‌دهد که ناسازگاری نظریات و رویکردهای فقهی با رویکردهای حقوقی در زمینه‌های مختلف از جمله حوزه اقتصاد، باعث بروز مشکلات اساسی در این زمینه شده است. برخی از این مشکلات باعث شده است که کاربست قوانین تجارت اسلامی در بسیاری از ابعاد نوپدید و بین‌المللی دچار نارسایی اساسی شود که در این میان می‌توان به نارسایی‌های نظام بانکی، صکوک، تورق و مباحه در بسیاری از کشورهای اسلامی اشاره کرد. برخی از محققان در این زمینه معتقدند که نظامات اقتصاد اسلامی در حوزه‌های گوناگون تولید، توزیع و فروش، به سازوآر سازی و تقریب معیارهای اجتهاد و استانداردهای قانون‌گذاری اقتصادی نیاز دارند و قوانین مترتب بر تبلیغات تجاری گمراه‌کننده نیز در این شمول قرار دارند. بررسی نظام‌های اقتصادی کشورهای اسلامی نیز حاکی از آن است که ریشه بسیاری از مشکلات را اتخاذ موضع فقهی متفاوت از گزاره‌های حقوقی می‌داند که عمدتاً به دلیل برخی ملاحظات فقهی تابع شرایط اجتماعی و بافتی و اصولی مانند مصلحت و یا روزآمد نبودن گزاره‌های فقهی است. جامع نبودن و بخشی بودن نوع ورود فقه به مسائل مستحدثه از دیگر مسائل موجود در این زمینه است که به دلیل عدم جامعیت و فقدان نظام، یا تنها به حل بخشی از مسئله کمک می‌کند و یا فاقد تعمیم زمانی و یافتی است. بر همین اساس اتخاذ نگاه جامع فقهی در زمینه اقتصاد و حرکت به سمت فقه نظام که ورای حیطه فردی و در شمول حیطه اجتماعی است ضرورت دارد.

فهرست منابع

۱. الزمخشری، ابوالقاسم، (۱۴۰۵). اساس البلاغه، مصر، انتشارات العامه
۲. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق) مذهب الاحکام، جلد ۲۷، مکتبه ایت الله سبزواری، قم.
۳. سعیدی، یاسمن، جمالزاده، عبدالرضا، باقری، احمد. (۱۴۰۰). قلمرو و محدودیت های حکمیت در حل و فصل اختلافات در حقوق موضوعه ایران. نامه الهیات، ۱۳(۲)، ۱۲۰-۱۳۵.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸) ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران.
۵. حسن پور تیجی، ام البنین، انتخابیان، عدرا. (۱۴۰۰). بررسی نهاد داوری سازمانی در حقوق ایران با رویکردی بر مبانی مشروعیت آن. مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۱۷(۶۵)، ۳۱-۵۴.
۶. خدری، صالح. (۱۳۹۴). دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین المللی. مطالعات حقوق تطبیقی، ۶(۲)، ۵۱۹-۵۴۰.
۷. دوری قحطان، عبدالرحمن، (۱۴۰۵ق) عقد التحکیم فی الفقه الاسلامی، احیاء التراث، بغداد.
۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، (۱۴۱۸ق) خلاف، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
۹. کشاورز، بهمن، (۱۳۷۴) نگرشی به قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، نشر میزان، تهران.
۱۰. گلزاری، زهرا، شریعتی، رحمت الله، شریعتی، الهام، صفدرزاده، سیده فائزه. (۱۳۹۹). حکمیت و نهاد داوری در حل تعارض بین زوجین مقایسه تطبیقی در فقه امامیه (با تأکید بر ادله مبتنی بر وحی) و حقوق موضوعه. پژوهشنامه اسلامی زنان و خانواده، ۸(۴)، ۲۰۷-۲۳۳.
۱۱. مافی، همایون، - پارسافر، جواد. (۱۴۰۱). دخالت دادگاهها در رسیدگیهای داوری در حقوق ایران. فصلنامه دیدگاه های حقوق قضائی، ۱۷(۵۷)، ۱۰۵-۱۳۰.

۱۲. محمدی گیلانی، (۱۳۶۰) محمد، قضا و قضاوت در اسلام، المهدی، تهران..
۱۳. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی، (۱۴۲۳ق) فقه القضاء، موسسه النشر لجامعه المفید، قم.
۱۴. هوشمند فیروزآبادی، حسین، & بطحایی، فرهاد. (۱۳۹۶). بررسی ماهیت فقهی داوری. مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۳(۴۸)، ۱۷۱-۱۹۲.
15. Abulaban, A.A (2015). The Saudi Arabian Arbitration Regulations. Unpublished PhD Dissertation, Sterling University.
16. AL-Bijad, M., (1999), Arbitration in the Kingdom of Saudi Arabia. Riyadh, Administrative Researches and Studies Centre.
17. Al-Rajaan, T. (2017). The Saudi Arbitration Law Assessed. Unpublished PhD dissertation, Sterling University.
18. Al-Turki, Abdallah (2010). Asbab Akhtil-aaf al-Fuqaha. Third edition, Resalah Publishers.
19. Baker, A (2012). Higher Authority: Judicial Review of Religious Arbitration, Vermont Law Review, 190, 157-202.
20. Barry, B. (2001). Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism, Polity Press.
21. Borba, I., (2009), International Arbitration: A comparative study of the AAA and ICC rules. USA, Pro Quest LLC.
22. Brojde, M.J., (2018). Faith-based arbitration evaluated. The policy arguments for and against religious arbitration in America. *Journal of Law and Religion*, 33(3), 340-389.
23. Collins, D., (2008), "Compulsory Arbitration Agreements in Domestic and International Consumer Contracts", *King's Law Journal*, 19(2), 335-355.
24. Davidson, F., (2011), "The Arbitration Act 2010: The Way Forward or a Few Missteps. *The Journal of Business Law*, 1, 43-63.
25. Grais, W, & Pellegrini, M. (2006). Corporate Governance and Shariah Compliance in Institutions Offering Islamic Financial Services. World Bank Policy Research Working Paper.
26. Greenberg, S, & Gebeloff, R. (2015). Arbitration Everywhere: Stacking the Deck of Justice, *New York Times*. November 1st.
27. Hagsha, F, F. (2013). Arbitration in Islamic Shari'ah; a Comparative Study with International Law and English Law. Unpublished PhD Dissertation, Lancaster University.
28. Hegaz, W. (2005).. Fatwas and the Fate of Islamic Finance: A Critique of the Practice of Fatwa in Contemporary Islamic Financial Markets. In *Islamic Finance: Current Legal and Regulatory Issues*, edited by Nazim Ali: Islamic Finance Project, Islamic Studies Program, Harvard Law School.

29. Judijanto, L., Madah R., Kartika, P.D, Saryanto, S., & Retnaningsih, R (2024). Analysis of Challenges and Prospects for Dispute Resolution through the National Sharia Arbitration Board in the Indonesian Legal Context. *West Science Islamic Studies*, 2(01), 8–14.
30. Justyna-Powel, E. (2020). *Islamic Law and International Law: Peaceful Resolution of Disputes*. Oxford, Oxford University Press.
31. Kamali, M. H., (2007). Shari'ah and Civil Law: Towards a Methodology of Harmonization. *Islamic Law and Society*, 14 (3), 23-41.
32. Khoukaz, G. (2017). Sharia Law and International Commercial Arbitration: The Need for an Intra-Islamic Arbitral Institution. *Journal of dispute resolution*, 1(14), 181-197.
33. Marton, F. (1988). Phenomenography: Exploring different conceptions of reality. In D. Fetterman (Ed.), *Qualitative approaches to evaluation in education: The silent scientific revolution* (pp. 176–205). New York, NY: Praeger.
34. Marton, F., & Pong, W. Y. (2005). On the unit of description in phenomenography. *Higher Education Research & Development*, 24, 335-348.
35. Messick, A. (2016). The Judge and the Mufti, in *The Ashgate research companion to Islamic law*, 83–84
36. Mistelis, L. J., & Kroll, S., (2012). *Comparative international commercial arbitration*. The Netherlands, Kluwer Law International.
37. Nicholas, F. (2007). Islamic Finance Law as an Emergent Legal System." *Arab Law Quarterly*, 21(2), 10-27.
38. Poudret, J. and Besson, S., (2007), *Comparative Law of International Law*. England, Sweet & Maxwell Ltd.
39. Sjostrom, B., & Dahlgren, L. O. (2002). Nursing theory and concept development or analysis: Applying phenomenography in nursing research. *Journal of Advanced Nursing*, 40(3), 339–345
40. Svensson, L. (1997). Theoretical Foundations of Phenomenography. *Higher Education Research & Development*, 16(2), 159–171.
41. *The Shorter Oxford English Dictionary* (1969), third edition, London, oxford publications.
42. Vogenauer, S. and Kleinheisterkamp, J., (eds), (2009), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford University Press Inc, New York