

A Feasibility Study of the Validity of Arbitration Clause in International Contracts Based on Islamic Jurisprudence

Received: 04/08/2021; Accepted: 08/03/2022

Mahmood Akbari¹

Ehsan Yavari²

Javad Shamsi³

Abstract

One of the indisputable principles in Islamic international relations is Nafy-e-Sabil Rule (no domination over Muslims by Non-Muslims) according to which the basic rule is that any agreement in which Muslims or the Islamic State is somehow dominated by non-Muslims is not valid and its performance is not required. One of the issues in which non-Muslim domination over Muslims is controversial is non-Muslim arbitration in Muslim-non-Muslim or even Muslim-Muslim claims in Islamic states which is usually stipulated as a subordinate obligation in the contract that is called "arbitration clause". According to the primary rule, the denial or Nafy-e-Sabil Rule rejects such obligations that require a Sabil, however, necessity, hardship (haraj), and expediency are among the topics that, if fulfilled, can be considered for a departure from the elementary rule. The present study is an attempt to explain the nature and validity of the arbitration clause in the contracts of Islamic states in the international arena which has been conducted by descriptive and analytical method. It has finally led to this conclusion that the arbitration clause and referral of the arbitrator to the infidel, although at the first is overcome by the rule of Nafy-e-Sabil and, as a consequence, is ineffective, but the secondary rule in the field of haraj and expediency governs it. This analysis justifies the accession of Islamic states to international conventions. Furthermore, some jurisprudential-legal solutions have been provided to get out of the rule of Nafy-e-Sabil Rule.

Keywords: Nafy-e-Sabil Rule, Arbitration Clause, Arbitration in International Contracts, Islamic Law, International Conventions.



1 Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Ayatollah Boroujerdi University.

2 Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Ayatollah Boroujerdi University (Corresponding Author); Email: ehsan.yavari@abru.ac.ir

3 Ph. D. Student in Private Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

امکان نخی اعتبار شرط داوری در قرارداد های بین المللی بر اساس فقه اسلامی

محمود اکبری^۱

احسان یآوری^۲

جواد شمسی^۳

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۵/۱۳ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۰/۱۲/۱۷

چکیده

یکی از اصول مسلم در روابط بین الملل اسلامی قاعده نفی سبیل است که بر اساس آن، حکم اولیه اینست که هرگونه قراردادی که به موجب آن مسلمانان یا دولت اسلامی به نحوی تحت سلطه غیر مسلمان قرار بگیرند، باطل و وفای به آن لازم نیست. از جمله مواردی که تسلط غیر مسلمان بر مسلمان در آن قابل بحث است داوری غیر مسلمان در دعاوی مسلمان با غیر مسلمان و یا حتی مسلمان با مسلمان در دولت های اسلامی است که معمولاً به صورت تعهد تبعی در ضمن قرارداد شرط می شود که به آن «شرط داوری» گویند. مطابق قاعده اولیه، نفی سبیل این گونه تعهدات را که مستلزم سبیل است نفی می کند، ولی ضرورت، حرج، و مصلحت از عناوینی است که در صورت تحقق می توان خروج از قاعده اولیه را مورد بررسی قرارداد. پژوهش پیش رو کوششی در جهت تبیین ماهیت و اعتبار شرط داوری در قراردادهای دول اسلامی در عرصه بین المللی است که با روش توصیفی و تحلیلی انجام گرفته و نهایتاً منجر به این نتیجه گردیده که شرط داوری و ارجاع داور به کافر اگرچه به عنوان اولی، محکوم قاعده نفی سبیل و لذا غیر نافذ است ولی قاعده ثانوی در زمینه حرج و مصلحت حاکم بر آن است و همین تحلیل پیوستن دولت های اسلامی به کنوانسیون های بین المللی را موجه می نماید. علاوه بر این برخی راهکارهای فقهی- حقوقی جهت برون رفت از حکم قاعده نفی سبیل ارائه گردیده است.

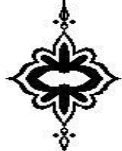
واژگان کلیدی: قاعده نفی سبیل، شرط داوری، داوری در قراردادهای بین المللی، حقوق اسلامی، کنوانسیون های بین المللی.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آیت الله بروجردی (ره).

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آیت الله بروجردی (ره) (نویسنده مسؤل)؛ رایانامه:

ehsan.yavari@abru.ac.ir

۳. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.





مقدمه

یکی از قواعد فقهی حاکم بر قراردادهای در عرصه بین الملل، قاعده نفی سبیل است که براساس آن هر گونه سبیل و راهی که به هر طریق منجر به تسلط کفار بر مسلمانان و مؤمنان شود نفی شده، قراردادی که زمینه تسلط بر مسلمان را فراهم آورد در هر صورت بی اعتبار است اعم از این که تسلط بالفعل به وجود آمده باشد یا بالقوه امکان به وجود آمدن آن وجود داشته باشد (خمینی، ۱۳۸۵: ۵۵۱). به عبارت دیگر، قاعده نفی سبیل حاکم بر اصل لزوم قراردادهای است؛ از جمله مواردی که تسلط غیر مسلمان بر مسلمان در آن مورد بحث است داوری غیر مسلمان در دعاوی مسلمان با غیر مسلمان و یا حتی مسلمان با مسلمان است؛ چه در زمینه حقوقی و چه در زمینه کیفری باشد. در قراردادهای بین المللی، داوری به صورت تعهد تبعی در ضمن قرار داد شرط می شود که به آن «شرط داوری» می گویند. در ماده هفت قانون نمونه داوری آنسترال ۱۹۸۵م آمده است: «موافقت نامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی اختلافات به وجود آمده در مورد یک رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی یا اختلافاتی را که ممکن است پیش آید به داوری ارجاع می شود. موافقت نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در یک قرارداد یا به صورت موافقت نامه جداگانه باشد» (محبی، کاویار، ۱۳۹۵: ۶۹). حال با توجه به قاعده نفی سبیل، شرط داوری در قراردادهای دولت اسلامی^۱ با کشورهای غیر مسلمان یا قراردادهای مسلمانان با داوری غیر مسلمان که مستلزم تسلط غیر مسلمان بر مسلمان است چه سرنوشتی پیدا می کند؟ با توجه به اینکه بخش عمده ای از قراردادهای بین المللی مسلمانان با اشخاص تابع کشورهای غیر اسلامی منعقد می گردد، ضرورت این

۱. در این مقاله از ترکیب دولت های اسلامی که دولت به مفهوم اعم یعنی حاکمیت را مدنظر دارد، استفاده شده است.





بحث روشن است، که آیا ارجاع اختلاف یا دعوا به مراجع بین المللی جایز است یا خیر؟
 و اساساً آیا آرای صادره از مراجع داوری بین المللی در دولت های اسلامی و نسبت به
 مسلمانان نافذ است؟ و این اقدام به معنای نادیده گرفتن قاعده نفی سبیل و به عبارت دیگر
 ضعف نظری قوانین اسلامی است، یا این که در متن قوانین اسلامی برای برون رفت از
 این گونه بن بست ها راه حل هایی پیش بینی شده است؟ این مسأله را می توان یکی از
 چالش های پیش روی فقه حکومتی در زمینه روابط خارجی تلقی کرد که پژوهش حاضر
 با پاسخ به سؤالات مورد اشاره، در پی یافتن راه حلی منطقی و مناسب برای برون رفت از
 این چالش است.

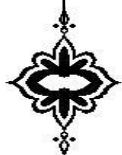
پژوهش هایی که در باب شرط داوری صورت گرفته است تنها به صورت محدود به
 بررسی شرط داوری متضمن تعیین داور غیر مسلمان پرداخته (خدا بخشی، ۱۳۹۸: ۲۶۰) یا
 اینکه تنها بحث وحدت تابعیت داور با طرف مقابل را تبیین نموده اند (یوسف زاده، ۱۳۹۲:
 ۱۴۲). در بحث قاعده نفی سبیل نیز در روابط بین المللی این امر به صورت عام بیان شده
 است (زارعی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۸۲-۱۶۷؛ جعفری هرنندی، ۱۳۸۴: ۷۵-۶۵)، ولی در
 خصوص موضوع مورد بحث یعنی ارتباط شرط داوری با قاعده نفی سبیل، پژوهش
 مستقلی صورت نگرفته است و ظاهراً نخستین بار است که این مسأله مطرح می شود. در
 نگارش این مقاله، به مبانی مربوط به قاعده نفی سبیل، ماهیت داوری و شرط داوری
 پرداخته و اختلاف نظرات بیان خواهد شد و نوآوری تحقیق از لحاظ بررسی رابطه ی
 قاعده مذکور با شرط داوری خواهد بود.

۱. مفهوم شناسی

در این بند در دو قسمت به بررسی جایگاه فقهی قاعده نفی سبیل که بیانگر مفاد آن هم
 می باشد و مفهوم شرط داوری پرداخته شده است.

۱-۱. جایگاه فقهی قاعده نفی سبیل

یکی از قواعد مسلم در نظام حقوقی اسلام، قاعده نفی سبیل است. این قاعده مقرر می
 دارد که هرگونه توافق و قراردادی که به نحوی از انحاء مستلزم تسلط و نفوذ غیر مسلمان





بر مسلمان باشد از نظر اسلام غیر نافذ است، و پای بندی بدان لازم نیست، و در واقع باطل و کأن لم یکن اعلام می گردد. این امر منحصر به قراردادهای خصوصی نیست بلکه حسب اطلاق در قراردادهای عمومی و بین المللی نیز حکم آن جاری است (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۳۵۰). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در جنبه های مختلف اعم از فرهنگی واجتماعی (بند ج اصل دوم)، سیاسی (بند ۱۶ اصل سوم و اصل یکصد و پنجاه و دوم)، شیوهی حکومت داری (مقدمه)، نظامی (اصل یکصد و چهل و پنجم) و اقتصادی (اصول هشتاد و یکم و دوم)، تحت تأثیر این قاعده مسلم فقهی نگارش یافته است (زارعی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۷۳). اسلام، مسلمانان را در روابط خود با پیروان ادیان دیگر از هر کاری که موجب تقویت آنها از نظر نظامی، اقتصادی، فرهنگی، اطلاعاتی و... شود برحذر می دارد چراکه هرگونه رابطه ای به مصالح دنیای اسلام بستگی دارد. البته این مطلب به معنای عدم تعامل مسلمان با غیر مسلمان نیست، به گونه ای که قرآن کریم (سوره ممتحنه، آیه ۸ و ۹) نه تنها رابطه با غیر مسلمان را جایز می داند بلکه محبت و احسان به کافران را هم تا آن جا که مایه تضعیف جبهه حق نشود سفارش می کند در این زمینه اسلام به اصول انسانیت توجه دارد (مطهری، ۱۳۷۶: ۲۴۰-۲۳۰، ۱۳۷۷: ۱۲۲، ۱۳۷۸: ۲۶۰-۲۵۸). لذا تعامل جهان اسلام با دنیا از جهات گوناگون در جریان است اما تنها شرط آن «احترام متقابل» و تسلط ناپذیری است.

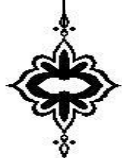
از آنجا که قاعده نفی سیل یک حکم فقهی است، بایستی مستند به أدله و منابع فقهی باشد و مهم ترین أدله و منابع فقهی کتاب و سنت است. در مورد این قاعده از کتاب به آیه (۱۴۱) سوره نساء استناد می شود که می فرماید: «... وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» یعنی خداوند برای کافران راهی بر مؤمنان قرار نداده است. در اینکه مقصود از این راه چیست بین مفسران و فقیهان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی گفته اند مقصود سلطه اعتباری تشریعی است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۱۹۰، مغنیه، ۱۴۲۴: ۴۰۷، ثعالبی، ۱۴۱۸: ۳۱۸). برخی دیگر آن را سلطه تکوینی دانسته اند (مراغی، بی تا: ۱۸۶، زحیلی، ۱۴۱۸: ۳۱۹، موسوی، ۱۳۷۴: ۱۹۰). برخی گفته اند مقصود حجت است که کافران در مقابل مؤمنان حجت و استدلال ندارند (قمی، ۱۴۰۴: ۲۰، فیض کاشانی، ۱۳۶۲: ۴۰۶) یا در قیامت حجت





آنها پذیرفته نیست (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۳۵۱). برخی هم گفته اند مقصود پیروزی نهایی مؤمنان است (دروزه، ۱۳۶۷: ۲۶۶). ظاهر آیه این است که خداوند راه نفوذ و تسلط کافران بر مؤمنان را بسته است، یعنی حکمی که مستلزم تسلط بر مسلمان باشد را تشریع نکرده است؛ بنابراین هرگونه رابطه ای که مستلزم استیلاء بر مسلمان باشد فاقد اثر است و انحصار سبیل بر هر یک از معانی گفته شده دلیلی ندارد. مؤید این گفته این است که نفی سبیل به نحو عموم از أدله فقهی دیگر نیز قابل استنباط است (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۹۳). شیخ طوسی می گوید: «وهذا عام فی جمیع الأحکام» (طوسی، ۱۴۰۷: ج ۳، ۱۶) و با این عبارت قاعده مذکور را در جمیع احکام جاری می داند.

از منبع سنت نیز می توان به حدیث نبوی مشهور «الإسلام یعلو و لایعلی علیه» استناد نمود که به روش های مختلف، در منابع روایی شیعه و اهل سنت با مفاهیم مشابه، نقل شده است (مجلسی، ۱۴۰۳: ۴۷؛ حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۴، نوری طبرسی، ۱۴۰۹: ۱۴۲، متقی هندی، ۱۴۰۱: ۶۶، نمازی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۱۱۱، الدار قطنی، ۱۴۱۷: ۱۷۷). برخی سند حدیث را ضعیف می دانند (خوئی، ۱۳۶۸: ۹۰)، ولی این حدیث در فقه مسلم شناخته شده است و ضعف سند را به عمل اصحاب منجبر دانسته اند. شیخ انصاری می گوید: «ضعف روایت نبوی مرسل در کتاب های اصحاب امامیه بوسیله عمل آنها براساس این روایت و همچنین به استدلال آنها در موارد مختلف به این حدیث جبران شده است» (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۰). امام خمینی (ره) نیز آن را معتمد و مشهور بین فریقین می دانند (خمینی، ۱۴۱۰: ۵۴۴). بنابراین، اطمینان و وثوق به صدور روایت وجود دارد و از ناحیه صدور، مورد قبول فقها است و قابلیت استناد در قاعده نفی سبیل وجود دارد. در دلالت و مفاد این حدیث اختلاف شده است که آیا انشاء است یا اخبار؟ یعنی اعتلای غیر مسلمان بر مسلمان حرام است، یا هرگونه رابطه ای که مستلزم علو غیر مسلمان بر مسلمان باشد باطل و نامعتبر است یا اخبار از یک ناموس تکوینی است و آن غلبه حق بر غیر حق است؟ یعنی منطق اسلام بر سایر منطق ها برتری دارد یا در عمل در تضاد های اجتماعی از هر دین دیگری موفق تر است؟ چون بهتر برای پاسخ گوی احتیاجات درونی و اجتماعی بشر است (مطهری، ۱۳۹۱: ۱۰۹-۱۰۷). برخی گفته اند بخش اول حدیث،



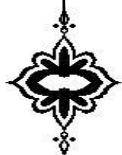


داشته و هر شخصی را توجیه نماید به نظر با توجه به نظارت دادگاه حتی در مرحله اجرا نمی توان رأی چنین داوری را باستناد قاعده مزبور باطل دانست. لذا حسب قاعده «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» قاعده نفی سبیل امروزه در داوری مجری نمی باشد.

۲-۱. شرط داوری

دادگستری تنها مرجع حل اختلافات اشخاص نیست؛ بلکه، در صورت تراضی، اشخاص می توانند اختلافات خود را جهت حل و فصل، به داوری نیز ارجاع دهند. قانون آیین دادرسی مدنی از داوری تعریفی ارائه نمی کند؛ لیکن، برخی در تعریف داوری گفته اند: داوری، فصل خصومت توسط غیر قاضی و بدون رعایت تشریفات رسمی رسیدگی دعاوی است. در ماده ی ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند، می توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند». بنابراین، اشخاص زمانی می توانند از حل اختلاف دادگستری صرف نظر کنند که، قبلاً برای ارجاع اختلاف خود به داوری با هم توافق داشته باشند. این توافق می تواند قبل از بروز اختلاف یا بعد از آن باشد و یا به طور جداگانه یا ضمن قرارداد اصلی به عمل آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۸۴).

در عرصه حقوق بین الملل، راهکار کلی پیش بینی شده برای حل و فصل اختلافات میان کشورها، الزام آنها به استفاده از دیپلماسی و راهبردهای مسالمت آمیز است (خالقی، ۱۳۹۹: ۳۴) تا از بروز مخاصمات و درگیری های مسلحانه پیشگیری شود. استفاده از داوری نیز می تواند به عنوان یک راهبرد مسالمت آمیز، در حل اختلافات باشد که در قالب موافقت نامه داوری قابل بهره گیری است. مطابق ماده (۷) قانون نمونه داوری آنسیترال ۱۹۸۵ «موافقت نامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی اختلافات به وجود آمده در مورد یک رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی یا اختلافاتی را که ممکن است پیش آید به داوری ارجاع می شود. موافقت نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در یک قرارداد یا به صورت موافقت نامه جداگانه باشد».





در مورد ماهیت شرط داوری در بین نویسندگان داخلی اختلاف نظر وجود دارد، برخی آن را شرط فعل می دانند. شرط فعل نوعی تعهد و التزام است که شامل فعل مادی مثبت و منفی و انجام یا خودداری از انجام عمل حقوقی می شود. در شرط داوری از یک طرف ارجاع به داوری است که فعل است و از طرف دیگر عدم مراجعه به دادگاه است که ترک فعل است، بنابراین شرط داوری نوعی شرط فعل است (سلیمی و دیگران، ۱۳۹۶: ۸۲) و در مقابل برخی آنرا شرط نتیجه می دانند چرا که در شرط داوری نیز ارجاع اختلاف به داور به منزله تحقق امری در خارج از قرارداد است، پس شرط نتیجه است (جعفریان، ۱۳۷۳: ۱۳۳، رئیسی، ساعدی، ۱۳۹۲: ۱۴). اما دیدگاه اخیر در داوری داخلی و داوری تجاری بین المللی مورد پذیرش نیست، زیرا علاوه بر اینکه شرط داوری باید مورد پذیرش داور قرار گیرد و به صرف توافق طرفین محقق نمی شود، شرط مزبور متضمن اثر ایجابی و سلبی است (شیروی، کاظمی، ۱۳۹۷: ۲۲۴). بند (۳) ماده (۲) کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی ۱۹۵۸م مقرر می دارد که دادگاه های کشورهای عضو باید به درخواست ارجاع اختلاف به داوری ترتیب اثر بخشند، مگر آنکه دریابند که موافقت نامه داوری باطل و بلااثر، و یا غیر قابل اجرا است. همچنانکه ماده (۸) قانون داوری تجاری بین المللی نیز شرط داوری را در صورت طرح ایراد خوانده موجب نفی صلاحیت دادگاه می داند. اثر ایجابی شرط داوری اینست که در صورت تحقق مقتضای عقد یعنی حدوث اختلاف باید دعوای طرفین به داوری ارجاع و از طریق مرجع داوری حل و فصل گردد. چرا که وجوب وفای به عقد، شروط ضمن آن را نیز در بر می گیرد و مباحث پیرامون اصل تفکیک پذیری شرط داوری از قرارداد اصلی (Landolt, 2013: 511) خود نشانگر اینست که شرط داوری با تحقق عقد حاصل نمی شود بلکه نیازمند فعل و ترک فعل طرفین است و الا اگر شرط نتیجه بود در همان زمان عقد محقق شده و بحث بطلان آن در اثر بطلان عقد مطرح نمی شد. لذا حتی در صورتی که اختلاف محقق و داور همزمان داوری را قبول نماید نیز به دلیل اینکه موافقتنامه مزبور متضمن رجوع به داور و عدم رجوع به دادگاه است شرط فعل محسوب می گردد. البته مطابق بند (۵) ماده (۱۱) قانون داوری تجاری بین المللی اگر شرط داوری مقید به داور خاصی شده باشد، و آن



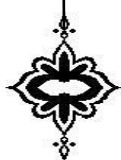


شخص نخواهد یا نتواند به دعوا رسیدگی کند، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود. در حالی که، اگر شرط داوری شرط نتیجه تلقی شود، باید خود به خود و به نفس اشتراط محقق شود و چنانچه نزد دادگاه به هر طریقی، وجود موافقت نامه اثبات شود، دادگاه باید دعوا را به داوری ارجاع دهد (سلیمی، دیگران، ۱۳۹۶: ۸۲). برخی معتقدند که، اگر در قراردادی قید شود «کلیه اختلافات مربوط به این قرارداد به داوری ارجاع می شود» در چنین فرضی در واقع نتیجه و اثر عقد داوری ضمن قرارداد دیگر شرط می شود و در قالب شرط نتیجه است (زارع، سلیمی، ۱۳۹۷: ۴۶۱-۴۶۰). ایراد این سخن آن است که ضابطه شرط نتیجه را ندارد زیرا شرط نتیجه تحقق امری در خارج بدون نیاز به اجرای مقدمات دیگر است و صرف قراردادن نتیجه و اثری در عقد دیگر شرط نتیجه محسوب نمی شود، در حالی که شرط ارجاع به داوری نیاز به درخواست داوری و شرایط دیگر است.

به نظر می رسد، همانطور که کنوانسیون نیویورک راجع به داوری تجاری بین المللی حکم نموده است (شریعت باقری، ۱۳۸۰: ۷۵) شرط داوری شرط فعل است، شرط فعل یعنی اشتراط انجام یا ترک عملی توسط مشروط علیه، در اینجا ضمن عقد شرط می شود که طرفین هنگام بروز اختلاف به داور رجوع کنند و به دادگاه رجوع نکنند و روشن است که رجوع طرفین به داور فعل است و داوری به خودی خود در خارج محقق نمی شود که آن را شرط نتیجه بدانیم. از طرف دیگر عدم رجوع به دادگاه ترک فعل است پس ضابطه شرط فعل را دارد، لذا باید بحث شود که شرط فعلی که مستلزم تسلط و اعتلای غیر مسلمان بر مسلمان شود جایز است یا نه؟ زیرا چنین شرطی مخالف شرع و قانون است.

۲. اصل اولیه و جهانی در عمل به شرط داوری

قاعده اولیه در عمل به شروط و قرارهای معاملی لزوم وفای به شرط است، به حکم «أوفوا بالعقود» (مانده/۱) و «المؤمنون عند شروطهم» هرگونه توافقی بین افراد الزام آور و لازم الوفاء است. خروج از این اصل نیازمند به دلیل شرعی و قانونی است هرگاه دلیلی بر خروج از قاعده باشد طبق آن عمل می شود و گرنه تحت اصل باقی می مانیم (محقق داماد،





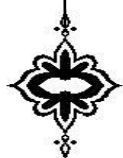
۱۴۰۶: ۱۶۸). یک دلیل بر خروج از این اصل، استثنایی است که در خود قاعده شروط ذکر شده است که شرط مخالف حکم شرعی یعنی تحریم حلال و یا تحلیل حرام نباشد. از جمله احکام شرعی مستفاد از کتاب قاعده نفی سبیل است که می گوید هرگونه توافقی که مستلزم تسلط غیر مسلمان بر مسلمان باشد نامعتبر است «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء: ۱۴۱)، و نیز حرمت مراجعه به طاغوت در رفع دعاوی «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» (نساء: ۶۰). بنابراین می توان گفت شرط ارجاع داوری به غیر مسلمان شرطی مخالف با حکم شرعی و نامعتبر است (عمید زنجانی، ۱۳۹۲: ۱۸۱). زیرا، لازمه داوری تسلط بر طرفین دعوا است و طرفین ملزم به اطاعت از داور هستند، بویژه که در قراردادهای بین المللی خارج از دولت های اسلامی، اشخاص و نهادهای داوری تحت نظارت هیچ نهاد اسلامی نیستند، ماهیت و اثر اصلی شرط داوری رجوع به داوری شخص ثالث است؛ اگرچه، در تشکیل این توافق اعلام قبول از سوی شخص داور لازم نیست، ولی در نهایت رجوع به داوری صورت می گیرد و غالب داوران در مراجع بین المللی کافرند و لذا شرط رجوع به داوری مستلزم تسلط کافر بر مسلمان است که شرطی خلاف شرع بوده و لذا مشروع و معتبر نخواهد بود؛ به عبارت دیگر ارجاع داوری به غیر مسلمان مستلزم پذیرش ولایت اوست در حالی که خداوند از پذیرش ولایت کافران نهی کرده است؛ «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ» (ممتحنه: ۱). در مقابل می توان گفت که امروزه داوری دارای چنین ویژگی نمی باشد و با توجه به اصول مختلفی از قبیل بی طرفی و استقلال داوری که دارای ضمانت اجراهای مناسب می باشند، رجوع به داوری نشانه عزت داور به شکلی که، نافی عزت رجوع کننده به داوری باشد، نیست. چرا که داوری بر خلاف حکمیت فقهی تنها در امور غیر کیفری قابل اعمال است که آنهم نافی عزت طرف مسلمان نمی باشد و به همین دلیل است که محدودیت های پیش بینی شده در ارجاع اموال عمومی و دولتی امروزه به شکل مضیق تفسیر می شود و اسناد بین المللی نظیر کنوانسیون نیویورک نیز تنها این موارد را (مافی، ۱۳۹۷: ۴۷۲) در کنار نظم عمومی موجبی برای اعمال نظارت قضایی می دانند و محدودیت پیش بینی شرط داوری





ضمن قرارداد در برخی نظام های حقوقی بموجب عمده معاهدات بین المللی از بین رفته است (جنیدی، ۱۳۹۵: ۲۴۱).

داوری یک روش جایگزین برای دادرسی است، ولذا دادگاه نمی تواند به عنوان داور معین شود، در مواردی که دعوا قابل ارجاع به داوری نباشد خود دادگاه رسیدگی می کند، اما زمانی که شرط داوری وجود داشته و اختلاف قابل ارجاع به داوری باشد آن را به داوری می فرستد. حتی در کشورهای سوسیالیستی سابق هم داوری مرجع خاص و جداگانه از سیستم قضایی است (اشمیتوف، ۱۳۹۱: ۱۰۴۵-۱۰۴۲). با این وجود طبق بند (۱) ماده-۳۴) اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری، در برخی موارد دادگاه مرجع حل اختلاف دولت ها واقع می شود که قاضی را دولت های مربوطه تعیین می نمایند، که با توجه به وظایف و اختیارات قاضی این امر نوعی رسیدگی قضایی است و نه داوری. ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز مقرر می دارد که قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی توانند به امر داوری بپردازند هر چند با تراضی طرفین. این ممنوعیت به دلیل مشغله قضات و حفظ اعتبار وحیثیت قضایی و رعایت شئون قضات و کارمندان دستگاه قضا است (شمس، ۱۳۹۲: ۵۱۹-۵۱۸). مفهوم مخالف ماده فوق این است که کارمندان اداری شاغل در قوه قضاییه که در دادگاه ها مشغول به خدمت نیستند و همچنین کارمندان اداری شاغل در سایر قوا مشمول حکم ماده مذکور نیستند (حیاتی، ۱۳۹۵: ۶۸۸). در برخی از کشورها مثل ایالات متحده آمریکا، اصولاً قاضی اجازه داوری ندارد (هولتزمن، ۱۳۸۱: ۶۳). در کشورهای دیگر مانند سوئد ممنوعیتی برای قاضی در داور شدن وجود ندارد و در ماده ی (۷) قانون داوری سوئد اصل را بر آزادی قرار داده است و در مواد بعدی ممنوعیتی برای داور شدن قاضی بیان نکرده است^۱. در قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی نیز چنین ممنوعیتی وجود ندارد. اما به لحاظ قاعده نفی سیل داور شدن قاضی نیز با همان اشکال گفته شده روبه رو است، زیرا در اینجا نیز قاضی داور است





و داوری مستلزم ولایت و سلطه است که خداوند آن را نهی کرده است؛ یعنی همان ملاک در اینجا هم وجود دارد.

داور بعنوان قاضی خصوصی می تواند اقدام به انجام اموری از جمله حل اختلاف و صدور رأی، تشکیل جلسات داوری و ارجاع به کارشناسی در صورت نیاز را انجام می- دهد. به همین علت است که در برخی کشورها مانند آمریکا برای داور مصونیت در نظر گرفته و گفته اند که «محاکم آمریکا از دیر باز نسبت به تعمیم دکترین برخاسته از حقوق عرفی مصونیت داوران روی خوش نشان داده و از آن حمایت کرده اند. (هاوس مینیجر، ۱۳۷۰: ۲۴۸). رأی دیوان عالی آمریکا در پرونده‌ی «برادلی» علیه «فیشر» اثر قاطع و غیر قابل انکاری در تعیین تکلیف موضوع مصونیت داوران توسط دادگاه‌های فدرال و ایالتی بر جای گذاشت در دعوی «جونز» علیه «براون» که نخستین رأی منتشره توسط یک دادگاه آمریکایی است که در آن مسأله‌ی مصونیت داور اشاره رفته است دادگاه ضمن تشبیه داور به قاضی حکم داد که داور خوانده دعوی را نمی‌توان از بابت ضرر و زیانی که از عملکرد متقلبانه و یا مشکوک به فساد مالی وی ناشی شده است تحت تعقیب قرار داد همچنین دیوان عالی ایالت ماساچوست چند سال بعد در دعوی «هوساک تونل داک اند الویتور» علیه «اوبراین» استدلال نمود که «داور یک مقام شبه قضایی است که وظایف قضایی را انجام می دهد و همانند قاضی، موجبات و دلایل فراوانی برای حمایت و تضمین بی طرفی، استقلال و کنار بودن او از فشارهای ناروا وجود دارد ...» (هاوس مینیجر، ۱۳۷۰: ۲۴۹- ۲۴۸). البته در حقوق ایران چنین حمایتی قابل تصور نیست؛ زیرا داور تحت نظارت‌های سیاسی و انتظامی که نسبت به قضات اعمال می‌شود نیست؛ به این معنا که سوء استفاده از تصدی و منصب قضا و تخلفات قضایی تا حدودی تحت کنترل و نظارت قانونی قرار دارد و برای جلوگیری از آن امکان توسل به اعتراض و سایر اقدامات انضباطی و انتظامی پیش- بینی شده است؛ در حالی که، برای مقابله با تخطی‌های داور اصولاً راهی به جز مسئول دانستن در برابر ضرر و زیان در دسترس نیست (عباسیان، عباسلو، ۱۳۹۵: ۱۷۴). اگرچه داور اصولاً دارای چنین مصونیتی در مراجع داخلی و بین‌المللی نیست، اما در دید عرف برای منصب داوری ارزش و احترام خاصی قائل اند؛ زیرا، با اظهار نظر خود در بین طرفین





اختلاف به آن خاتمه می‌دهد که، به نوعی ریشه در شبه قضایی بودن داور دارد. به نظر می‌رسد که بالاتر قرار دادن کافر و احترام قائل شدن برای او، به نوعی ذلت و خواری مسلمان در برابر کافر است، خداوند قرآن کریم چنین ذلتی را برای مؤمنان نمی‌پذیرد؛ «الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَبِيتُوا عَنْهُمْ الْعِزَّةَ فَإِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا» (نساء: ۱۳۹)، آنها که کافران را ولی و سرپرست خود می‌گیرند و نه مؤمنان را، آیا عزت را نزد کافران می‌جویند؟ عزت به تمامی از آن خداست. از نظر قرآن عزت در انحصار خدا و مؤمنان است، لذا هر نوع رفتار و گفتاری که باعث شود تا این شرافت و عزت، خدشه‌دار شود، مخالف با حکم قرآن کریم و ممنوع است (طاهری، ۱۳۹۴: ۳۴۲).

برای دادگاه‌ها در عرصه‌ی داوری‌های بین‌المللی پنج کارکرد را شمارش کرده‌اند:

۱- ایجاد دیوان، برای اعمال تدابیری که در اختیار داور نیست، مانند صدور قرار تأمین هزینه‌ای رسیدگی داوری.

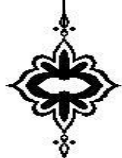
۲- رسیدگی به تخلفات احتمالی داور.

۳- امکان دسترسی به دادگاه در صورت لزوم توقف جریان رسیدگی داور.

۴- فراهم آوردن امکان تجدید نظر قضایی نسبت به موضوعات حقوقی.

۵- نظارت بر اجرای آراء (اشمیتوف، ۱۳۹۱: ۱۰۱۲). در حقوق ایران نیز موارد ذکر شده برای دخالت دادگاه در مراحل مختلف رسیدگی داوری با موارد مذکور در عرصه بین‌الملل مطابقت دارد (انصاری و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۵۶-۱۵۰).

اصل اولیه در داوری عدم مداخله دادگاه است (ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲ قانون تجاری بین‌المللی)، ارجاع داوری به دادگاه مشروط به شرط داوری است، دادگاه کفر در داوری دخالت ندارد مگر در صورت بروز اختلاف (مافی، پارسا، ۱۳۹۱: ۱۰۶) شرط ارجاع اختلاف به داوری سبب دخالت دادگاه را به وجود می‌آورد ولی این مانع از ممنوعیت رجوع به کافر نیست زیرا ممنوع بودن رجوع به کافر مطلق است و از این نظر بین مراحل بدوی، اعمال نظارتی، تجدیدنظر، رأی بدوی صادره از سوی چه کسی باشد و غیره فرقی وجود ندارد و تفکیک نشده است. در فقه اسلامی مسلمان بودن شرط قضاوت است و مراغه نزد کسی که این شرط را ندارد حرام است و آنچه که از طریق این





قضاوت به دست می آید به ملکیت در نمی آید مگر این که استیفای حق متوقف بر مرافعه نزد کافر باشد که از باب حرج جواز آن محتمل است (خمینی، ۱۳۸۵: ۴۳۲). بنابراین باید در نوع دخالت دادگاه تفاوت قائل شد. اگر از نوع نظارت، جرح و تعدیل داور باشد و دخالتی در صدور رأی نداشته باشد ولایت بر حکم محقق نیست اما اگر در صدور حکم دخالت مؤثر داشته باشد ولایت بر حکم و در واقع سبیل است که طبق قاعده نفی سبیل نفی می شود؛ پس، مرجع قضایی کفر به عنوان اصل تأثیری بر ممنوعیت رجوع به داوری کفر ندارد، مگر این که قرائن و اماراتی بر مداخله مؤثر دادگاه کفر در زمان انعقاد شرط داوری وجود داشته باشد.

ذکر این نکته نیز خالی از لطف نیست که در ارجاع به داوری، مقصود از کشور محل صدور رای یا مقر داوری، ضرورتاً محل فیزیکی کشور مذکور نیست؛ بلکه مقصود از کشور محل داوری مفهوم حقوقی آن است (van den Berg, 1986: 200-201; Mann, 1985: 108) که در این مقاله نیز همین مفهوم مدنظر است که رجوع به آن کشور برای داوری، اگر مصداق بلاد کفر باشد، بر اساس قاعده نفی سبیل ممنوع است.

۳. حکم ثانویه در خروج از منع

از مطالب گفته شده نتیجه شد که قاعده اولیه ممنوعیت رجوع به داوری شخص غیر مسلمان در عرصه بین المللی است؛ با این حال اغلب دولت های اسلامی به کنوانسیون نیویورک ملحق شده اند. ایران نیز با تصویب مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۰/۱/۲۱ به این کنوانسیون ملحق شد. مطابق بند (۱) ماده (۲) کنوانسیون نیویورک اعضای کنوانسیون متعهد می شوند آرای صادره در اختلافات مربوط به موضوعی که از طریق داوری قابل حل و فصل باشد را به رسمیت شناخته و اجرا نمایند، بنابراین ارجاع به داوری کفر پذیرفته شده است (شیروی، ۱۳۹۵: ۳۳۰-۳۲۹). الحاق به این کنوانسیون مطابق قاعده اولیه ممنوع است و باید مطابق قواعد ثانویه توجیهی برای آن پیدا کرد. در فقه اسلامی احکام اولیه به عنوان اولیه برای موضوعات ثابت هستند، گاه موضوعات عناوین ثانویه پیدا می کنند که مطابق آن حکم نیز تغییر می کند، مثل عنوان اضطرار، ضرر، اکراه،

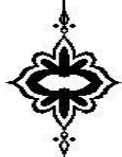




اجبار، عسرو حرج، مصلحت، تقیه، تراحم، نذر، عهد و قسم و... در مورد تعداد عناوین ثانویه در فقه اسلامی نمی‌توان نظر دقیقی را مطرح کرد و محدود به موارد خاصی نمود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۴۹۸) زیرا، مکلف با توجه به وضعیت دارای حالات متعددی می‌باشد و هر یک از آن حالات و عناوین، توانایی این را دارد که در طول عنوان شرعی دیگری مورد ملاحظه قرار بگیرد (باقرزاده مشکى باف، ۱۳۸۴: ۱۲۱). در مسأله مورد بحث دو عنوان عسر و حرج و مصلحت می‌تواند مورد بررسی قرار بگیرد:

۳-۱. عنوان عسر و حرج:

عسر به معنای دشواری و سختی (فیروزآبادی، ۱۴۲۶: ۴۳۹) و حرج به معنای درتنگنا واقع شدن (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۳۳) دو عنوانی هستند که معمولاً ملازم با هم به وجود می‌آید. به این معنا که هر عمل دشوار و سختی انسان را به تنگنا و ضیق می‌اندازد و در تنگنا قرار گرفتن نیز ملازم با سختی و دشواری است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۸۱). مرجع در تشخیص عسرو حرج عرف است (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۲۹۳) و عرف این دو عنوان را ملازم می‌بیند (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۵: ۱۰۶). از نظر قرآن کریم خداوند در دین حرج و تنگنا قرار نداده است «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸) و خداوند برای مؤمنان سختی و دشواری نخواسته است؛ «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵). با توجه به این نکته هرگاه عنوان عسر و حرج بر موضوعی عارض شود حکم اولیه در مورد آن موضوع برداشته می‌شود و تکلیف ساقط می‌گردد؛ مثلاً حکم اولیه وجوب روزه است اما اگر روزه گرفتن برای کسی همراه با عسر و حرج باشد مانند بیمار و مسافر، تکلیف از او برداشته می‌شود و حکم ثانوی برای عنوان ثانوی وضع می‌شود. این قاعده ثانویه است که در تعارض با قاعده اولیه بر آن حکومت می‌کند و تا وقتی که عنوان ثانوی باقی است حکم اولیه اجرا نمی‌شود. ممکن است بخواهیم از راه عسر و حرج مشکل جواز رجوع به داوری بین المللی را حل کنیم چرا که عدم پذیرش سازوکارهای بین المللی باعث شده تا حقوقدانان درگیر با مسائل عملی، کشورهای ملحق نشده به این سازوکارها را در محدوده قرمز قرار دهند (reed, 1998 : 9) و در مورد انجام فعالیت‌های تجاری بین المللی در محدوده این کشورها هشدار می‌دهند (جنیدی، ۱۳۹۰: ۵۴). از سوی دیگر، قاعده نفی



سبیل نیز خود یک قاعده ثانویه است، که حکم آن موقتی است هدف از نفی سبیل نیز نفی نوعی عسر و حرج است که از راه باز شدن سبیل یعنی تسلط کافر بر مؤمن وارد می آید، واز این حیث با قاعده‌ی نفی حرج، وحدت ملاک دارد بعلاوه نحوه‌ی بیان هر دو قاعده یکی است و مفاد هر دو، نفی حکم است و بر احکام اولیه حکومت دارند و دلیلی برای برتری و حکومت یکی از آن دو بر دیگری وجود ندارد. در نتیجه، در فرض وجود تعارض، به واسطه‌ی عدم رجحان، هر دو ساقط می‌شوند و برای حل مشکل نیز به احکام اولیه رجوع می‌شود. مگر آنکه مفاد قاعده‌ی نفی سبیل را حکم اولیه بدانیم که دراین صورت تردیدی در تقدم قاعده نفی عسر و حرج بر آن نیست (علوی، ۱۳۸۹: ۲۰۰). اگر مفاد هر دو قاعده را نفی عسر و حرج بدانیم، مفاد قاعده نفی عسر و حرج اعم از مفاد قاعده نفی سبیل است، چون در اولی نفی عسر و حرج در هر زمینه ای است ولی دومی نفی عسر و حرج ناشی از سلطه کافر بر مسلمان است. دراین صورت تعارضی وجود ندارد بلکه یکدیگر را تایید و تأکید می کنند، هردو حکم خواسته شارع است (محمدی، ۱۳۹۱: ۳۵۱)، و تشخیص اینکه کدام قاعده بر دیگری تقدم دارد با عرف است.

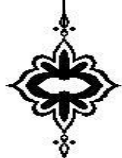
٣-٢. عنوان مصلحت

مصلحت چیزی است که انسان را در رسیدن به مقاصد دنیوی یا اخروی مساعدت می کند و نتیجه آن تحصیل منفعت یا دفع ضرر است (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۲۲۱). تشخیص منفعت و ضرر هم عرفی است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۴۴)، بنابراین مصلحت تحصیل منفعت یا دفع ضرر عرفی است. احکام شرعی دائر مدار مصالح و مفاسد نفس الامری هستند، که در برخی موارد قابل درک است و در برخی موارد هم معلوم نیست (مصباح یزدی، ۱۳۸۲: ۳۳۶). یعنی در خود فعل با قطع نظر از امر و نهی شارع مصالح و مفاسدی پنهان است و همین مصالح و مفاسد نفس الامری علل صدور احکام است (نائینی، ۱۳۷۶: ۵۹). در رابطه با بحث مورد نظر ممکن است گفته شود مصلحت در دل نفی سبیل است و لذا با آن تعارضی ندارد؛ پس، نمی توان گفت در داوری کفر مصلحت است و در نفی سبیل نیست، ولی واقعیت این است که مصلحت به عنوان قاعده فقهی غیر از مصالح نهفته در مبادی





احکام است مصلحت در اینجا به معنای منفعت عموم^۱، است، ومصلحت عموم بر مصالح نفس الامری موجود در احکام تقدم دارد. بر اساس قاعده نفی سیل، هرگونه ارتباطی که، باعث سلطه کافر بر مسلمان باشد، باطل است؛ اما، امروزه شرایط به گونه ای است که به رغم وجود چنین رابطه ای، حکومت های اسلامی ناگزیر از پذیرفتن برخی معاهدات هستند. به عنوان مثال کشور کویت به کنوانسیون نیویورک ملحق نشده بود نمی توانست رأی داوری صادره در کشور خود را که علیه شرکت انگلیسی Sir Feredric Snow and Partners صادر گردیده و براساس آن شرکت انگلیسی موصوف به پرداخت ۳/۵ میلیون پوند انگلیسی در حق دولت کویت محکوم شده بود به مورد اجرا بگذارد؛ زیرا، انگلیس به استناد شرط معامله متقابل مذکور در بند (۳) از ماده (۱) کنوانسیون نیویورک، که محدود کننده قابلیت اعمال کنوانسیون نسبت به آراء داوری صادره در قلمرو کشورهای متعاقد است، از اجرای رأی خودداری می نمود؛ ولی پس از پیوستن کویت به کنوانسیون نیویورک در مقام اجرای رأی داوری در قلمرو بریتانیا برآمد! همچنین باید توجه داشت که مطابق آمار ارائه شده در کنفرانس موسسه داوری سوئیس، از بیش از هفتصد حکم صادره در افزون بر ۳۵ کشور متعاقد، دادگاه ها در بیش از ۹۵ درصد موارد آرای داوری را اجرا نموده اند (van den berg, 1996 : 25) و یا بر اساس برآورد یکی از قضات بریتانیایی حدود ۹۸ درصد از آراء صادره در داوری های بین المللی مورد احترام و اجرا قرار گرفته است (kerr, 1996 : 27). از طرف دیگر، چنانچه به مدلول و مفاد کنوانسیون نیویورک نیز عمیقاً توجه شود، به نظر می رسد که، بدون الحاق به آن، اجرای رأی داوری بین المللی در کشور دیگر اگر غیر ممکن نباشد مشکل خواهد بود؛ زیرا اگر رأیی به نفع تبعه کشوری صادر شده باشد، محکوم له رأی داوری می تواند این رأی را در قلمرو دیگر کشورهای متعاقد به مورد اجرا بگذارد (الهجیلان، ۱۳۷۸: ۶۹). این مورد برای جلوگیری از حرج با در نظر گرفتن مصلحت است. نکته ی حائز اهمیت این که، در این کنوانسیون اگر خلاف این موارد تشخیص داده شود و یا شرایطی موجود باشد که، نشان بر مهم تر بودن قاعده ی نفی





سبیل بر سایر موارد بوده است، دادگاه یا مرجع صالح برای شناسایی و اجرا می تواند آن را مطابق جزء (ب) بند (۲) ماده ی (۵) کنوانسیون مزبور، خلاف نظم عمومی خود دانسته و باطل و غیر قابل اجرا بداند. لذا با توجه به اینکه پیش بینی داوری در قراردادهای بین المللی امری رایج است اقدام به بطلان شرط داوری علاوه بر اینکه پس از مدتی موجب ضعف اقتصادی و انزوای دولت اسلامی می شود. خلاف اصل سرعت در معاملات تجاری می باشد که از طریق داوری قابل تحقق است.

۴. راهکارهای فقهی - حقوقی در خروج از منع

در کنار تمسک به قواعد ثانویه برای خارج نمودن شرط داوری از حکم بطلان قاعده نفی سبیل می توان برخی راهکارها را نیز ارائه داد که موجب رفع ایراد مذکور و در نتیجه صحت داوری باشد. ابتدا در بند اول راهکارهای شکلی و سپس انتخاب داور مسلمان تبیین گردیده است.

۴-۱. راهکارهای شکلی

علاوه بر قواعد ثانویه ای که مورد اشاره قرار گرفت در فرض اثبات مغایرت رجوع به داوری با قاعده نفی سبیل، بدون نیازه قواعد ثانویه، برخی راهکارهای فقهی و حقوقی برای رفع ایراد قابل ذکر هستند. اول اینکه در داوری (السان و دیگران، ۱۴۰۰: ۳) و خصوصا داوری تجاری بین المللی مرحله شناسایی رأی وجود دارد که در این مرحله دادگاه ها می توانند با ملاحظه مفاد رای حتی در صورت عدم طرح ایراد یا اعتراضی بنابر بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک اقدام به شناسایی یا عدم شناسایی رای داوری نمایند (جنیدی، ۱۳۹۵: ۱۹۲). در چنین فرضی دادگاه می تواند در صورتی که داوری تنها در ظاهر مغایر قاعده نفی سبیل باشد اقدام به شناسایی رای نمایند که اینک در ماده (۱۵) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ راجع به امور و دعاوی خانوادگی چنین امری را از طریق تنفیذ رای دادگاه خارجی پذیرفته است. لذا در صورت پذیرش چنین ضابطه ای در امور و دعاوی خانوادگی به طریق اولی می توان در بحث داوری که امور تجاری را شامل می شود قائل به طی چنین فرایندی شد و ابتدائاً به بطلان شرط داوری که ممکن است

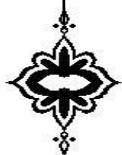




موجب سلطه پذیری مسلمانان بعنوان مفاد قاعده یاد شده نباشد، حکم داده نشود و دادگاه با شناسایی به رای داوری صادر شده اعتبار بخشد. حتی از این هم می توان فراتر رفت به این صورت که با وجود مقرر مزبور در امور خانوادگی که با نظارت شورای نگهبان چنین امری مجاز دانسته شده است در داوری که ناظر به امور تجاری است دیگر نیازی به طی این مرحله نیست و این استدلال می تواند از حیث فقهی نیز توجیه شود که امروزه نظر فقهی بر عدم تعارض قاعده نفی سیل در داوری های بین المللی با داور تعیین شده غیر مسلمان است. ثانیاً، در بحث اطلاق قاعده نفی سیل این امر به این دلیل در فقه به شکل مطلق بیان شده و موثر است که در نزد فقها مبحث ایرادات در رسیدگی های قضایی وجود نداشته است در حالی که امروزه به دلیل وجود ضوابط طرح ایرادات در رسیدگی های دادگاه و داوری در صورتی که خوانده قائل به جانبداری و عدم استقلال داور باشد می تواند با طرح ایراد بعداً در صدد ابطال رای داوری برآید (ماده ۵ قانون داوری تجاری بین المللی) اما در صورتی که خوانده مسلمان سکوت نموده باشد نشان می دهد که سبیلی از کافر در برابر مسلمان وجود نداشته و در نتیجه داوری صحیح تلقی می گردد. این امر از حیث فقهی به این صورت قابل توجیه است که مبنای ضرورت طرح ایراد حسن نیت (یوسف زاده، ۱۳۹۲: ۲۶۶) و قاعده اقدام است و در فرضی که خوانده اقدام به طرح ایراد ننموده در واقع بر ضرر خویش اقدام نموده است. در تایید این نظر می توان به دیدگاهی که قاعده نفی سیل را قاعده ثانوی می داند نیز استناد نمود به این صورت که در این فرض با تردید در شمول قاعده ثانوی می توان به اصل لزوم قرارداد حکم نمود.

۴-۲. انتخاب داور مسلمان

در اکثر مراجع داوری پیشنهاد داور و تعیین تعداد آن را به طرفین می دهند. به عنوان نمونه طرفین اختلاف اگر به مرجع داوری واپیو، رجوع کنند و قانون داوری آنسیترا را ملاک رسیدگی قرار دهند، آن ها می توانند طبق ماده (۷) و (۸) قواعد داوری آنسیترا اصلاحی (۲۰۱۰) داور مورد نظر خود را انتخاب نموده و پیشنهاد دهند. تعداد داوران به انتخاب طرفین است که اختیار دارند به صورت فهرست پیشنهادی یا به صورت غیر پیشنهادی از سوی مقام ناصب مرجع داوری عمل کنند. در موردی که یک داور مسلمان



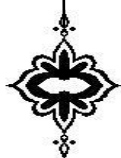




صورت موثر بودن رای داور غیر مسلمان نیز می‌توان بنا به همان قواعد ثانویه یا راهکارهایی که ارائه گردید از حکم بطلان ناشی از قاعده نفی سیل جلوگیری نمود.

البته این نکته را نیز باید یادآور شد که در صورتی که مقررات داخلی در ارجاع به داوری با کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون نیویورک تعارض نداشته باشند، می‌توان بر اساس ماده (۷) کنوانسیون که به حق انتخاب مساعدترین قاعده اشاره نموده، متقاضی داوری می‌تواند درخواست خود را متکی بر قوانین داخلی کشور متبوع خود یا معاهدات دیگر مطرح کند (منصوری رضی، ۱۳۹۸: ۱۳۵). در این خصوص عنوان شده که اجرای رای داوری توسط دادگاه‌های کشورهای عضو کنوانسیون موجب نقض مفاد کنوانسیون نمی‌شود و این امر کشورها را به هدف اصلی کنوانسیون نیویورک که همان آزاد نمودن فرآیند داوری بین‌المللی از دامنه قانون محل داوری است، رهنمون می‌نماید (Paulsson, 1997:20). با این وجود در صورتی که قوانین داخلی کشورهای عضو کنوانسیون دارای شرایط بهتری نسبت به مقررات کنوانسیون باشد، در کنار قواعد مورد اشاره در کنوانسیون قابل اجرا خواهد بود.

در پایان لازم به ذکر است که با وجود مباحث مطروحه مقررات داوری ملاک اجرای قاعده نفی سیل را تابعیت شخص داور قرار داده‌اند و در بحث موضوعی نیز اموال عمومی که مربوط به اعمال حاکمیت دولت است تنها تحت شرایطی قابل ارجع به داوری هستند و نیازمند طی تشریفات هستند. پس از وقوع انقلاب و در راستای حمایت از اموال عمومی و دولتی و حقوق ایرانیان که با کشورهای خارجی قرارداد منعقد نموده بودند بحث امکان تسری اصل (۱۳۹) قانون اساسی به قراردادهای پیش از انقلاب مطرح شد. در نظریه‌ای تفسیری که از شورای نگهبان درخواست شده بود راجع به تسری یا عدم تسری اصل یاد شده به قراردادهای پیش از انقلاب نظر دهد آمده که: «بر حسب اطلاق اصل (۱۳۹) قانون اساسی در مورد موافقتنامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی هر چند در آنها ارجاع به داوری پیش‌بینی شده باشد، مقررات اصل مزبور لازم‌الرعايه است» (صالحی، ۱۳۹۶: ۶۳). به نظر می‌رسد این نظر که به شکل مطلق راجع به اموال عمومی و دولتی بیان شده بیشتر بر مصالح سیاسی مبتنی باشد، زیرا در مبانی فقهی بشکل مطلق (با لحاظ قاعده نفی سیل)،





حکم بر وفای به عهد داده شده است در حالی که در مورد مزبور همه قراردادهای مربوطه را منوط به طی تشریفات مقرر در قانون اساسی نموده است. با این وصف قاعده نفی سیل که از اصل لزوم قراردادها گرفته می شود در روابط و سیاست خارجی نقش مهمی دارد. به صورتی که حتی در فرض انعقاد قرارداد میان ایرانیان و بیگانگان به محض اینکه کشف شود که قرارداد مزبور زمینه ساز سلطه بیگانگان بر دولت اسلامی است این قاعده وارد عمل شده و قرارداد را باطل و لغو می سازد اگر چه قائل بر این نظر باشیم که قرارداد بسته شده حسب اصل لزوم قابل فسخ نباشد (حسینی، ناظری، ۱۳۹۵: ۱۶۱، سیمایی صراف، ۱۳۷۹: ۲۵). در تبصره ماده (۴۵۸) قانون نیز این مقررات به گذشته تسری یافته است. «قراردادهای داوری که قبل از اجرای این قانون تنظیم شده اند با رعایت اصل یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی تابع مقررات زمان تنظیم می باشند». البته ایراد به اینکه به علت نداشتن اجازه هیات وزیران یا مصوبه مجلس حق ورود به داوری وجود نداشته است در مراجع بین المللی شنیده نمی شود. اصل کلی حقوقی این است که دولت یا سازمان دولتی طرف قرارداد بین المللی نمی تواند برای بی اعتباری و بطلان تعهدات پذیرفته شده در آن قرارداد به دلیل نداشتن اهلیت یا اختیار به قوانین ملی خود استناد نمایند (امیر معزی، ۱۳۹۱: ۵۷). لذا طرف ایرانی قرارداد در صدد تسری اصل مزبور به قراردادهای قبل از انقلاب بوده است که به نظر می رسد با توجه به تصویب قانون داوری تجاری بین المللی و قانون الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک این استدلال حداقل بعد از سال ۱۳۷۶ با رعایت ماده (۴۵۶) قانون آیین دادرسی مدنی نباید شنیده می شد.

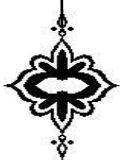
نتیجه گیری

داوری امروزه بعنوان رایج ترین شیوه حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی شناخته می شود که روز بروز بر رواج آن افزوده می شود به شکلی که در بحث داوری پذیری اموال عمومی و دولتی نیز همه کشورها سعی در پذیرش بیشتر داوری دارند و تنها در بحث اموال عمومی است که امکان ارجاع به داوری وجود ندارد چون دولت آنها را از حیث حاکمیتی در اختیار دارد و در نتیجه راجع به جایی که دولت اقدام به تصدی گری می





نماید نمی توان اقدام به ممنوعیت نمود و به قاعده نفی سیل استناد نمود. داوری در ایران نیز که در حال حاضر بیش از صد سال از عمر خود را طی می نماید روز بروز رواج بیشتری میابد به شکلی که یکی از شروط ثابت قراردادهای مختلف محسوب می شود. هر چند پس از وقوع انقلاب نیز محدودیت های داوری به گذشته تسری داده شد اما با الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک و تصویب قانون داوری تجاری بین المللی مشخص گردید که محدودیت های داوری در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری باید به شکل مضیق تفسیر گردیده یا حذف شوند. مطابق اصول و قواعد مسلمی چون «تجاره عن تراض»، «أوفو بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» هر گونه قرارداد و شرطی که حاصل توافق دو اراده باشد قابل احترام و لازم الوفاء می باشد، مگر آنکه دلیلی بر بطلان قراردادی وجود داشته باشد و از تحت عموم این اصل خارج شود مثل وجود غرر، ضرر، ربا و... در معامله. همین قاعده در مورد شرط داوری در قراردادهای بین المللی کشورهای اسلامی جریان دارد؛ یعنی اصل بر صحت این شرط و لزوم وفای بدان است ولی در این مورد دلیل بر خروج از این اصل وجود دارد، و آن قاعده «نفی سیل» است. زیرا شرط داوری راه تسلط غیر مسلمان بر مسلمان را باز می کند که از نظر قرآن کریم نفی شده است، پس شرط داوری در عرصه بین الملل نافذ نیست و از این طریق راه نفوذ و سلطه ی کفار بر مسلمین بسته و عزت و احترام مسلمانان حفظ می شود. ولایت کافر بر مسلمان به هیچ وجه قابل پذیرش نیست، پس در حالت اولیه داور باید مسلمان باشد، فرقی نمی کند داور قاضی باشد یا غیر او، داور از آن جا که مستلزم تسلط بر طرفین دعوا است، نمی تواند کافر باشد، اما قاعده ثانویه در خروج از ممنوعیت است که براساس عناوین ثانویه از قبیل حرج و مصلحت و نیز مراجعه به چند داور که در میان آنها داور مسلمان نیز وجود داشته باشد می توان توجیه کرد؛ مگر این که در این صورت نیز قوه ی قضاییه دخالت مؤثر در داوری داشته باشد. اصل قابل اجرا بودن آراء صادره از مراجع داوری خارجی در کنوانسیون نیویورک از طریق همین راه حل ها قابل توجیه است. طبق ماده ی ۵ کنوانسیون مذکور اصل بر قابلیت شناسایی و اجرای آراء صادره از مراجع خارجی است مگر در موارد مذکور در ماده ی مذکور که مهم ترین عامل هم نظم عمومی به حساب می آید. در صورت تشخیص





مرجع صالح برای شناسایی و اجرا نفی سبیل می تواند جزء قواعد آمره به حساب آید که، در صورت وقوع آن، رأی را باطل سازد. راه بهتر ایجاد موسسات و سازمانهای داوری بین الملل اسلامی است که مرجع حل اختلاف بین کشورهای مسلمان قرار بگیرند. طبیعی است اعضای این موسسات همگی مسلمان خواهند بود و لذا نیاز به حل مسأله از طریق قواعد ثانوی بوجود نمی آید.

منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، بیروت، انتشارات دار صادر، ج ۱، ص ۲.
۲. اسکینی، ربیعاً، ۱۳۸۴ش، مبانی نظری اصل استقلال موافقت نامه داوری از قرار داد اصلی در حقوق تطبیقی، نامه مفید، ش ۴۳.
۳. اشمیتوف، کلایو ام، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، ۱۳۹۱ش، حقوق تجارت بین الملل، تهران، انتشارات سمت، ج ۳، ص ۲.
۴. افتخار جهرمی، گودرز، ۱۳۷۳ش، دیوان داوری ایران - ایالات متحده و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین الملل، مجله حقوقی، ش ۱۵ و ۱۶.
۵. السان، مصطفی، مولائی، یوسف، نجفی زاده، لیلا، ۱۴۰۰ش، شناسایی و اجرای رأی داوری داخلی؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و استرالیا، مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، ش ۲.
۶. امیر معزی، احمد، ۱۳۹۱ش، داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، نشر دادگستر، ج ۳.
۷. انصاری، روح الله، پور جواهری، علی، کریمی، قوام، ۱۳۹۶ش، بررسی مداخله دادگاه در داوری در حقوق ایران، حقوق و فقه، سال سوم، ش ۲.
۸. انصاری، مرتضی، بی تا، المکاسب، قم، مؤسسه دار الکتاب للطباعة والنشر، ج ۵.



۹. -----، ۱۴۱۹ق، فرائد الاصول، قم، انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، چ ۱، ج ۱.

۱۰. بجنوردی، سید محمد، ۱۴۰۱ق، قواعد الفقهیه، تهران، موسسه عروج، چ ۳.

۱۱. ثعالبی، عبدالرحمن، ۱۴۱۸ق، جواهر الحسان فی تفسیر القرآن، بیروت، انتشارات داراحیاء التراث العربی، چ ۱، ج ۲.

۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۷ش، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ ۱۹.

۱۳. جنیدی، لعیا، ۱۳۹۰ش، کنوانسیون نیویورک و رژیم اجرایی آن، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۲، ش ۱.

۱۴. -----، ۱۳۹۵ش، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، شهردانش، چ ۴.

۱۵. حر العاملی، محمد بن الحسن، ۱۴۱۴ق، وسائل الشیعه، قم، انتشارات مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، چ ۲، ج ۲۶.

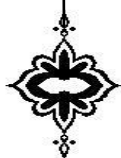
۱۶. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح بن علی، ۱۴۱۸ق، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ج ۱.

۱۷. حسینی، علیرضا، ناظری، محمدرضا، ۱۳۹۵ش، تأثیر قاعده فقهی نفی سبیل بر روابط بین المللی مسلمانان. دو فصلنامه علوی فقه معارف، سال دوم، ش ۳.

۱۸. حیاتی، علی عباس، ۱۳۹۵ش، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات میزان، چ ۵.

۱۹. خالقی، ابوالفتح، ۱۳۹۹ش، امکان سنجی تعقیب کیفری آمران ترور شهید سلیمانی، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال هفتم، ش ۲.

۲۰. خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۸ش، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۶.



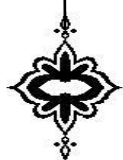


۲۱. خمینی، روح الله، ۱۳۸۹ش، صحیفه امام، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ ۵، ج ۱۵..
۲۲. -----، ۱۳۸۵ش، تحریر الوسيلة (ترجمه فارسی)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ ۱، ج ۱.
۲۳. خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۶۸ ش، مصباح الفقاهة، قم، انتشارات مؤسسه داورى، چ ۱، ج ۵.
۲۴. دار قطنی، الحافظ علی بن عمر، ۱۴۱۷ق، سنن الدارقطنی، بیروت، انتشارات دار الکتب العلمیة، چ ۱، ج ۳.
۲۵. دروزه، محمد عزت، ۱۳۶۷ش، التفسیر الحديث، قاهره، انتشارات دار إحياء الکتب العربیة، چ ۲، ج ۸.
۲۶. رضایی، مجید، هاشمی، سید محمد علی، ۱۳۹۱ش، بازخوانی قاعده نفی سبیل با رویکردی به اندیشه‌های امام خمینی (س)، پژوهش‌نامه‌ی متین، سال چهاردهم، ش ۵۷.
۲۷. رئیس، مریم، ساعدی، بهزاد، ۱۳۹۲ش، استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، ش ۱۹.
۲۸. زارع، مهدی، سلیمی، محسن، ۱۳۹۷ش، ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی از منظر رویه‌ی قضایی، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۳.
۲۹. زارعی، بهادر، زینی‌وند، علی، محمدی، کیما، ۱۳۹۳ش، قاعده نفی سبیل در اندیشه اسلامی و سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران، مطالعات انقلاب اسلامی، سال یازدهم، ش ۳۶.
۳۰. زحیلی، وهبة بن مصطفى، ۱۴۱۸ق، التفسیر المنیر فی العقيدة و الشريعة و المنهج، بیروت، انتشارات دارالفکر المعاصر، چ ۲، ج ۵.





۳۱. سلیمی، محسن، خسروی نیا، بابک، زارع، مهدی ۱۳۹۶ش، ماهیت حقوقی شرط داوری، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ش ۳۳.
۳۲. سیمایی صراف، حسین، ۱۳۷۹ش، بررسی قاعده نفی سبیل و بعضی از نمودهای آن در فقه و حقوق، ماهنامه دادرسی، سال چهارم، ش ۲۰.
۳۳. شریعت باقری، محمد جواد، ۱۳۸۰ش، آثار حقوقی الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، ش ۳۶.
۳۴. شمس، عبدالله، ۱۳۹۲ش، آیین دادرسی مدنی دوره‌ی پیشرفته، تهران، انتشارات دراک، چ ۲۴، ج ۳.
۳۵. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۵ش، داوری تجاری بین‌المللی، تهران، انتشارات سمت، چ ۶.
۳۶. شیروی، عبدالحسین، کاظمی، محمدجواد، ۱۳۹۷ش، بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۲، ش ۱۰۴.
۳۷. صالحی، محمد، ۱۳۹۶ش، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان، پژوهشکده شورای نگهبان.
۳۸. طاهری، حبیب‌الله، ۱۳۹۴ش، قواعد فقه، تهران، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ج ۱.
۳۹. طباطبائی، السید محمد حسین، بی‌تا، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت، انتشارات مؤسسه‌ی الأعلمی للمطبوعات، ج ۵.
۴۰. طبرسی، فضل بن حسن، ۱۳۷۲ش، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران، انتشارات ناصر خسرو، چ ۳، ج ۳.
۴۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی.





۴۲. عباسیان، الناز، عباسلو، بختیار، ۱۳۹۵ش، مسئولیت‌های مدنی داور، تحقیقات حقوق تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال نهم، ش ۳۱.
۴۳. علوی، محمود، ۱۳۸۹ش، مبانی فقهی روابط بین‌الملل، تهران، انتشارات امیر کبیر، چ ۸.
۴۴. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۹۲ش، قواعد فقه، بخش حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات سمت، چ ۱، ج ۴.
۴۵. فیض الکاشانی، محمد بن مرتضی (حسن)، ۱۳۶۲ش، التفسیر الصافی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی، چ ۶، ج ۱۸.
۴۶. قمی [شیخ صدوق]، ابی جعفر محمد بن علی، ۱۴۰۴ق، من لایحضره الفقیه، قم، انتشارات جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه، چ ۲، ج ۴.
۴۷. مافی، همایون، ۱۳۹۷ش، شرحی بر قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران، تهران، انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، چ ۲.
۴۸. متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام الدین، ۱۴۰۱ق، کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال، بیروت، انتشارات مؤسسه الرساله، چ ۵، ج ۱.
۴۹. مجلسی، محمد باقر، ۱۴۰۳ق، بحار الأنوار، بیروت، انتشارات مؤسسه الوفاء، چ ۲، ج ۳۸ و ۳۹.
۵۰. محبی، محسن، کاویار، حسین، ۱۳۹۵ش، مجموعه مقررات جدید آنستیرال درباره‌ی داورى بین‌المللى، تهران، انتشارات خرسندی، چ ۳.
۵۱. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، ۱۴۰۶ق، قواعد فقه، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۲، ج ۲.
۵۲. مراغی، احمد، بی‌تا، تفسیر المراغی، بیروت، انتشارات داراحیاء التراث العربی، ج ۵.





۵۳. مصباح یزدی، محمد تقی، ۱۳۸۲ش، بر درگاه دوست، قم، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (س)، چ ۴.
۵۴. مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، القواعد الفقهیه، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، چ ۴، ج ۱.
۵۵. مطهری، مرتضی، ۱۳۷۸ش، تعلیم و تربیت در اسلام، تهران، انتشارات صدرا، چ ۳۱.
۵۶. -----، ۱۳۷۶ش، ده گفتار، تهران، انتشارات صدرا، چ ۱۳.
۵۷. -----، ۱۳۷۷ش، وحی و نبوت، تهران، انتشارات صدرا، چ ۱۱.
۵۸. -----، ۱۳۹۱ش، یادداشت‌های استاد مطهری، تهران انتشارات صدرا، چ ۴، ج ۸.
۵۹. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۴ق، تفسیر الکاشف، تهران، انتشارات دار الکتب الإسلامیه، چ ۱، ج ۲.
۶۰. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد ۱۳۷۸ش، زبدۃ البیان فی براهین احکام القرآن، قم، انتشارات مؤمنین، ج ۲.
۶۱. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۴ش، تفسیر نمونه، تهران، انتشارات دار الکتب الإسلامیه، چ ۳۲، ج ۴.
۶۲. -----، ۱۴۲۵ق، انوار الفقاهه (کتاب البیع)، قم، انتشارات مدرسه‌ی الامام علی بن ابی طالب (ع)، چ ۱.
۶۳. منصوری رضی، ایوب، حسینی، سید مرتضی، ۱۳۹۸ش، نگاهی به اعمال قاعده سازگاری و حق انتخاب مساعدترین قاعده در کنوانسیون نیویورک، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دوره ۲۴، ش ۸۸.
۶۴. موسوی خمینی، روح الله، ۱۴۱۰ق، کتاب البیع، قم، انتشارات اسماعیلیان، چ ۴، ج ۲.

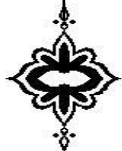




۶۵. موسوی، سید محمد باقر، ۱۳۷۴ش، ترجمه تفسیر المیزان، قم، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی، چ ۵، ج ۵.
۶۶. موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۳۷۷ش، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، چ ۱، ج ۲.
۶۷. نائینی، میرزا محمدحسین، ۱۳۷۶ش، فوائد الاصول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۳.
۶۸. نجفی، محمد حسن، ۱۹۸۱م، جواهر الکلام، بیروت، انتشارات دار إحياء التراث العربی، چ ۷، ج ۵ و ۲۲.
۶۹. نمازی الشاهرودی، علی، ۱۴۱۹ق، مستدرک سفینه البحار، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ج ۵.
۷۰. نوری الطبرسی، میرزا حسین، ۱۴۰۹ق، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، قم، انتشارات مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۲، ج ۱۷.
۷۱. هاوس منینجر، کریستین، ۱۳۷۰ش، مسئولیت مدنی داوران مطالعه تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی، ترجمه ی محمد جواد میر فخرائی، فصلنامه حقوق بین - المللی، سال یازدهم، ش ۱۴ و ۱۵.
۷۲. هجیلان، صلاح، ۱۳۷۸ش، خاورمیانه ی عربی و کنوانسیون نیویورک، مترجم: قدرت الله فرح بخش، دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۱۳ و ۱۴.
۷۳. هولتزمن، هوارد ام، ۱۳۸۱ش، داوری در ایالات متحده آمریکا، ترجمه علی قاسمی، دیدگاه های حقوقی، ش ۲۵.
۷۴. یوسف زاده، مرتضی، ۱۳۹۲ش، آیین داوری، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۱.

75. Kerr, Michael (1996), "Concord and Conflict in International Arbitration", Lecture in Memory of Donald Keating) 1924 – 1995.





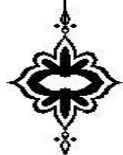
76. landolt, Phillip .(2013).The Inconvenience of Principle: Separability, journal of international arbitration, Volume 30, Numbers 1 through 6.
77. Paulsson, Jan (1997), "Rediscovering the New York convention: Further Reflections on Chromalloy". 12 Mealey`s International Arbitration: Report 20, 24.
78. Reed, Lucy F. (1998) "Experience of Practical Problems of Enforcement", 14th, Paris, ICC Congress..
79. Van den Berg, A. J.(1986), "Non-domestic Awards under the New York Convention", 2 Arbitration International.

ترجمه منابع فارسی و عربی به انگلیسی:

80. Amir Moezzi, Ahmad (.1391sh.). International Arbitration in Commercial claims, Third Edition, Tehran: Dadgostar Publications.
81. Ansari, Ruhollah; Poor Javaheri, Ali; Karimi, Ghavam (2017), A Study of Court Intervention in Arbitration in Iranian Law, Political Science, Law and Jurisprudence, Third Year, No. 2,
82. Ansari, Morteza. (n.d.). Kitab al-Makasib, Vol. Five, Qom: Dar al-Kitab le altabaate alnashr institute.
83. Ansari, Morteza (1419 ah.), Faraid al-Osul, vol. 1, first edition, qom: majma ol-fekr eslami publications.
84. Abbasian, Elnaz; Abbasloo, Bakhtiar (2016), Arbitrator Civil Responsibilities, Iranian and International Comparative Law Research, Year 9, No. 31.
85. Alavi, Mahmoud (2010), Jurisprudential Principles of International Relations, Eighth Edition, Tehran, Amir Kabir Publications.
86. Amid Zanjani, Abbas Ali (2013), Rules of Jurisprudence; Department of International Law, Vol. 4, First Edition, Tehran, Samt Publications.
87. Bojnurdi, Sayyid Muhammad (1401ah.). Ghavaed al-feghhieh, Third Edition, Tehran: Orouj Institute.
88. Dar Qatani, Al-Hafiz Ali Ibn Umar (1417ah.), Sunan Al-Darqatani, Vol. 3, First Edition, Beirut, Dar Al-Kitab Al-Alamiyya Publications.
89. Daruzeh, Mohammad Ezzat (1367sh.), Al-Tafsir Al-Hadith, Vol. 8, Second Edition, Cairo, Dar Al-Ihya Al-Kitab Al-Arabiya Publications.

90. elsan, Mustafa, Yousef Molaei and Leila Najafizadeh (1400sh.). Identify and enforce internal arbitration; Comparative Study of Iranian and Australian Law, Legal Studies, Vol. 13, No. 2.
91. House Manager, Christian / Translated by Mohammad Javad Mir Fakhraei (1991), Civil Liability of Comparative Study with Proposals for Correction, International legal, Eleventh Year, No. 14 and 15.
92. Hajilan, Salah / Translator: Ghodratullah Farahbakhsh (1999), The Arab Middle East and the New York Convention, Perspectives on Judicial Law, No. 13 and 14.
93. Holtzman, Howard M. / Translated by Ali Ghasemi (2002), Arbitration in the United States, Legal Perspectives, No. 25.
94. Hurr al-Amili, Muhammad ibn al-Hasan (1414 ah.), Wasa'il al-Shi'ah, Vol. 26, second edition, Qom, publications al-Bayt le-ehya al toras institute.
95. Hosseini Maraghi, Mir Abdel-Fattah Bin Ali (1418 ah.), al anavin al-feghhiyeh, Vol. 1, First Edition, Qom: Publications of the Office of Islamic Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom.
96. Hosseini, Alireza, Nazeri, Mohammad Reza. (1395 sh.). The effect of the jurisprudential rule Nafy-e-Sabil on the international relations of Muslims. Two Alavi Quarterly of Fiqh Maaref, Second Year, no.3.
97. Hayati, Ali Abbas (2016), Civil Procedure in the Current Legal Order, Fifth Edition, Tehran, Mizan Publications.
98. Ibn Manzoor, Muhammad ibn Makram (1414 ah.), Ilesan al-Arab, vol. 2, first edition, Beirut: dar sader.
99. Iftikhar Jahromi, Goodarz (1373 sh.), Iran-US Arbitration Court and its Performance in the scope of International Law, legal, No. 15 and 16.
100. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2008), Legal Terminology, 19th Edition, Tehran: Ganj-e-Danesh Library.
101. Junidi, Laya (2011), New York Convention and its Executive Regime, Comparative Law Studies, Vol. 2, No 1, Spring and Summer 2011.
102. Junidi, Laya (2016), Execution of Foreign Commercial Arbitration awards, Fourth Edition, Tehran: Shahrdanesh.
103. Khaleghi, Abolfath (1399 sh.), Feasibility Study of Criminal Prosecution of the Assassin of Martyr Soleimani, Quarterly Journal

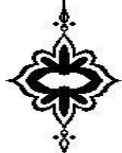




- of Comparative Research in Islamic and Western Law, Year 7, Issue 2.
104. Khudabakhshi, Abdullah (1398 sa.). Arbitration Law and Related claims in case law, Sixth Edition, Tehran: enteshar Co.
 105. Khomeini, Ruhollah (2010), Sahifa Imamah, Vol. 15, Fifth Edition, Tehran: Publications of the Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini (RA.)
 106. Khomeini, Ruhollah / Translator: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini (RA) (2006), Tahrir al-Wasila (Persian translation), Vol. 1, First Edition, Tehran, Publications of the Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini.
 107. Khoei, Abu al-Qasim, (1368 sh.), Mesbah al-Fiqah, Vol. 5, First Edition, Qom, Arbitration Institute Publications.
 108. Rezaei, Majid; Hashemi, Seyyed Mohammad Ali (2012), Rereading the rule of nafye sabil with an approach to the thoughts of Imam Khomeini, Matin Research Journal, Fourteenth Year, No. 57.
 109. Raisi, Maryam; Saedi, Behzad (2013), Independence of Arbitration term in International Trade Contracts, Free Legal Research, Year 6, No. 19.
 110. Qomi [Sheikh Saduq], Abi Ja'far Muhammad ibn Ali (1404 ah.), man la yahzoro Al-Faqih, vol. 4, second edition, Qom, publications of teachers group in hawzeh elmieh.
 111. Salimi, Mohsen; Khosravi Nia, Babak; Zare, Mehdi (1396 sh.), The Legal Nature of the Arbitration term, Private and Criminal Law Research, No. 33.
 112. Simaei Sarraf, Hossein. (1379 sh.). Examining the rule of nafye sabil and some of its manifestations in jurisprudence and law. Proceedings Monthly. forth year. No twenty.
 113. Shariat Bagheri, Mohammad Javad (1380 sh.). Legal Effects of the Accession of the Islamic Republic of Iran to the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Judiciary Law, No. 36.
 114. Shams, Abdullah (2013), Advanced Civil Procedure, Vol. 3, Twenty-Fourth Edition, Tehran, Drak Publications.
 115. Shirvi, Abdolhossein (2016), International Commercial Arbitration, sixth edition, Tehran, Samt Publications.
 116. Shirvi, Abdolhossein and Mohammad Javad Kazemi. (1397 sh.). "Study of the term of negotiation in the settlement of commercial

- disputes in accordance with international case law", Judiciary Law journal, Vol. 82, No 104.
117. Salehi, Mohammad (1396 sh.). Principles of the Constitution in the light of the views of the Guardian Council, Guardian Council Research Institute.
 118. Taheri, Habibollah (2015), Rules of Jurisprudence, Vol. 1, Second Edition, Tehran, Islamic Publishing Office Publications.
 119. Tha'labi, Abd al-Rahman (1418 ah.), Jawahar al-Hasan fi tafsir al Quran, vol. 2, first editin, Beirut, dar o al ehyae al-toras arabi publications.
 120. Tabataba'i, Seyyed Muhammad Hussein (n. d.), almizan fi tafsir al-Qur'an, vol. 5, Beirut, Publications of the institute of Al-Alamy al matbuat.
 121. Tabarsi, Fadl bin Hassan (1372 sh.), Majma' al-Bayan fi Tafsir al-Qur'an, Vol 3, third edition, Tehran, Nasir Khusraw publications.
 122. tusaa, abu jaefar, muhamad bin hasan(1407 ah.), alkhilafi, qom, daftar antisharat asalamaa related to jamieuh mudarisin hawzah ealamayh qom.
 123. Faiz Al-Kashani, Mohammad Ibn Morteza (Hassan) (1362 sh.), Tafsir Al-Safi, Vol. 18, Sixth Edition, Tehran, Islamic Bookstore Publications.
 124. Mafi, Homayoun. (1397 sh.). A Commentary on the International Commercial Arbitration Law of Iran, Second Edition, Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services Publications.
 125. Mottaqi Hindi, Alaa al-Din Ali ibn Hussam al-Din (1401 ah.), kanaz ol-omal fi sonan al aghval val afal, vol.1, fifth edition, Beirut, Publications of the Resala institute.
 126. Majlesi, Muhammad Baqir (1403 ah.), Bihar al-Anwar, vols. 38 and 39, second edition, Beirut, publications of the Wafa institute.
 127. Mohbi, Mohsen; Kaveyar, Hossein (1395 sh.), A collection of new courses of ancitral about international arbitration, third edition, Tehran: Khorasandi publications.
 128. Mohaqiq Damad Yazdi, Seyyed Mustafa (1406 ah.), rules of Jurisprudence, Vol. 2, third edition, Tehran, publications of the Islamic Science Publishing Center.
 129. Maraghi, Ahmed (n.d.), Tafsir al-Maraghi, Vol. 5, Beirut, publications of the Arabi daro ehyae toras.





130. Mesbah Yazdi, Muhammad Taqi (1382 sh.), Bar Dergah Dost, fourth edition, Qom, The publications of the Amouzchi and Pegoshi institute of Imam Khomeini.
131. Mostafawi, Seyyed Muhammad Kazem. (1421 ah.). Fiqh rules, volume 1, fourth edition, Qom: Islamic Publication Institution of the Teachers' Community.
132. Motahari, Morteza (1999), Education in Islam, 31st edition, Tehran, Sadra Publications.
133. Motahari, Morteza (1997), Ten Speeches, 13th edition, Tehran, Sadra Publications.
134. Motahari, Morteza (1998), vahy va nabovat, 11th edition, Tehran, Sadra Publications.
135. Motahhari, Morteza (2012), Notes of Professor Motahhari, Volume 8, Fourth Edition, Tehran Sadra Publications.
136. Mughniyeh, Mohammad Javad (1424 ah.), Tafsir al-Kashif, vol. 2, first edition. Tehran, Islamic Books Publishing.
137. Muqaddas Ardabili, Ahmad Ibn Muhammad (1378 sh.), Zubt al-Bayan fi the proofs of the provisions of the Qur'an, vol. 2, Qom, Mo'menin Publications.
138. Makarem Shirazi, Nasser (1374 sh.), Tafsir Nomoneh, vol. 4, thirty-two edition, Tehran, Islamic Books dar Publications.
139. Makarem Shirazi, Nasser (1425 ah.), Anwar al-Fiqh (Kitab al-Bayy), first edition, Qom, Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications.
140. Mansoori Razi, Ayub; Hosseini, Seyyed Morteza (1398 sh.), "A Look at the Application of the Compliance Rule and the Right to Choose the Most Favorable Rule in the New York Convention", Quarterly Journal of Legal Perspectives, Vol. 24, No. 88.
141. Mousavi Khomeini, Ruhollah (1410), Kitab al-Bayy, vol. 2, fourth edition, Qom, Ismailian Publications.
142. Mousavi, Seyyed Mohammad Baqir (1374 sh.), Tafsir al-Mizan translation, Vol. 5, Fifth Edition, Qom, Islamic Publications Office Publications.
143. Mousavi Bagnoordi, Seyyed Hassan.(1377 sh.). Fiqh rules, vol. 2, First Edition, Qom: Al-Hadi Publishing.
144. Naini, Mirza Mohammad Hussein (1376 sh.), faraed ol-osoul, vol. 3, Qom, Teachers Association of hawzeh elmieh qom.

145. Najafi, Mohammad Hassan (1981), Jawahar al-Kalam, vols. 5 and 22, seventh edition, Beirut, Dar Al-Ihya Al-Tarath Al-Arabi Publications.
146. Namazi Al-Shahroudi, Ali (1419 ah.), Mustadrak Safina Al-Bahar, Vol. 5, Qom, Publications of the Office of Islamic tablighat of the hawzeh elmieh of Qom.
147. Nouri al-Tabarsi, Mirza Hussein (1409 ah.), Mustadrak al-Wasa'il wa Mustanbat al-Masa'il, Vol. 17, Second Edition, Qom, Publications of the Aal al-Bayt institute le ahyae toras.
148. Skini, Rabia (2005), Theoretical foundations of the principle of independence of the arbitration agreement from the main contract in comparative law, Mofid Letter, vol. 43.
149. Schmidtov, Clive M., translated by Behrouz Akhlaghi et al. (2012), International Trade Law, Vol. 2, third edition, Tehran, Samt Publications.
150. Yousefzadeh, Morteza (1392 sh.). Arbitration procedure, first edition, Tehran; enteshar Co.
151. Zare, Mehdi; Salimi, Mohsen (2015), The Legal Nature and Independence of the Arbitration term from the Main Contract from the Perspective of case law, Private Law Studies, No. 3.
152. Zarei, Bahador; Zinivand, Ali; Mohammadi, Kimia (2014), The Rule of nafa e sabil in Islamic Thought and Foreign Policy of the Islamic Republic of Iran, Studies of the Islamic Revolution, Eleventh Year, No. 36.
153. Zahili, Wahba Ibn Mustafa (1418 ah.), Tafsir Al-Munir in Belief, Sharia and Methodology, Vol. 5, Second Edition, Beirut, Dar Al-Fikr Al-Maaser Publications.



مجله پژوهش حقوق اسلام و غرب - مقاله پژوهشی - سال نهم - شماره دوم - تابستان ۱۴۰۱

