

**Comparative Studies
in Jurisprudence,
Law, and Politics**

Feasibility Study of Autonomous Arbitration with Reference to the Concept of Arbitrator in Fiqh

1. Nahid Zandalshani*: PhD Student, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. Email: zandalshani.nahid621@gmail.com (Corresponding Author)
2. Mehdi Hassanzadeh: Full Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
3. Hedayatollah Soltaninejad: Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

ABSTRACT

Autonomous arbitration, aimed at the definitive resolution of disputes, shifts the regulation of arbitration from the parties' agreement to factors aligned with their needs and preferences, ensuring the independence of arbitration. This article, with the presupposition of an autonomous nature, employs a descriptive-analytical method to examine the position of autonomy in Fiqh. Arbitration is a form of dispute resolution typically established through the parties' mutual agreement to designate a third party for conflict resolution. Arbitration is considered a type of adjudication with a judicial foundation. In adjudication by mutual agreement, disputes are resolved based on judicial regulations, whereas arbitration resolves disputes on a contractual basis. Recognizing this fundamental difference implies accepting the expansion of the arbitration concept, without limiting it to the regulations of adjudication by mutual agreement. The parties may resolve disputes under the rules of arbitration or choose their desired regulations. Consequently, autonomous arbitration cannot be structured and analyzed strictly based on the jurisprudential principles of adjudication by mutual agreement, and there is no jurisprudential prohibition against accepting autonomous arbitration.

Keywords: *Autonomous Arbitration, Adjudication by Mutual Agreement, Contractual Basis, Judicial Basis*

How to cite: Zandalshani, N., Hassanzadeh, M., & Soltaninejad, H. (2024). Feasibility Study of Autonomous Arbitration with Reference to the Concept of Arbitrator in Fiqh. *Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, 6(5), 72-87.

© 2024 the authors. This is an open access article under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) License.

Submit Date: 21 November 2024
Revise Date: 08 December 2024
Accept Date: 20 December 2024
Publish Date: 31 December 2024



پژوهش‌هاک تطبیقه فقه،

حقوق و سیاست

امکان سنجی تحقق داوری خودآیین با توسل به مفهوم قاضی تحکیم در فقه

۱. ناهید زندلشنی*: دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. پست الکترونیک:

zandlashani.nahid621@gmail.com (نویسنده مسئول)

۲. مهدی حسن زاده: استاد تمام، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

۳. هدایت الله سلطانی نژاد: دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

چکیده

داوری خودآیین جهت حل قطعی اختلاف تنظیم مقررات را از توافق طرفین به سمت عواملی داوری متناسب با نیاز و خواست آنها سوق می‌دهد و استقلال داوری را رقم می‌زند. این نوشتار با پیش فرض ماهیت خودآیین به روش توصیفی - تحلیلی مترصد بررسی جایگاه خودآیینی در فقه است. حکمیت نوعی روش حل اختلاف است که معمولاً با توافق طرفین ثالثی برای حل اختلاف تعیین می‌شود. حکمیت از اقسام قضاوت است و مبنایی قضایی دارد. در قضاوت تحکیم با ابتدا بر مقررات قضا و در داوری بر مبنای قرارداد اختلاف حل می‌شود. توجه به این تفاوت مبنایی به معنی پذیرش توسعه مفهوم داوری و محدود نکردن آن با مقررات قضاوت تحکیم است. طرفین می‌توانند طبق مقررات حکمیت حل اختلاف کنند یا مقررات دلخواه را برگزینند. در نتیجه نمی‌توان داوری خودآیین را بر مبنای حکمیت فقهی تنظیم و تحلیل کرد و از منظر فقهی ممنوعیتی در پذیرش داوری خودآیین وجود ندارد. **واژگان کلیدی:** داوری خودآیین، قضاوت تحکیم، مبنای قراردادی، مبنای قضایی.

نحوه استناددهی: زندلشنی، ناهید، حسن‌زاده، مهدی، و سلطانی‌نژاد، هدایت‌الله. (۱۴۰۳). امکان سنجی تحقق داوری خودآیین با توسل به مفهوم قاضی تحکیم در فقه. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۶(۵)، ۸۷-۷۲.

© ۱۴۰۳ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به‌صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

تاریخ ارسال: ۱ آذر ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۸ آذر ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش: ۳۰ آذر ۱۴۰۳

تاریخ چاپ: ۱۰ دی ۱۴۰۳



تعیین ماهیت داوری روشن کننده منبع قدرت و اختیارات طرفین اختلاف و داور است. در خصوص ماهیت داوری اتفاق نظر وجود ندارد. نظریات مطرح عبارتند از؛ ماهیت قراردادی، ماهیت قضایی، ماهیت قراردادی-قضایی و خودآیین. انتخاب هر کدام از این نظریات منجر به برخورد‌های مختلفی با مقررات گزری در داوری می‌شود.

برخی حقوق دانان با توسل به ادله قضاوت تحکیم؛ یکسانی داوری و قضاوت تحکیم را نتیجه گرفته‌اند (Ghadir & Kazemi, 2016; Foroushani, 2019; Mafi & Taghipour, 2016). از این رو از مقررات قضاوت تحکیم برای کشف ماهیت داوری و نیز تعیین تکلیف مسائل داوری بهره گرفته‌اند. برخی نیز هرچند معتقدند داوری و قضاوت تحکیم با هم اختلافاتی دارند و باور دارند در فقه امامیه نظر مشهور فقها ماهیت قضایی برای داوری است ولی در نهایت ماهیت ترکیبی (قراردادی-قضایی) را پذیرفته‌اند. (هوشمند فیروز آبادی، ۱۴۰۱: ۳۶۶) در واقع اتخاذ ماهیت ترکیبی برای داوری را با تکیه بر مقررات قضاوت تحکیم نتیجه گرفته‌اند.

این نظریات منجر به ارائه مفهومی محدود از داوری امروز و تا حدودی ناکارآمدی آن در تامین نیازهای طرفین و بازگرداندن اختلاف به دستگاه قضایی شده است. در حالیکه گستردگی روابط امروز و پیچیدگی اختلافات ناشی از این روابط اقتضای راه‌های حل کارآمد و متناسب را دارد.

خودآیینی داوری نظریه‌ای مطرح در خصوص ماهیت داوری و به دنبال خروج از بمبست‌هایی است که نظریات قراردادی، قضایی و ترکیبی در راه اهداف داوری ایجاد کرده است. این نظریه به معنای دستیابی به یک نظام خودسامان و مستقل در فضای داوری بین المللی است (Lew, 2006). در واقع خودآیینی با ادعای استقلال مترصد پاسخ به نیازهای جامعه تجاری مخصوصا در بعد بین المللی برای رسیدن به اهدافی است که کاربران از داوری انتظار دارند. در حالیکه سایر نظریات با ابتنا بر دخالت عناصر قراردادی و قضاوتی مفهوم داوری را محدود می‌کنند. در نتیجه توسل به این عناصر دستاویزی برای عدم تحقق اهداف داوری و بازگشت اختلاف به سیستم قضایی می‌شود. نگارنده با استفاده از بررسی مفهوم قضاوت تحکیم و مذاقه در استدلال‌های فقها در خصوص مسائل قضاوت تحکیم درصدد است جایگاه و دیدگاه فقها نسبت به قضاوت تحکیم را کشف کند. دلیل این مقایسه، تکیه حقوق دانان بر مفهوم حکمیت در کشف مبانی داوری و مسائل مرتبط با آن است.

نوشتار از این جهت که به جستجوی مبانی نظریه خودآیین داوری در متون فقهی با استفاده از مقایسه داوری به مفهوم خودآیین با قضاوت تحکیم می‌پردازد؛ کاری جدید محسوب می‌شود. از این رو ساختار مقاله در دو قسمت سامان یافته است. ابتدا به مفهوم شناسی داوری و حکمیت پرداخته می‌شود. سپس مبانی داوری خودآیین مطرح می‌گردد. پس از آن مبانی و ادله مشروعیت حکمیت فقهی بیان می‌گردد. در این پژوهش به بررسی جایگاه داوری خودآیین در منابع فقهی با توسل به مفهوم قضاوت تحکیم پرداخته شده است. سوال این است که آیا در منابع فقهی ماهیت خودآیین جایگاهی دارد و آیا بر مبانی قواعد مربوط به قضاوت تحکیم، می‌توان خودآیینی داوری را تحلیل کرد؟ این مساله با نگاه به اینکه قضاوت تحکیم چه جایگاهی در منابع و أبواب فقه دارد روشن می‌شود.

۱- مفهوم شناسی

جهت ورود به بحث ضرورت دارد مفهوم داوری خودآیین و حکمیت روشن شود زیرا؛ با شناسایی مفهوم می‌توان به درک بهتری از ماهیت امور رسید.

۱-۱- مفهوم حکمیت

حکمیت لغتی عربی از ریشه حکم است. حکم به معنای داور و تحکیم به معنی داوری و عقد التحکیم به مفهوم موافقت نامه داوری است (Mousavi Ardabili, 2002). در فقه حکمیت جایگاهی ویژه به منظور حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات مالی و غیر مالی دارد. حکمیت اصطلاحاً قراردادی است که طبق آن طرفین توافق می‌کنند حل اختلاف خود را به ثالثی که مکن است عهده دار منصب قضا هم نباشد ببرند و به قضاوت او تسلیم شوند (Mousavi Ardabili, 2002).

در کتب فقهی حکمیت از تقسیمات قضاوت است و فقها قضاوت را به دو نوع منصوب و تحکیم تقسیم کرده‌اند. قاضی منصوب از طرف امام برای قضا نصب می‌شود و قاضی تحکیم از نظر فقهی با اندکی اختلاف؛ فردی واجد شرایط قضا ولی غیرمنصوب از جانب امام یا متولی است که عموماً با توافق طرفین اختلاف برگزیده می‌شود (Tusi, 1972). شهید اول و شهید ثانی برای قاضی تحکیم همان شرایط قاضی منصوب از جمله؛ عقل، بلوغ، ذکوریت و... را لازم دانسته‌اند (Mousavi Ardabili, 2002).

۱-۲- مفهوم خودآیین

خودآیینی اشاره به بیان چگونگی و کیفیت تنظیم مقررات در داوری دارد. این مقررات مطابق نیاز و هدف جامعه تجاری، توسط کاربران داوری و نه دولت‌ها تعیین شود (Fan et al., 2021). خودآیینی به دنبال خروج از کنترل قانون ملی و تنظیم مقررات توسط دولت‌ها است (Lew, 2006). طبق این مفهوم حیات و اعتبار داوری لزوماً در گرو تبعیت از یک نظام حقوقی مشخص نیست.

چنانکه گفته‌اند خودآیینی موجب می‌شود اختلاف به شکل قطعی حل شود و داوری اصالت یافته و جایگزین کاملی تری برای دعوای قضایی شود. در نتیجه طرفین را مطمئن به سازوکار انتخابی برای حل اختلاف می‌کند (AliKhan, 2013). این موضوع نیازمند تحول داوری در نظامی رها است. به این معنا که خصلت داوری با نگاه به کاربرد و هدف آن مشخص شود (Lew, 2006). هدف داوری این است که با رهایی از قید و بند تشریفات قانونی که ویژه رسیدگی قضایی است حل قطعی اختلافات را متناسب با سطح و پیچیدگی اختلافات به ارمغان بیاورد.

خودآیینی با تکیه بر قوانین کلی، ناظر بر تنظیم مقررات متناسب با اختلاف طرفین است. این مقررات گزاری ناشی از اعطای اختیار توسط دولت به گروه‌ها در تنظیم مقررات یا تایید این مقررات توسط دولت‌ها با به رسمیت شناختن آن‌ها در کنار قوانین دولتی است. خودآیینی تأثیر مستقیمی بر ابعاد عملی داوری دارد زیرا؛ با بیان مفهومی مناسب از داوری نوع ارتباط با دادگاه، قانون و طرفین را مشخص می‌کند. (Lew, 2006).

خودآیینی با تغذیه مستمر از توافق و تمرکز بر خواست مشترک طرفین اختلاف، اختلاف را به شکل قطعی حل می‌کند. این مفهوم وجه ممیزه‌ای شبیه عقد صلح از عقود دیگر به داوری اعطا می‌کند. همانطور که نتیجه عقد صلح می‌تواند انتقال مالکیت باشد ولی تابع مقررات عقد بیع نباشد داوری نیز می‌تواند حل اختلاف باشد ولی تابع مقررات قضاوت نباشد. در نتیجه داوری به مفهوم خودآیین یک روش حل اختلاف است که ریشه در توافق طرفین دارد و توافق می‌تواند در بسیاری ابعاد فرایند رسیدگی موثر باشد.

۲- مبنای خودآیینی داوری

توافق هم خالق داوری است و هم داوری مشروعیت خود را از آن می‌گیرد. مشروعیت عملکرد مستقل داوری یعنی؛ حل اختلاف خارج از دادگستری مهمترین اثر حاکمیت اراده است. از آثار دیگر حاکمیت اراده قدرت انتخاب قانون حاکم بر اختلاف یعنی؛ انتخاب فرایند داوری

متناسب با نیاز و هدف از داوری است. بنابراین مشروعیت داوری موجبی می‌شود تا عوامل داوری از طرفین اختلاف گرفته تا داوران و سازمان‌های داوری بتوانند مقررات دلخواه از اصول کلی حقوق گرفته تا عرف‌های تجاری، قوانین نرم و حتی قانون دولت مشخصی را بر حل اختلاف حاکم کنند.

آزادی در هسته اصلی تنظیم مقررات داوری است. این عنصر با تأکید بر خصوصیت داوطلبانه بودن داوری به این روش حل اختلاف مشروعیت می‌بخشد (Carbonneau, 2003) اما با شروع فرایند رسیدگی، داوری به تدریج مستقل می‌شود تا بتواند آثارش را به بار آورد. اثربخشی داوری مستلزم استقلال داوری است. لازمه استقلال داوری پیوند و گسست همزمان داوری با عناصری است که در حل اختلاف نقش دارند. استقلال داوری بر این ادعا است که داوری یکسره اجرای توافق نیست و حل اختلاف ایجاب می‌کند داوری استقلال عملکردی داشته باشد. بنابراین داور و یا سازمان‌های داوری با شناخت انتظارات طرفین و همراهی آنها، در بستری متناسب فرایندی را طراحی کنند که نتیجه اش حل قطعی اختلاف باشد.

بر خلاف نظر رایج که خودآیینی را به عنوان یکی از رویکردهای مربوط به ماهیت داوری معرفی می‌کنند و در نتیجه آن را در تقابل با ماهیت توافقی داوری قرار می‌دهند؛ نگارندگان باورمندند که توافق مبنای خودآیینی است. در واقع خودآیینی ماهیت داوری نیست بلکه نتیجه آن است. توضیح وضعیت خودآیینی در به خدمت گماشتن توافق جهت وصول به هدف داوری در ادامه می‌آید. خودآیینی جایگاه توافق و نقشی که در تکوین هویت استقلالی داوری دارد را تشریح می‌کند. وضعیت خودآیینی توضیح نقش و جایگاه عناصر مختلف در داوری است. بنابراین خودآیینی تنظیم گری مقررات را از توافق طرفین به سمت حل قطعی اختلاف که ناشی از اعتماد به سیستم استقلالی عملکردی داوری است، سوق می‌دهد.

۳- مؤلفه‌های داوری خودآیین

خودآیینی مبتنی بر مؤلفه‌هایی است که ابعاد استقلالی داوری و چگونگی ایفای نقش عناصر دخیل در داوری را مشخص می‌کند. داوری در عین ابتدا بر عناصری که هویت و مشروعیتش را از آنها می‌گیرد سازوکاری را خلق می‌کند که برای کارگر واقع شدن چاره‌ای جز استقلال از آنها ندارد. مؤلفه‌های خودآیینی عبارتند از؛ استقلال حداکثری داوری از قانون و دادگاه و و حداقلی از توافق که ظاهراً موجودیتش را در گرو آنها است.

اولین مؤلفه، استقلال داوری از قوانین ملی است. از یک طرف پیچیدگی روابط کنونی در اجتماع مانع ایجاد سازماندهی در تک تک روابط افراد توسط دولت‌ها است. از طرفی قواعد حاکم بر نظام‌های خودسامان معطوف به نظمی انتزاعی است که کسی نمی‌تواند محتوی دقیق آنها را بشناسد یا پیش بینی کند و به این دلیل مقررات گزاری را تخصصی و پیچیده می‌کند.

هایک معتقد است در اقتصاد اساس استدلال علیه ورود یا دخالت دولت در نظم بازار همین است. دستورات قانونی دولتی با وادار کردن اعضای نظم خودجوش به اعمالی خاص نه تنها موجب بهبود اوضاع نمی‌شود؛ بلکه بالعکس موجب اختلال آن هم می‌شود؛ زیرا این دستورات معطوف به بخشی از یک نظام اعمال به هم پیوسته است و اطلاعات و اهدافی که موجب این اعمال شده اند تنها برای اشخاص منفرد عمل کننده روشن است نه برای مقام مداخله‌گر.

داوری توانسته خارج از مرزهای ملی گسترش یابد. دست اندرکاران اصلی توسعه داوری کاربران تجاری هستند که آن را برای مناسبات خویش، بهتر دیده اند. بنابراین مقررات گزاری در داوری بیشتر مبتنی بر قوانین نرم، اصول کلی حقوق و عرف‌های تجاری است تا اینکه بر سیستم حقوقی دولت‌ها مبتنی باشد.

آزادی داوری از قانون به آزادی منفی تعبیر می‌شود. در این مفهوم، دولت با عدم وضع قانون یا قوانین مناسب با آزادی عمل گروه، به تنظیم مقررات توسط گروه احترام می‌گذارد. در حالیکه در رسیدگی قضایی طبق چارچوب قانونی که به آزادی مثبت تعبیر می‌شود، حقوق افراد محترم شمرده می‌شود. اعطای حق به خواهان زمانی اعتبار دارد که از فیلتر قانون عبور کند. عدالت ظاهری اساس کار سیستم قضایی است و حق در چارچوب تشریفات قانون به رسمیت شناخته می‌شود. برعکس در داوری آزادی؛ فقدان محدودیت یا اجبار خارجی توسط دولت است. فرد تا حدی آزاد است که کسی در فعالیت وی دخالت نکند. این دلیل استقلال داوری مدعی است کلیه نظام‌های حقوق ملی حتی قانون مقرر داوری برای داوری اهمیت ناچیزی دارند و تنها قواعد فراملی مناسب هستند (Arab Ahmadi & Karimi, 2023).

دومین مؤلفه؛ در جدایی طلبی داوری از دخالت دادگاه‌ها است. گفته شده استقلال داوری در این راه همان اقتدار دادگاه‌های ملی را دارد زیرا کارکرد اصلی داوری یعنی حل قطعی اختلافات نشات است (Arab Ahmadi & Karimi, 2023). به باور نگارندگان اقتدار و قدرت داوری دقیقاً به دلیل حل قطعی اختلاف برتر از اقتدار دادگاه ملی ظاهر می‌شود و همانند اقتدار دادگاه ملی نیست. وانگهی بر خلاف سیستم قضایی که قاضی تابع تشریفات و شکل‌گرایی قانونی است، در داوری رسیدگی بر محور ارزشی که طرفین و سیستم داوری به ادله و فرایند رسیدگی می‌دهد، شکل می‌گیرد. بنابراین چنانکه گفته اند استقلال داوری سازوکاری قطعی برای اختلاف که خلاف سازوکار دادگاه‌های ملی است را ترسیم می‌کند و به داوری اصالت می‌دهد (AliKhan, 2013).

دغدغه قاضی رعایت قانون و حفظ نظم است و زمانی وارد ماهیت دعوا می‌شود که موضوع از لحاظ شکل آنگونه باشد که قانون تعیین کرده است. قاضی به دلیل عدم رعایت شرایط و تشریفات قانون از احقاق حق دست می‌کشد. برعکس داور ورای تشریفات رسیدگی و قانون ابتدا به قرارداد و خواسته طرفین نظر می‌کند و به این می‌اندیشد چه تصمیمی بهتر است بگیرد تا مشکل در کمال وفاق و دوستی حل شود (Kakavand, 2020).

اختیار و قدرت تصمیم‌گیری توسط داور مترادف با قدرت قضایی نیست. چنانکه گفته اند قدرت فیصله اختلاف، اصطلاحی خنثی است (Lew, 2006). اگر اختلاف به حق و عادلانه حل شود، صرف نقض قانون نمی‌تواند دستاویزی برای بطلان رای باشد مگر اینکه قانون نادیده انگاشته شده ارتباط مستقیم با حقوق طرفین داشته باشد. آنچه اهمیت دارد این است که بنگریم حق به حق دار رسیده است یا خیر و تمام عناصر در پرتو این مساله به خدمت گرفته می‌شود.

سومین مؤلفه، استقلال حداقلی داوری از توافق است. در داوری تا جایی که توافق از مسیر حل اختلاف خارج نشود به خواست طرفین توجه می‌شود. خودآیینی با استقلال طلبی، نقش موثر اراده داور در داوری‌های موردی و سازمان‌های داوری در داوری‌های سازمانی را در حل اختلاف و صدور رای تضمین می‌کند.

فرض داوری این است که طرفین در حل اختلاف خود شکست خورده‌اند. داوری ضرورتاً منجر به صدور رای علیه یکی از طرفین شود و در این خصوص توافقی وجود ندارد در حالیکه در مذاکره و میانجی‌گری، طرفین نقش اساسی در وصول به توافق جهت حل اختلاف دارند.

چنانکه گفته اند ماهیت رضایی و قراردادی داوری در آغاز جریان رسیدگی داوری موضوعیت دارد و بعد از شروع جریان رسیدگی، طرفین آزادی اراده محدودی دارند و داور اختیار دارد تصمیمات مهمی اتخاذ کند (Lew, 2006).

داوران فرایند داوری را با در نظر گرفتن نوع اختلاف، شرایط پرونده و متناسب با نیاز طرفین طراحی و به پیش می‌برند و در در تفسیر خواسته‌های طرفین مختار و انعطاف پذیر هستند (Paulsson, 2013) در داوری هدف ترمیم فروپاشی رابطه قراردادی پس از انعقاد است و اراده داور نقش مهمی در حل اختلاف ایفا می‌کند. بنابراین داور یا داوران نمایندگان طرفین اختلاف نیستند و استقلال عملکردی دارند. هدف فرآیند داوری این است که تصمیمات حقوقی در مورد اینکه چه کسی می‌تواند چه کسی را مقید یا مجبور کند، گرفته شود؛ زیرا اگر داوری واقعاً توافقی بود، میانجی‌گری بود. دغدغه داوری این نیست که طرفین باید یا نباید حق ارائه برخی اختلافات را به هیات داوری داشته باشند، بلکه این است که آیا آن‌ها می‌توانند با رویه‌های خاصی در داوری موافقت کنند یا خیر.

از نمونه‌های استقلال داوری از توافق می‌توان به ایجاد محدودیت‌های بیش از حد در کشف ادله، هزینه‌های بالا و سایر کاستی‌ها که موجب عدم تحقق هدف داوری می‌شوند، اشاره کرد. این موارد بر عدم رضایت به قرارداد داوری تمرکز نمی‌کنند، بلکه بر کمبودهای موجود در فرایند داوری تمرکز می‌کنند (همان، ۲۰۱۷:۱۷). یک رویکرد هدفمند به موضوع این است که رویه‌هایی که به منظور تحقق منافع داوری، ضروری و غیرقابل مذاکره هستند، تعیین شود.

مهمترین وجه خودآیینی داوری در استقلال شرط داوری از موافقت نامه داوری ظاهر می‌شود. در نتیجه بقای داوری را به دلیل ادعای فسخ یا بطلان قراردادی است که شرط داوری در آن گنجانده شده است، تضمین می‌کند. از طرفی استقلال داوری اجازه گسترش بازبینی نظارت قضایی در آرای داوری را با توافق طرفین نمی‌دهد؛ زیرا این امر را منافی هدف داوریمی داند.^۱ چنانکه در دعوی هال استریت علیه ماتل سوال شد آیا طرفین می‌توانند زمینه بررسی قضایی رای داوری را فراتر از موارد مندرج در FAA گسترش دهند؟

ممکن است گفته شود چون داوری مخلوق قرارداد است طرفین می‌توانند دامنه اختیارات داور و اینکه کدام یک تحت بررسی قضایی باشد را مشخص کنند. اما اینگونه نیست؛ زیرا لازمه حمایت از داوری محدود کردن بازبینی قضایی است. گسترش بازبینی قضایی راه بررسی کامل را باز می‌کند و داوری به مقدمه‌ای طولانی برای فرآیند رسیدگی قضایی تبدیل می‌کند. اجازه دادن به طرفین برای انتخاب بررسی قضایی بیشتر، داوری را شبیه دعوای قضایی می‌کند.

از نتایج استقلال داوری از توافق این است که طرفین نمی‌توانند شرط داوری را به گونه‌ای تنظیم کنند که طبق آن یک نفر حق ارجاع اختلاف به داوری و دیگری حق اقامه دعوی قضایی را داشته باشد. همانطور که در بطلان شرط عدم انتقال مالکیت مبیع یا ثمن در عقد بیع تردید ندارد، درج چنین شرطی در قرارداد داوری نیز به دلیل مخالفت با ماهیت و ذات آن قابل پذیرش نیست. بنابراین شروط مندرج در قرارداد داوری باید به شکلی باشد که منافاتی با قطعیت حل اختلاف نداشته باشد و موجب بازگشت دعوی به سیستم دادگستری نباشد.

۴- مبانی قضاوت تحکیم

تلقی فقها نسبت به قراردادی یا قضایی دانستن قضاوت تحکیم موجب اختلاف نظر در تعیین تکلیف مسائل آن شده است. برای مثال شرطیت اجتهاد، صدور حکم طبق حکم الله، قلمرو قضاوت تحکیم، قطعیت رای و شرط رضایت طرفین اختلاف و... به تلقی فوق باز می‌گردد. بنابراین باید موارد مورد اختلاف نظر را بررسی کرد تا از این طریق بتوان مبانی قضاوت تحکیم را از دیدگاه فقها کشف کرد.

¹. Hall St. Assocs. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2010).

فقها از دیرباز کوشیده اند مسائل فقه را طبقه‌بندی کنند. آن‌ها تقسیمات گوناگونی از ابواب فقه به دست داده‌اند (Makarem Shirazi, 2006). بر این تقسیم بندی‌ها آثار مهمی بار می‌شود. برای مثال تقسیم ابواب فقه به ابواب معاملات و عبادیات مقررات گزاری آن‌ها را متفاوت می‌کند. به صورت کلی در دسته بندی ابواب فقه، حکمیت در باب قضا و نه ابواب قراردادها و معاملات مورد بررسی قرار گرفته است. البته این جایگاه به خودی خود تکلیف موضوع را روشن نمی‌کند؛ زیرا با بررسی موارد اختلافی مشخص می‌شود گاه با اینکه فقهی حکمیت را در ابواب قضایی قرار داده ولی تکلیف مسائل آن را با تلقی قراردادی روشن کرده است.

از جمله موارد مورد اختلاف جایگاه و نقش توافق در حکمیت است. این مساله در موضوع حل اختلافات زوجین با استناد به آیه ۳۵ سوره نساء که از مبانی حکمیت معرفی شده مورد بررسی قرار گرفته است. خداوند در این آیه می‌فرماید: «اگر از جدایی و شکاف میان زوجین بیم دارید، داوری از خانواده شوهر و داوری از خانواده زن برگزینید. اگر تصمیم داوران بر اصلاح بود، خداوند به آن‌ها کمک می‌کند...».

اساس استدلال برخی فقها در این مساله بر قضایی قلمداد کردن حکمیت استوار است. بنابراین چون قضاوت را امری ولایی و حکمیت را از انواع قضاء می‌دانند، در حکمیت رضایت و توافق زوجین را شرط نمی‌دانند. ایشان معتقدند مسئول اجرای حکمیت زوجین هستند ولی در صورت امتناع ایشان، حاکم عهده دار آن می‌گردد (Najafi, 2020). فقهایی چون فاضل مقداد، شهید ثانی و طبرسی طرف خطاب در ایه را دستگاه قضایی می‌دانند و معتقدند باید حکمیت در مواردی که در آیه آمده است، اجرا شود (Fadhil, 1998; Shaheed al-Thani & Edited by Sayyid Mohammad, 1991).

این دسته فقها چون در قضاوت مطابقت حکم با حکم الله را لازم می‌دانند معتقدند رای قاضی تحکیم نیز باید به این شکل باشد. بنابراین اختیار انتخاب قاضی تحکیم توسط طرفین اختلاف موجب خروج عملکرد قاضی تحکیم از مقررات حاکم بر قضاوت نمی‌شود. از نتایج پای بندی به این نظر عدم ضرورت توافق طرفین اختلاف در جایی است که شرایط قاضی تحکیم مشابه قاضی منصوب و حکمش نیز مطابق حکم الله می‌باشد.

از دلایل دیگری که به آن استناد کرده اند، استفاده از اطلاق کلام آیات امر به معروف و نهی از منکر؛ مانند آیه ۴۴ سوره مائده «و من لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الکافرون» است. چنانکه گفته اند طبق اطلاق آیات مزبور عموم مسلمانان می‌توانند عهده دار رفع اختلاف شوند و این امر منوط به توافق طرفین اختلاف نیست. بنابراین مسئول اجرای حکمیت کسی است که ترس از جدایی زوجین دارد. این شخص می‌تواند شخصی به غیر زوجین یا منتخبین آن‌ها باشد. با عدم دسترسی به قاضی، افراد واجد شرایط نیز می‌توانند عهده دار حکمیت شوند (Najafi, 2020).

از طرفی گفته شده چون خطاب آیه ۳۵ سوره نساء به صیغه امر است پس اعزام داور برای حل اختلاف واجب است. در خطاب آمرانه مخاطب آیه حاکمان شرع و نه زوجین است. خداوند به حاکمان امر کرده که دو نفر را بفرستند تا میان زوجین داوری کنند (Shaheed al-Thani & Edited by Sayyid Mohammad, 1991). اساس استدلال شهید ثانی بر تلقی قضایی قلمداد کردن قضاوت تحکیم استوار است و به این دلیل رضایت طرفین اختلاف را شرط نمی‌دانند. بنابراین رفع شقاق بین زوجین مورد خطاب بوده و با عدم دسترسی به قاضی منصوب، قاضی تحکیم عهده دار این امر است

در عدم اشتراط رضایت، فارغ از موضوع حکمیت زوجین گفته شده احادیث مرتبط با موضوع حکمیت طرفین اختلاف را صرفاً از مراجعه به قضات جور منع می‌کنند (Najafi, 2020). ضرورت توافق طرفین به این دلیل بوده که از مراجعه به قضات مأذون از جانب امامان که به دلیل حکومت جور، قدرت اجرایی نداشتند نتیجه بخش باشد تا بتوان جواز حکمیت را برآن مبتنی کرد و الا فی نفسه موضوعیت نداشته است (Subhani Tabrizi, 1997). با از بین رفتن حکومت جور دلیلی بر بقای عنصر توافق باقی نمی‌ماند.

در روایت حر عاملی از امام صادق (ع) آمده که در مورد مردی که بین او و برادرش اختلاف بود، از ایشان سوال شد. یکی از برادران خواهان حل اختلاف توسط برادر سوم بود ولی برادر دیگر موافقت نمی‌کرد و اصرار بر رجوع به قاضی جور داشت. حضرت فرمود امرش بدهید که به طاغوت کافر باشد. طبق اطلاق این روایت حضرت صرفاً از مراجعه به قاضی جور منع کرده است. در واقع مراجعه به قاضی تحکیم در زمان سلطه حکومت جور راهی برای اعمال ولایت بود که از طریق آن افراد حاکم بر سرنوشت خویش می‌شدند.

برعکس برخی فقهای متأخر ضمن عدم انکار نقش رضایت طرفین، آن را تحت شرایطی موضوع اساسی و ضروری در حکمیت می‌دانند. برای مثال در مسأله شقاق، آنچه اهمیت دارد انتخاب داوران جهت حل اختلاف است و انتخاب حکم توسط ثالث یا طرفین اختلاف موضوعی دیگر است. هر چند انتخاب حکم می‌تواند توسط ثالث باشد ولی در نهایت باید مورد تایید زوجین قرار بگیرد. عدم ضرورت رضایت جایی است که قاضی تحکیم، شرایط قاضی منصوب را داشته باشد، در غیر این صورت اجرای رای قاضی تحکیم منوط به رضایت طرفین اختلاف است (Mousavi Ardabili, 2002).

این دسته فقها، قائل به انعطاف در مقررات حکمیت هستند. گفته شده در حکمیت شارع روش عقلایی و متعارف حل اختلاف را تایید کرده است (Mousavi Ardabili, 2002). بنابراین ضرورت ندارد قاضی تحکیم شرایط قاضی منصوب را داشته باشد و یا طبق حکم الله رای بدهد. البته زمانی که دیگران قاضی تحکیم را انتخاب کرده اند و حکم وی مطابق حکم الله نیست و قاضی نیز شرایط قاضی منصوب را ندارد، رضایت طرفین اختلاف برای پای بندی به رای قاضی تحکیم لازم است. از طرفی چنانچه طرفین قاضی تحکیم را انتخاب کرده اند و وی هم در مقررات و هم در شرایط شخصی مانند قاضی منصوب داشته باشد، طرفین اختلاف ملزم به تبعیت از تصمیم او هستند.

اساس این استدلال بر این مبنا است که قضاوت امری ولایی است و تنها در صورتی که طرفین اختلاف رضایت داشته باشند می‌تواند از مقررات قضاوت منصوب خارج شوند. یعنی در وضعیتی که قاضی تحکیم شرایط قاضی منصوب را دارد، صرف انتخاب وی توسط طرفین ثالث موجب عدم پایبندی به رای وی نمی‌شود. بنابراین زمانی نیاز به رضایت طرفین اختلاف هست که مقررات رسیدگی مانند قضاوت نباشد. هر چند این موضوع مورد اتفاق فقها نیست ولی وجود اختلاف نظر می‌تواند نقطه عطفی در پذیرش انعطاف مقررات داوری باشد.

وقتی رضایت طرفین اختلاف در رسیدگی قاضی تحکیم تحت شرایطی می‌تواند مقررات گزاره متفاوتی را نتیجه دهد، به طریق اولی در داوری می‌توان نوید چنین تحولی را داد؛ زیرا پیچیدگی و تخصصی بودن اختلافات و ضرورت قطعیت رای اقتضا دارد داوری پشتوانه قوی تری برای مقررات گزاره داشته باشد. بنابراین همچنانکه در حکمیت رضایت و توافق طرفین شرط است ولی در مواردی می‌تواند محدود شده و از بین برود، در داوری هم با اینکه مبنا توافق است ولی حدود و ثغور اراده تحت شرایطی محدود می‌شود.

برخی فقها بدون اعتقاد به ابتدای حکمیت بر توافق، بین دو فرض تفاوت گذاشته اند و به مفاد روایت موافق با قول خویش تمسک جسته اند. طبق روایتی از امام رضا (ع) آورده اند: «اگر داوران اصلاح را اراده کنند نیازی به اجازه زوجین نیست ولی جدایی باید با اجازه زوجین باشد» (Nuri Tabarsi, 1998). برعکس برخی مطلقاً معتقدند وقتی صراحتاً اصلاح و طلاق به حکمین واگذار می‌شود پس رای ایشان در طلاق

هم قابل اجراست و نیازی به اجازه زوجین نیست (Houshmand Firouzabadi, 2020; Houshmand Firouzabadi & Bathaee, 2016; Najafi, 2020).

برخی باورمندند بین حکمیت زوجین و قضاوت تحکیم ارتباطی وجود ندارد. گفته شده برای کشف مبانی فقهی داوری نمی توان به مفاد آیات مرتبط با حکمیت در روابط زوجین استناد کرد. با این استدلال که داور منتخب طرفین اختلاف است؛ ولی در اختلافات خانوادگی داور می تواند منتخب زوجین نباشد (Fadhil Lankarani, 2000).

برخی رضایت طرفین بعد از صدور رای قاضی تحکیم را لازم دانسته اند (Tusi, 1972). با این استدلال که حکمیت نوعی قرارداد جایز و قابل فسخ است، پس نفوذ و قطعیت آن منوط به تنفیذ حکم از سوی طرفین است. بنابراین حتی پس از انتخاب حکم توسط ثالث، طرفین اختلاف می توانند عدم رضایت خود را اعلام کنند و در این صورت حکمیت منتفی می شود. چنانکه ملاحظه کردیم در نظر برخی فقها مقررات گزاری در حکمیت تابع و شبیه با قضاوت منصوب است زیرا در نظر ایشان قضاوت تحکیم نوعی قضاوت است و در مقررات تفاوتی با آن ندارد. برعکس برخی ضمن توجه به شان آرده، تکلیف مسائل این حوزه را تعیین می کنند و قائل به انعطاف در مقررات حکمیت هستند.

۴-۲- صدور حکم طبق حکم الله

برخی فقها در پرتو اطلاق و عموم آیات و روایاتی که دلالت بر صدور حکم طبق حکم خدا و اقامه عدل و احقاق حق دارد، قاضی تحکیم را مکلف به صدور حکم مطابق حق الله کرده اند. از جمله این آیات؛ آیه ۴۴ سوره مائده: «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (Hosseini Ameli, 2011; Hosseini Haeri, 1996; Mousavi Ardabili, 2002) و آیه ۵۸ سوره نساء «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» و آیه ۶۰ سوره نساء «یریدون ان یتحاكموا الی الطاغوت و قد امر و ان یکفروا به» است.

گفته شده مقررات گزاری در حکمیت همانند قضاوت است. در حکمیت اختیاری برای طرفین اختلاف و حکم در تعیین مقررات حاکم بر حل اختلاف و فرایند رسیدگی وجود ندارد. در مقام مقایسه داوری با قضاوت برخی حقوق دانان با تبعیت از مقررات قضاوت دادگستری که تابع قانون واحدی برای همگان است در داوری نیز هر جا کلام مقنن گویا نیست و یا صراحتا تکلیف مساله ای را روشن نیست از مقررات قضا برای حل مشکل بهره می گیرند. همچنانکه در متون فقهی نیز برخی فقها قاضی تحکیم را نماینده حاکم اسلامی می دانند که حکم با نظارت وی قابل اجراست (Tusi, 1972).

در واقع هر چند داور در حال انجام فعلی قضایی است ولی نماینده طرفین اختلاف است و مشغول عمل ولایتی و حاکمیتی نیست. داور نماینده حاکمیت در اجرای قانون نیست. در داوری بدون آنکه حکمی دال بر تمایز حق از ناحق داده شود، اختلاف حل می شود و امکان اجرای حقوقی متفاوت با حقوق موضوعه فراهم است؛ مانند حقوق صنفی مبتنی بر عرف های بازرگانی ملی یا فراملی (David, 1996). طرفین می توانند مقررات دلخواه را برگزینند و داوران و سازمان های داوری نیز قدرت و اختیار اعمال مقررات متناسب با اختلاف را دارند. پس فارغ از اینکه طرفین اختلاف به آن ها رضایت داده باشند، یا نیاز به توافق آن ها در هر مساله ای باشد، مقررات به صورت خودجوش جهت حل اختلاف تنظیم می شود.

برخی فقها به روایت ابی خدیجه جهت اثبات مشروعیت قاضی تحکیم استناد کرده اند. گفته شده: «مبادا یکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند، بنگرید و مردی از خودتان را که پاره ای از احکام ما را می داند میان خودتان قاضی قرار دهید من نیز وی را قاضی قرار

می‌دهم». ایشان ضمن بیان اعتبار سندی روایت آن را مربوط به حکمیت می‌دانند؛ والا لزومی به ذکر این دو عبارت فاجعلوه و فالیرضوا نبود. کافی بود گفته شود در صورت نزاع به کسی که احکام ما را می‌داند، مراجعه کنید؛ چون من وی را قاضی قرار دادم. بنابراین هر کسی را که طرفین به عنوان قاضی انتخاب کنند به شرطی که احکام اسلام را بدانند، امام نیز قضاوت وی را می‌پذیرد (Khoei, 1990).

دقت در عبارت، مبدا کسی از شما دیگری را نزد اهل جور بکشاند، نشان می‌دهد حکمیت بیشتر زمانی مطرح می‌شده که کسی دیگری را به دادرسی فرا می‌خوانده و از قبل توافقی در خصوص انتخاب قاضی وجود نداشته است. مثل طرح دعوی در سیستم قضایی که کسی راساً و بدون توافق به دادگاه مراجعه می‌کند و در مقام جلب دیگری به دادرسی بر می‌آید. در نتیجه به سبب اصل عدم ولایت بر دیگری؛ قاضی تحکیم نیز تابع مقررات قضا است و باید طبق حکم الله رسیدگی کند.

گفته شده قاضی تحکیم مانند قاضی منصوب باید تمام شرایط قضاوت را داشته باشد و حکم وی نیز مطابق حکم الله و عدل باشد (Mousavi, 2002). گویا عبارت فانی قد جعلته قاضیا را دال بر عدم وابستگی حکمیت به رضایت طرفین می‌دانند. به نظر می‌رسد چون آن زمان سیستم دادگستری وجود نداشت تا به اختلافات رسیدگی شود، افراد قاضی را انتخاب می‌کردند تا به حل اختلاف بپردازد. در واقع دادرسی طبق حکم الله در کنار رضایت طرفین به حکمیت مشروعیت می‌داد. بنابراین حکمی که طبق حکم الله نبود و یا توسط قاضی کافر منتخب طرفین صادر شده می‌شد حتی اگر حق بود بی‌اعتبار تلقی می‌شد.

از دیگر روایات وارده؛ روایت عمر بن حنظله است. ایشان از امام صادق (ع) پرسید؛ آیا دو نفر از شیعیان که با هم اختلاف پیدا کردند می‌توانند به سلطان یا قضات وقت مراجعه کنند؟ امام (ع) رجوع برای قضاوت به آن‌ها را خواه برای حق یا باطل، مصداق رجوع به طاغوت دانستند. ایشان فرمودند باید به کسی مراجعه کنند که احادیث ما را نقل می‌کند و احکام حلال و حرام ما را می‌شناسد. چنین شخصی را به عنوان قاضی باید انتخاب کنید. من نیز وی را بر شما حاکم قرار می‌دهم.

امام صادق (ع) در این روایت فرموده هر کس به طاغوت برای قضاوت مراجعه کند هر چه را به حکم وی بگیرد، به طور حرام گرفته است. حتی اگر آن چیز را به حق گرفته باشد؛ زیرا آن را با رای طاغوت گرفته است (Amandad et al., 2015). شباهت این روایت با روایت پیشین در صدور حکم طبق حکم خدا و مهر تایید امام بر رای قاضی تحکیم است.

فقهای اهل سنت از پیامبر (ص) نقل کرده اند: «هرگاه دو نفر بر قضاوت کسی میان خود تراضی نمایند و او میان آن‌ها به عدالت حکم نکند پس لعنت خدا بر او باد». طبق قول برخی فقها در اینجا قضاوت نا عادلانه مورد نهی قرار گرفته است نه اینکه اصلاً چنین قضاوتی مشروع نباشد (Shaheed al-Thani & Edited by Sayyid Mohammad, 1991) برخی نیز معتقدند قاضی تحکیم نمی‌تواند طبق علم خود قضاوت کند و نوشته قاضی به قاضی و گواهی بر گواهی قابل پذیرش نیست چون حکمیت ماهیت قضاوت دارد و حکم باید مطابق "ما انزل الله" حکم کند (Hosseini Ahagh). ملاحظه می‌شود اساس استدلال در تعیین تکلیف مسائل داور، با نگاه قضایی صورت گرفته است و با وحدت ملاک از مقررات قضاوت اظهار نظر شده است.

3-4 قلمرو قضاوت تحکیم

از دیدگاه فقهی حکومت و سلطنت ذاتاً برای خداوند است. اصل عدم ولایت انسان‌ها بر یکدیگر است؛ مگر در صورت رضایت شخص تحت ولایت و یا مواردی که دلایل شرعی وجود داشته باشد. یکی از موارد اعمال ولایت بر دیگری در بحث قضا (قاضی منصوب و تحکیم) مطرح می‌شود که در اولی رضایت معتبر نیست و در دومی دیده شد وجود رضایت مورد اتفاق فقها نبود. حال با توجه به اصل عدم ولایت باید دید

قضاوت تحکیم می‌تواند چه دسته اختلافاتی را شامل شود؟ آیا مانند قضاوت دولتی قلمروی گسترده دارد و تمامی حقوق اعم از حق الله و حق الناس را دربرمی‌گیرد یا مانند داوری امروز قلمروی محدود دارد؟ اهمیت پرسش از این نشات می‌گیرد که چنانچه حکمیت از انواع قضاوت باشد قلمروی عام داشته، در غیر این صورت محدود به موارد مشخص است.

در پاسخ برخی حکمیت را در برخی حقوق الناس (امور مالی و احوال شخصیه) جاری می‌دانند ولی در قصاص و کذب قابل اجرا نمی‌دانند. گفته شده فرق اساسی میان قضاوت و حکمیت این است که حکم قاضی منصوب نسبت به همه مؤثر است در حالیکه رای قاضی تحکیم تنها بر طرفین اختلاف یا قائم مقام آن‌ها نافذ است. دلیل این است که حکمیت مبتنی بر قرارداد است و نیاز به وجود عنصر طرفینی دارد. بنابراین در حق الله چون عنصر طرفینی بودن وجود ندارد، حکمیت سالبه به انتفای موضوع است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ۱۳: ۳۳۳)

برخی نیز معتقدند شماری از حقوق الناس که اهمیت خاصی داشته و نیازمند تحقیقات وسیع است مثل قصاص؛ تنها از سوی صاحبان سلطه و قدرت امکان پذیر است و قابل ارجاع به حکمیت نیست (Mousavi Ardabili, 2002). بیشتر ملاحظه شد ایشان قائل به پذیرش انعطاف در حکمیت است زیرا در نگاه ایشان حکمیت مفهومی قراردادی است که قابلیت پذیرش انعطاف در مقررات گزاری را دارد. این موضوع می‌تواند دلیل قوی جهت اثبات مدعی نوشتار در عدم رد داوری خودآیین در منابع فقهی باشد.

در مقابل برخی فقها تمایزی بین حق الله و حق الناس قائل نیستند و معتقدند نکاح، قصاص، لعان و کذب از قلمرو حکمیت خارج نمی‌شود؛ زیرا مخصصی وجود ندارد (Shaheed al-Awwal, 1996). مبنای این عقیده به موضوعی که پیش تر اشاره کردیم یعنی؛ قضایی دانستن حکمیت باز می‌گردد. در واقع چنانچه در نظر شهید اول حکمیت مقوله‌ای قراردادی بود و نه ولایتی، تنها حل اختلاف در حقوق الناس به دلیل طرفینی بودن قابل ارجاع به حکمیت بود. جالب آنکه برخی فقها با اینکه به عمومیت حکمیت را در انواع اختلافات می‌پذیرند هستند تاکید می‌کند برای مراجعه به حکمیت وجود شخص شاکی ضروری است در غیر این صورت حکمیت محقق نمی‌شود (Subhani, 1997).

اگر دلیل عدم اجرای حکمیت در حقوق الله به دلیل انتفای عنصر طرفینی بودن اختلاف است پس دلیل محدودیت قلمرو آن توسط برخی فقها در حقوق الناس چیست؟ در واقع اگر علت عدم اجرای حکمیت در حق الله به دلیل فقدان طرفینی بودن اختلاف است، باید تنها حق الله استثناء شود ولی ملاحظه می‌شود برخی فقها حکمیت را در برخی حق الناس نیز جاری نمی‌دانند.

از طرفی تفکیک حق الله از حق الناس در مواردی دشوار است و برخی مواقع همپوشانی وجود دارد. مثل حق قصاص که با رضایت صاحبان قصاص قابل تبدیل به دیه است. بنابراین اینکه برخی معتقدند در حق الله چون شاکی خصوصی وجود ندارد پس حکمیت منتفی است، قابل مناقشه است. وانگهی ادله قضا مثل امر به معروف و نهی از منکر و حدیث «رجل قضی بالحق و هو یعلم» عمومیت داشته و طبق آن حکمیت در حق الله و حق الناس قابل تحقق است.

از طرفی گفته شده روایت ابی خدیجه در خصوص حکمیت عام است و شامل هر دو نوع قضاوت می‌شود (Muhaqiq Hilli, 1998; Tusii, 1972). بنابراین هر اختلاف طرفینی قابل حل و فصل با حکمیت است. بنابراین حکمیت قلمروی عام دارد و شامل اختلافات مالی و غیر مالی مانند نکاح، طلاق، حدود و قصاص و دیات و... می‌شود (Muhaqiq Hilli, 1998).

برخی فقها از این فراتر رفته و فرض وجود قاضی تحکیم در زمان حضور امام را در برخی شرایط نمی‌پذیرند. ایشان معتقدند در هر دو زمان (غیبت و حضور) فقهای واجد شرایط قضاوت، شامل نصب عام هستند؛ چون اجتهاد شرط قضاوت (اعم از منصوب و تحکیم) است. پس

اگر قاضی مجتهد نباشد برای حکمیت هم پذیرفته نمی شود و اگر مجتهد باشد چون منصوب امام است نفوذ حکمش نیاز به تراضی طرفین ندارد (Amandad et al., 2015; Tabatabai, 1997). چنانچه ملاحظه می شود در استدلال مزبور توجهی به موضوع توافقی بودن حکمیت نشده است و حکمیت از این منظر که حل قضایی اختلافات است در قیاس با مقررات قضا مورد بررسی قرار گرفته است. برخی فقها به دلیل عام بودن ادله ای مشروعیت حکمیت، آن را در حق الله نیز قابل اجرا می دانند. (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق، ۱۰: ۷) شیخ طوسی نیز استثنای نکاح، لعان، قذف و قصاص از قضاوت تحکیم را رد می کند. ایشان معتقد است شخصی که صلاحیت رسیدگی غیر از این چهارتا را دارد، برای رسیدگی به این موارد نیز صالح است؛ زیرا فقها در عصر غیبت برای قضاوت صلاحیت عام دارند و قاضی تحکیم همه شرایط قاضی منصوب به جز نصب را دارد (Tusi, 1972). در نتیجه صلاحیت قاضی تحکیم شبیه قاضی منصوب است و حکمیت در عقوبات و امور کیفری نیز قابل اجراست.

نتیجه گیری

داوری خودآیین یک روش حل اختلاف خصوصی ناشی از توافق است. این روش متناسب با نیاز طرفین و نیز سطح پیچیده و تخصصی بودن دعوی، برای حل قطعی اختلافات به کار می رود. این مفهوم به معنی خود تنظیم گری مقررات داوری است و برای تحقق اهداف داوری نقش عناصر مختلف در داوری را تعیین و تنظیم می کند. برای مثال توافق طرفین را محدود و مرزهای آن را تعیین می کند. خودآیین مقررات گزاری متناسب با نوع اختلاف را طراحی می کند و طرفین نیز می توانند با رعایت اهداف داوری در فرایند رسیدگی مشارکت فعال و در تنظیم مقررات آن نقش داشته باشند. در مقابل حکمیت فقهی در دسته بندی ابواب فقه در مبحث قضا آمده است. مقررات گزاری در حکمیت بیشتر در پرتو قضاوت و در مقایسه با آن وضع شده است. هر چند برخی فقها توجه به نقش سازنده رضایت طرفین در حل اختلاف داشته اند و از این رو قائل به انعطاف پذیری در مقررات آن بوده و به سختی قضاوت با آن برخورد نمی کنند. در نهایت در منابع فقهی حکمیت از شاخه های قضا و نه حوزه حقوق قراردادها است. به این دلیل در نظرات فقهی انعطاف چندانی جهت انتخاب مقررات و آیین رسیدگی حکمیت دیده نمی شود. برای مثال اختلاف معمولاً مطابق حکم الله باید حل و فصل شود. همچنین برای قاضی تحکیم شروطی مانند اجتهاد (هرچند اختلافی) ضرورت دارد. مطابق یافته های این پژوهش رابطه حکمیت و داوری خودآیین عموم و خصوص مطلق است. مفهوم خودآیینی داوری محدودیتی در منابع فقهی ندارد زیرا این مفهوم با توجه به تفاوت مبنایی در تقابل با حکمیت قرار نمی گیرد. حکمیت مبنایی قضایی و داوری خودآیین مبنایی قراردادی دارد. طرفین اختلاف می توانند حل اختلاف به روش حکمیت را برگزینند و در این صورت تابع مقررات مخصوص آن هستند یا حل اختلاف طبق داوری را برگزینند و تابع مقررات باشند. داوری خودآیین سابقه چندانی در منابع فقهی ندارد و مفهومی نوپدید است. به دلیل تفاوت مبنایی که ذکر شد محدودیتی در پذیرش این مفهوم از نظرگاه فقهی وجود ندارد. استفاده از مقررات حکمیت جهت مقررات گذاری داوری باید با در نظر گرفتن تفاوت مبنایی باشد که در طول نوشتار ثابت شد در غیر این صورت عدم پویایی منابع فقهی در حل مسائل نوپدید را شاهد خواهیم بود.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ گونه تضاد منافی وجود ندارد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

EXTENDED SUMMARY

The concept of autonomous arbitration has garnered significant attention in contemporary legal scholarship due to its capacity to transcend traditional adjudication mechanisms. By prioritizing the disputants' autonomy and aligning with their needs and preferences, autonomous arbitration delineates itself from conventional models that heavily rely on judicial frameworks. This paper investigates the feasibility of autonomous arbitration within the scope of Islamic jurisprudence, particularly through the lens of "qadi tahkim" (arbitrator). Employing a descriptive-analytical approach, it underscores the jurisprudential acceptance of arbitration as an autonomous entity rather than merely an extension of adjudication. The distinct nature of arbitration, based on contractual rather than judicial foundations, is explored to ascertain its alignment with Islamic principles (Lew, 2006; Mousavi Ardabili, 2002).

Autonomous arbitration redefines the regulatory landscape by granting parties the freedom to tailor rules to their disputes, thereby enhancing flexibility and efficiency. Unlike adjudication by mutual agreement, which adheres to fixed judicial rules, arbitration allows disputants to opt for bespoke regulations. This adaptability has made arbitration a preferred mechanism for resolving complex disputes in modern commercial settings (Fan et al., 2021). Despite its advantages, the alignment of autonomous arbitration with Islamic jurisprudence has been a matter of debate. While some scholars equate arbitration with qadi tahkim, others emphasize their conceptual divergence, highlighting the contractual essence of arbitration (Ghadir & Kazemi Foroushani, 2019; Mafi & Taghipour, 2016).

In Islamic jurisprudence, arbitration holds a unique position as a contractual arrangement where parties mutually agree to resolve disputes outside formal judicial systems. Classical jurists, such as Tusi (1972) and Shahid al-Thani (1991), have acknowledged arbitration as a legitimate method for resolving disputes, provided the arbitrator fulfills certain criteria, including intellectual maturity, fairness, and knowledge of Islamic law. These prerequisites ensure the procedural and substantive validity of arbitration rulings, aligning with the overarching goal of justice (Mousavi Ardabili, 2002). Moreover, the compatibility of arbitration with Islamic principles is reinforced by its emphasis on mutual consent and procedural flexibility, attributes that resonate with the essence of contractual freedom (AliKhan, 2013).

However, the conceptual expansion of arbitration, as proposed by advocates of autonomous arbitration, has sparked jurisprudential debates. Critics argue that unbridled autonomy in arbitration risks undermining its legitimacy within an Islamic framework, particularly when it deviates from Sharia principles. Nonetheless, proponents contend that autonomous arbitration does not contravene Islamic teachings as long as it upholds the parties' rights and adheres to fundamental Islamic values (Arab Ahmadi & Karimi, 2023; Lew, 2006). By distinguishing between the judicial and contractual bases of arbitration, this paper illustrates how autonomy can coexist with Islamic jurisprudence without compromising its integrity.

The broader implications of autonomous arbitration extend beyond jurisprudential discourse, influencing its practical application in transnational disputes. Its ability to provide finality and enforceability, coupled with its adaptability to diverse legal and cultural contexts, makes it an indispensable tool in international arbitration. By leveraging principles such as party autonomy and

procedural flexibility, autonomous arbitration fosters a self-regulating system that aligns with the dynamic needs of global commerce. This alignment is particularly significant in resolving disputes arising from intricate commercial relationships, where conventional judicial mechanisms often fall short due to their rigidity and procedural formalism.

In conclusion, autonomous arbitration emerges as a progressive paradigm that reconciles the autonomy of disputants with the principles of Islamic jurisprudence. By redefining the boundaries of arbitration through a contractual lens, it addresses the limitations of traditional adjudication models while maintaining its legitimacy within Islamic legal traditions. This paper calls for a nuanced understanding of arbitration as a distinct legal construct, emphasizing the need for jurisprudential flexibility to accommodate its evolving nature. As global legal frameworks continue to adapt to the complexities of modern disputes, the integration of autonomous arbitration within Islamic jurisprudence offers a promising avenue for achieving both efficiency and equity in dispute resolution.

References

- AliKhan, L. (2013). Arbitral Autonomy. *Louisiana Law Review*, 74(1), 5. <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol74/iss1/5/>
- Amandad, M., Panjehpour, J., & Asadi Kouhbad, H. (2015). The Jurisprudential Status of the Private Judicial System Based on the Institution of Arbitration from the Perspective of Imami Jurisprudence. *Journal of Islamic Jurisprudence and Law*(16), 3-34. <https://ensani.ir/fa/article/470726>
- Arab Ahmadi, M., & Karimi, M. (2023). An Analysis of the Theory of Independence in International Commercial Arbitration. *Journal of Private Law Research*(44), 187-219.
- Carbonneau, T. (2003). The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vantl36&div=50&id=&page=>
- David, R. (1996). *The Concept and Role of Arbitration in International Trade*. Mizan Publications.
- Fadhil Lankarani, M. (2000). *Tafseel al-Shari'ah, Kitab al-Nikah*. Fiqh Center for Imams al-Athar.
- Fadhil, M. (1998). *Kanz al-'Irfan fi Fiqh al-Quran*. World Assembly for Proximity of Islamic Schools of Thought.
- Fan, K., In Bjorklund, A., Ferrari, F., & Kroll, S. (2021). *Arbitrator's Contract*. Cambridge University Press. [https://books.google.com/books?hl=fa&lr=&id=cVyvEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT23&dq=38.+Fan,+Kun+\(2021\)+%E2%80%9CArbitrator%27s+Contract%E2%80%9D++in+Bjorklund+A#v](https://books.google.com/books?hl=fa&lr=&id=cVyvEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT23&dq=38.+Fan,+Kun+(2021)+%E2%80%9CArbitrator%27s+Contract%E2%80%9D++in+Bjorklund+A#v)
- Ghadir, M., & Kazemi Ferooshani, H. (2019). The Foundations of Commercial Arbitration in Islamic Jurisprudence and International Autonomous Law. *Journal of Private and Criminal Law Research*(41), 11-30. <https://sid.ir/paper/127743/fa>
- Hosseini Ahagh, M. Arbitrator-Arbitration. *Encyclopedia of the Islamic World*. <https://rch.ac.ir/article/Details?id=9062>
- Hosseini Ameli, M. J. b. M. (2011). *Miftah al-Karamah fi Sharh Qawa'id al-Allamah*. Islamic Publications Office of the Society of Seminary Teachers.
- Hosseini Haeri, S. K. (1996). *Al-Qada fi al-Fiqh al-Islami*. Islamic Thought Institute.
- Houshmand Firouzabadi, H. (2020). Feasibility of the Legitimacy of Arbitration Judgment in an Islamic State During Occultation. *Islamic Governance Journal*(4), 55-84. <https://ensani.ir/fa/article/461635>
- Houshmand Firouzabadi, H., & Bathaee, F. (2016). A Jurisprudential Review of the Nature of Arbitration. *Researches in Islamic Jurisprudence and Law*(48), 171-192.
- Kakavand, M. (2020). *Arbitrator as an Assistant to the Judge*. Nohad Publications.
- Khoei, A. a.-Q. (1990). *Mabani Takmilat al-Minhaj*. Madinat al-Ilm.
- Lew, J. (2006). Achieving the Dream: Autonomous Arbitration. *Arbitration International*, 22(2). <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.2.179>
- Mafi, H., & Taghipour, M. H. (2016). The Legal Nature of the Arbitration Institution. *Journal of Private Law Research*(21), 177-204.
- Makarem Shirazi, N. (2006). *Da'irat al-Ma'arif Fiqh Muqarin*. Imam Ali bin Abi Talib School Press.
- Mousavi Ardabili, A. K. (2002). *Fiqh al-Qadha*. Society of Mufid, Al-Nashr Institute.
- Muhaqiq Hilli, J. f. b. H. (1998). *Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram*. Ismailian Institute.
- Najafi, M. H. (2020). *Jawahir al-Kalam*. Dar al-Kutub al-Islamiyyah.
- Nuri Tabarsi, H. (1998). *Mustadrak al-Wasa'il wa Mustanbit al-Masa'il*. Al-Bayt al-Ihya' al-Turath.

- Paulsson, J. (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199564163.001.0001>
- Shaheed al-Awwal, A. A. S. a.-D. M. b. M. (1996). *Al-Durus al-Shar'iyah fi Fiqh al-Imamiyyah*. Islamic Publications Office.
- Shaheed al-Thani, Z. a.-D. b. A. b. A. A., & Edited by Sayyid Mohammad, K. (1991). *Rawdat al-Bahiyyah fi Sharh al-Lam'ah al-Dimashqiyyah*. Da'vari Publications.
- Subhani Tabrizi, J. f. (1997). *Nizam al-Qadha' wa al-Shahadah fi al-Shari'ah al-Islamiyyah al-Gharrā*. Islamic Publications Office.
- Tabatabai, S. A. (1997). *Riyadh al-Masail fi Bayan al-Ahkam bil-Dala'il*. Al-Bayt Institute for the Revival of Heritage.
- Tusi, M. b. H. (1972). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah*. Al-Maktabah al-Murtadhawiyyah.