

بررسی فقهی ترافع نزد محاکم غیراسلامی

سیداحمد حبیب‌نژاد^{۱*}، مصطفی بخرد^۲

۱. استادیار دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید و مدرس دانشگاه

(تاریخ دریافت: ۹۵/۱۰/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۹۶/۴/۱۸)

چکیده

در صورت اختیار و امکان رجوع به قاضی مسلمان و عادل، دآوری و دادخواهی نزد قاضی جور و دادگاه غیراسلامی جایز نیست، در این زمینه به ادله‌ای اعم از آیات، روایات، اجماع و عقل استناد شده؛ اما نکته مهم در صورتی است که امکان رجوع به قاضی عادل و مسلمان وجود نداشته باشد. در این صورت آیا دآوری و دادخواهی نزد قضات جور و نهاد دآوری بین‌المللی جایز است یا خیر و آیا در صورتی که قاضی غیرمسلمان به نفع مسلمان قضاوت کند، جایز است مسلمان بر اساس حکم آن قاضی به حکمش ملتزم شود. فقها در این زمینه، نظرهای متفاوتی دارند، بعضی رجوع به محاکم غیراسلامی بین‌المللی را در صورت بروز عناوین ثانویه مانند اضطراب، ضرر و حرج جایز دانسته‌اند. در این نوشتار با بهره‌مند شدن از روش توصیفی تحلیلی، دیدگاه‌های مختلف فقها و ادله دادخواهی نزد محاکم غیراسلامی بازبینی و چهار صورت ممکن برای اخذ حکم این محاکم بررسی شده است.

واژگان کلیدی

ترافع، دآوری، دعوی، قاضی جور، محاکم غیراسلامی.

۱. مقدمه

در اثر جهانی شدن اقتصاد و فناوری و گسترش روزافزون مراودات تجارت بین‌المللی، کشورها در بخش‌های حقوقی و تجاری با انعقاد معاهدات دو یا چندجانبه در پی همکاری گسترده بین‌المللی با یکدیگر هستند و به‌ناچار با بروز اختلافات و مسائل حقوقی، برای احقاق حق به این مراجع رجوع می‌شود. اسلام به‌دلیل اهمیت والایی که برای امر قضاوت قائل است، احکام بخصوصی برای آن در نظر گرفته است و تصدی منصب قضاوت را نیز با احراز شرایط ویژه‌ای می‌پذیرد. در بیان صفات قاضی آمده است: در قاضی بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، حلال‌زاده بودن، علم و مرد بودن شرط است (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۵۹). رجوع به دادگاه غیراسلامی امر مشکلی به‌نظر می‌رسد، ولی هرچند اشخاص و دولت‌ها سعی می‌کنند مرافعات خود را در دادگاه‌های عدل اسلامی داخلی حل و فصل کنند، باز به‌دلیل مناسبات امروزی در بسیاری از مرافعات بین‌المللی مجبور به ترافع به این قبیل دادگاه‌ها هستند. در متون فقهی جدید جواز دادخواهی نزد قضات جور و مطرح شدن دعوی در دادگاه‌های غیراسلامی دیده می‌شود که در این نوشتار نظرهای گوناگون فقها و ادله آنان نقد و بررسی خواهد شد.

۲. نظریه عدم جواز رجوع به قضات جور و محاکم غیراسلامی

۲.۱. ادله عدم جواز رجوع

در عدم جواز رجوع به محاکم غیراسلامی و قضات جور به ادله زیر استناد می‌شود:

الف) آیات

مهم‌ترین آیاتی که در حرمت ترافع به دادگاه‌های جور استفاده شده‌اند، عبارتند از:

یک. آیه ۶۰ سوره نساء: «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ...؛ آیا نمی‌نگری به کسانی که می‌پندارند که به آنچه از جانب خداوند به‌سوی تو و پیشینیان تو فرستاده شده است،

ایمان آورده‌اند و در عین حال می‌خواهند که داوری را نزد حکام جور برند و حال آنکه مأمور شده‌اند به طاغوت کافر باشند».

این آیه در شأن زبیربن عوام نازل شده که در مرافعه‌ای که بین او مردی یهودی درگرفت، چون زبیر می‌دانست که کعب بن اشرف یهودی رشوه قبول می‌کند، او را به حکمیت برگزید؛ در حالی که مرد یهودی برای قضاوت، پیامبر (ص) را که حکم به جور نمی‌کرد انتخاب کرد (قزوینی، ۱۴۲۷ق: ۶۲۴) اگرچه آیه در مورد تحاکم به یهود است، ولی تمام کسانی را دربرمی‌گیرد که به غیرحق حکم می‌کنند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۳۰).

مراد از طاغوت کسی است که با خدا و رسول خدا (ص) مخالفت می‌کند و این معنا به وسیله قرینه مقابل این آیه فهمیده می‌شود: «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» (نساء: ۵۹). هرگاه در امری نزاع داشتید آن را به خدا و پیامبر بازگردانید و از آنها داوری طلبید، اگر به خدا و روز رستاخیز ایمان دارید.

امام خمینی «ره» مفاد آیه را اعم از تحاکم به قضات و حکام گرفته است، به این معنا که طاغوت عبارت است از خصوص سلاطین و امرا؛ زیرا طغیان در برابر خدا و مبالغه‌ای که در آن است، با حکام و امرا مناسبت دارد نه قضات و اگر اطلاق بر قضات می‌شود، نوعی تأویل بوده یا به تبعیت از حکام است که اصل طاغی هستند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۶۲۰).

استدلال به صریح آیه چنین است که ایمان به آنچه خداوند بر پیامبر اسلام (ص) و پیامبران گذشته نازل کرده است، با تحاکم به کفار جمع نمی‌شود؛ بلکه به کسی که به آنان رجوع می‌کند گمان ایمان هم برده نمی‌شود و جایی که گمان به ایمان وجود ندارد، به طریق اولی خود ایمان هم هرگز وجود نخواهد داشت (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۳۰).

دو. آیه ۱۴۱ سوره نساء: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و خداوند هرگز راهی را برای تسلط کافران بر مؤمنان قرار نداده است».

تقریب استدلال به آیه آن است که خداوند تبارک و تعالی در این آیه شریفه می‌فرماید

که در عالم تشریح هیچ‌گونه حکمی که موجب سبیل، علو و سلطنت کافر بر مؤمنان و مسلمانان باشد، وجود ندارد و تشریح و جعل نیز نشده است. این حکم چه در باب عبادات و چه در باب معاملات و چه در سیاسات، جعل نشده است و بنابراین، هر گونه حکمی که از ناحیه آن حکم، موجبی برای علو و سلطنت کافر بر مسلم باشد، به مقتضای این آیه شریفه از صفحه تشریح برداشته شده است (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۳۵۰).

این امر به نام قاعده نفی سبیل شناخته شده که از آیه گرفته شده؛ بنابراین قضاوت و لوازم آن مانند احضار، تعزیر، تنفیذ احکام، اجرای حدود و ... همگی به وسیله آیه از کفار سلب شده؛ زیرا مقصود از سبیل در آیه، برتری و تسلط است و شکی نیست که قاضی مسلط بر کسانی خواهد بود که نزد وی ترافع کرده‌اند و حکم قاضی در مورد آنان اجرا می‌شود (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۲۲).

شاید اشکال شود که اجرای حکم حق در مورد محکوم سبیل نیست. این اشکال چنین دفع می‌شود که تمسک به حکم مشروع اگر چه سبیل به حساب نیاید، برای قاضی در انتظار عمومی، یک نوع برتری بر محکوم وجود دارد که از جعل سبیل جدا نیست (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۳۴).

سه. آیه ۲۸ سوره آل عمران: «لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ؛ افراد با ایمان نباید به جای مؤمنان، کافران را سرپرست خود قرار دهند». در آیه ۵۱ سوره مائده آمده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ، إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، یهود و نصاری را دوست و تکیه‌گاه خود قرار ندهید، آنها اولیای یکدیگرند و کسانی که از شما با آنان دوستی کنند از آنها هستند، خداوند گروه ستمکاران را هدایت نمی‌کند».

ب) روایات

از جمله روایاتی که بر عدم جواز دادخواهی نزد قضات جور و محاکم غیراسلامی دلالت دارند، عبارتند از:

یک. مقبوله عمر بن حنظله: در این روایت چنین آمده است: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ

رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا - بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دَيْنٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ أَوْ إِلَى الْقُضَاةِ أَيَحِلُّ ذَلِكَ - فَقَالَ مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَى طَاغُوتٍ وَمَا يَحْكُمُ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سُخْتًا وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ ثَابِتًا - لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاغُوتِ وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكْفَرُ بِهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ - وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يُكْفَرُوا بِهِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷: ۱۳). راوی می‌گوید از امام صادق (ع) سؤال کردم آیا جایز است دو نفر از اصحاب که در دین یا میراثی با هم اختلاف دارند، برای حل آن نزد سلطان یا قاضی جائز برونند؟ حضرت فرمود: کسی که در حق یا باطل نزد آنان مراجعه نماید، مانند کسی است که نزد طاغوت رفته است و در آنچه به نفع او حکم نمایند، حق تصرف ندارد؛ ولو اینکه حقیش ثابت باشد؛ زیرا اخذ به حکم طاغوت است در حالی که خداوند امر نموده که به آنان کافر باشید. خداوند تعالی فرموده می‌خواهند دادخواهی نزد طاغوت نمایند، در حالی که امر شده‌اند بدان کافر باشند.

این روایت از حیث دلالت تام، ولی از ناحیه سند قاصر محسوب می‌شود؛ زیرا عمر بن حنظله توثیق نشده است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱: ۱۰) همان‌طور که از صدر و ذیل این روایت و استشهاد امام (ع) به آیه شریفه، به دست می‌آید موضوع سؤال، حکم کلی بوده و امام هم تکلیف کلی را بیان فرموده است (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۸۹).

برای حل و فصل دعاوی حقوقی و جزایی هم به قضات مراجعه می‌شود و هم به مقامات اجرایی و حکومتی. رجوع به قضات برای این است که حق ثابت و فصل خصومات تعیین کیفر شود و رجوع به مقامات اجرایی برای الزام طرف دعوی به قبول محاکمه یا اجرای حکم حقوقی و کیفری هر دو است. لذا در این روایت از امام سؤال می‌شود که آیا به سلاطین و قدرت‌های حکومتی و قضات رجوع کنیم؟ حضرت در جواب، از مراجعه به مقامات حکومتی اجرایی و قضایی ناروا، نهی کرده‌اند و دستور می‌دهند که مسلمانان در امور خود نباید به سلاطین و حکام جور و قضاتی که از عمال آنها هستند، رجوع کنند، هرچند حق ثابت داشته باشند و بخواهند برای احقاق حق و گرفتن آن اقدام کنند. هرگاه در چنین مواردی به آنها رجوع کنند، به طاغوت رجوع کرده یعنی به قدرت‌های ناروا روی آورده است (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۹۰).

این حکم سیاسی اسلام است، حکمی که سبب می‌شود مسلمانان از مراجعه به قدرت‌های ناروا و قضاتی که دست‌نشانده آنها هستند، خودداری کنند تا دستگاه‌های دولتی جائز و غیراسلامی بسته شوند و این تشکیلات عریض و طویل دادگستری برچیده شود و راه به‌سوی ائمه هدی (ع) و کسانی که از طرف آنان حق حکومت و قضاوت دارند، باز شود. مقصد اصلی این بوده است که نگذارند سلاطین و قضاتی که از عمال آنها هستند، مرجع امور باشند و مردم دنبال آنها بروند. خداوند امر فرموده است که مردم باید به سلاطین و حکام جور کافر شوند و رجوع به آنها با کفر ورزیدن به آنها منافات دارد (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۸۹ - ۹۱).

دو. معتبره ابی خدیجه: «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقُ (ع) إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ - وَلَكِنْ انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا - فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷: ۱۳). امام صادق (ع) فرمود: مبدا یکی از شما شیعیان در مورد دادخواهی دیگری را برای دادرسی نزد حاکم جور برد، بلکه بنگرد چه کسی در میان شما با احکام و طرز حکومت ما آشناست، او را برای داوری برگزینید و قضاوتش را بپذیرید که من نیز او را بر شما داور قراردادم.

سه. مرسله صدوق از پیامبر (ص): «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶: ۱۴) قطعاً برای قاضی بر دو طرف دعوی برتری و علو ثابت است و برای غیرمسلمان جایز نیست که بر مسلمان برتری داشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۱۲).

چهار. روایت ابن فضال، راوی نقل می‌کند که می‌گوید: «قَرَأْتُ فِي كِتَابِ أَبِي الْأَسَدِ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ الثَّانِي (ع) - وَقَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ سَأَلَهُ مَا تَفْسِيرُ قَوْلِهِ تَعَالَى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ - فَكَتَبَ بِخَطِّهِ الْحُكَّامُ الْقُضَاءَ، ثُمَّ كَتَبَ تَحْتَهُ هُوَ أَنْ يَعْلَمَ الرَّجُلُ أَنَّهُ ظَالِمٌ، فَيَحْكُمُ لَهُ الْقَاضِي، فَهُوَ غَيْرُ مَعذُورٍ فِي أَخْذِهِ ذَلِكَ الَّذِي قَدْ حَكَمَ لَهُ، إِذَا كَانَ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُ ظَالِمٌ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷: ۱۵). از امام رضا (ع) در مورد آیه: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (بقره: ۱۸۸) پرسیدم، حضرت نوشتند: منظور احکام در آیه قضا است، سپس نوشتند اینکه شخص بداند که قاضی ظالم است و برای او حکم می‌کند، در اخذ آنچه برایش حکم کرده، معذور کمی باشد. از این روایت فهمیده می‌شود که رجوع به دادگاه جور در صورتی که علم

به ظالم بودن قاضی دارد، ترافع نزد چنین قاضی‌ای حرام است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۷).

ج) اجماع

فقها بر شرطیت ایمان و عدالت حکم کرده‌اند و بر آن ادعای اجماع دارند (جبعی عاملی، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ۲۸۳؛ حائری، بی‌تا، ج ۲: ۳۸۵). شیخ انصاری اجماع بر این مطلب را محصل و منقول دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۹). اجماع بر این حکم تا جایی است که حتی علمای اهل سنت نیز قضاوت کافر بر مسلمان و حتی اهل دین خودش را جایز ندانسته‌اند، مگر ابوحنیفه که ایشان احکام قاضی کافر را برای اهل دینش نافذ دانسته است (قرشی، بی‌تا: ۳۰۱).

در مورد اجماع باید گفت که با توجه به ادله‌ای که وجود دارد، اجماع مدرکی است و حجیتی ندارد.

د) عقل

هرگاه نظام سیاسی دارای عقیده و فکر خاصی باشد، قانون‌های خود را بر آن اساس تنظیم می‌کند. در این نظام قوه قضایی بخش مهم و بزرگی است؛ لذا نمی‌توان چنین منصب رفیعی را به کسی سپرد که به اصل این نظام و لوازم و جوانب آن اعتقادی ندارد.

در نظام اسلامی قانون‌های قضاوت بر اساس معیار حلیت و حرمت شرعی بوده و تمامی موازین این دین در آن لحاظ شده است. احکام در این نظام به‌مثابه حکم خداوند بوده، پس عقلاً واجب است که قضات، متخصصین و دیگران این احکام را تماماً قبول کنند؛ بنابراین روشن می‌شود که مقام قضاوت شایسته کسی است که به نظام الهی و احکام شرعی ایمان داشته باشد. لذا اشتراط عقیده در قاضی یکی از ضروریات عقلی است و هیچ شکی در آن راه ندارد (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۲۴).

ه) حرمت تعاون بر اثم

محقق سبزواری در این زمینه می‌گوید: «حکم کردن فرد جائز در بین کفار حرام است و ترافع به حاکم جور مقتضی این امر حرام است؛ لذا ترافع کمک به گناه است و می‌دانیم که از تعاون بر اثم نهی شده‌ایم» (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ۶۶۴).

صاحب جواهر بر استدلال محقق اشکال کرده است به اینکه: اولاً آنچه در صغرای استدلال آمده مبنی بر اینکه ترفع به کفار اعانه بر اثم است، رد شده است و ثانیاً حرمت ترفع نیز منع می‌شود؛ خصوصاً بعد از ظهور نصوص در اینکه اگر خصم از کفار بود، سزاوار نیست که قائل به عدم جواز اخذ حق به حکم قضات آنان شویم (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۵).

بیان اشکال چنین است که ترفع به کفار اعانه بر اثم نیست؛ زیرا در تحقق گناه اثری ندارد و از قبیل اعطای تازیانه برای ضرب ظالمانه نیست، بلکه مانند جایی است که مثلاً به زید گفته شود عمرو را بکش. این کلام با فرض مختار بودن زید و قدرت داشتن بر ترک قتل، در تحقق آن تأثیری ندارد.

وجه عدم حرمت نیز مربوط به موردی بوده که در روایت ابن حنظله آمده که در صورت منحصر بودن احقاق حق بر ترفع به کفار، حکم به عدم حرمت این مورد خاص شده است (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۶۳). این به دلیل حکومت قاعده لاضرر بر ادله حرمت معاونت بر اثم است (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۹۲).

و) عدم اهلیت کافر برای امانتداری

محقق حلی در شرایع الاسلام، ایمان و عدالت را برای قاضی شرط دانسته‌اند و امین بودن یکی از لوازم عدالت است (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۵۹) در حالی که کافر اهلیتی برای امانت ندارد، چگونه جان و مال ناموس مسلمانان به وی واگذار شود. با توجه به آیه ۷۵ سوره آل عمران: «وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ» و در میان اهل کتاب کسانی هستند که اگر ثروت زیادی را به رسم امانت به آنها بسپاری آن را به تو باز می‌گردانند، به این استدلال محقق اشکال شده است که تنافی بین کفر و امانت وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۲۳).

۲.۲. نظر فقها پیرامون عدم جواز رجوع به قاضی جور و محاکم غیراسلامی

اکثر فقها در حالت عدم اضطرار و سایر عناوین ثانویه مانند حرج، رجوع به قاضی‌ای که شرط اسلام و ایمان را ندارد، حرام دانسته‌اند؛ ولی در مورد جواز اخذ به حکم این محاکم اختلاف نظر بسیاری وجود دارد.

فقهها در شروط قاضی، ایمان اسلام را شرط دانسته‌اند. محقق حلی در این زمینه می‌گوید: «اگر کسی به حکام جور رجوع کند قطعاً به خطا رفته است» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۶۰). یحیی بن سعید حلی در «جامع الشرایع» می‌نویسد: «ترافع جایز نیست مگر به امام و نایبش و یا کسی که امام به او اذن داده است» (حلی، ۱۴۰۵ق: ۵۳۰).

به نظر فخرالمحققین: کسی که به قضات جور رجوع کند، گناهکار است (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۴: ۲۹۴). محقق رشتی گفته است: «ترافع و تحاکم به حکام جور در حال اختیار جایز نیست و آن زمانی است که امکان رجوع به قضات اسلامی باشد و این مطلب به ادله اربعه ثابت است» (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۶۴).

علامه حلی کسی را که از پذیرش حکم قاضی اسلامی امتناع و به حکام جور رجوع کند، گناهکار می‌داند (حلی ۱۴۱۳، ج ۱: ۵۲۶). محقق کرکی نیز در این مسئله چنین فتوایی داده است (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۳: ۴۹۰). شهید ثانی چنین کسی را مرتکب منکر و فاسق خوانده و عملش را گناه کبیره نامیده است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۱۱۰).

مقدس اردبیلی دستیابی ولو به اعیان شخصیه را از طریق دادگاه غیراسلامی، رکون به طاغوت و حرام دانسته است. (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸: ۶۸).

فاضل در مسالک الافهام می‌نویسد: بر مردم واجب است که در تمامی امور، حاکم جائز را امر به معروف و نهی از منکر کنند، پس چگونه ممکن است که در دعاوی خود از احکام چنین امرایی اطاعت و تبعیت کنند (فاضل، بی تا: ۲۴۰).

به نظر صاحب العروة الوثقی ترافع به قضات جور اختیاراً جایز نیست و اخذ به حکم آنان در صورتی که ندانیم محق است یا نه، حلال نیست (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۹) به نظر سید ابوالقاسم خوئی نیز طرح دعوی نزد حکام غیراسلامی و قضات جور حرام است، اما به نظر ایشان حرمت مانع حلیت مال مأخوذ به حکم آنان در اعیان شخصیه نمی‌شود (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۳۰۶).

صاحب حدائق در این مسئله قائل به تحریم به صورت مطلق بوده، هرچند که ظاهر برخی روایات دال بر حرمت در صورت دعوت طرف دعوی به دادگاه اسلامی و امتناع فرد از این امر است (بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۲۵۴).

صاحب مفتاح دست کشیدن از مال مغضوبی که قرار است به حکم قاضی غیراسلامی به صاحبش برگردد را افضل از اخذ به آن حکم دانسته است (حسینی، ۱۹۴۱ق، ج ۱۲: ۳۹۱).

میرزای رشتی در کتاب قضا دلالت آیات و روایات باب را بر حرمت اخذ به حکم دادگاه غیراسلامی واضح دانسته (گیلانی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۶۴) و مرحوم امام خمینی نیز در کتاب زبده الاحکام رجوع به فقیه جامع شرایط را بر متخصصان واجب کرده است (خمینی، ۱۴۰۴ق: ۱۱۲).

گلیایگانی می‌نویسد: «از نصوص کثیره‌ای که به حد استفاضه بلکه تواتر رسیده، فهمیده می‌شود که ترفع به قضاوت جور و حکام مخالف، منهی^{عنه} است مگر در زمان تقیه. مقتضای این نهی عدم جواز تصرف است در آنچه قاضی جور بدان حکم کرده، اگرچه حق باشد» (گلیایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۲۲).

به نظر فاضل لنکرانی مدلول مطابقی تمامی آیات و روایت این باب، حرمت تحاکم و ترفع به قضاوت منصوب از طرف سلطان جائر غاصب خلافت است (لنکرانی، ۱۴۲۰ق: ۲۱).

۳. نظریه جواز رجوع به قاضی غیرمسلمان

۳.۱. روایات

روایاتی وارد شده‌اند که بر جایز بودن دادخواهی نزد قضاوت جور دلالت دارند که از جمله: الف) خبر عطاء بن السائب که امام سجاد (ع) فرموده‌اند: «إِذَا كُنْتُمْ فِي أَيْمَةِ جَوْرٍ فَأَقْضُوا فِي أَحْكَامِهِمْ - وَ لَا تَشْهَرُوا أَنْفُسَكُمْ فَتَقْتُلُوا - وَإِنْ تَعَامَلْتُمْ بِأَحْكَامِنَا كَانَ خَيْرًا لَكُمْ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷: ۱۴). هرگاه در زمان حکومت پیشوایان جور واقع شدید به همان احکام صادر از ایشان عمل نمایید و خود را سر زبان‌ها نیندازید و مشهور به مخالفت نکنید که موجب هلاکتتان می‌شود و اگر بتوانید خودتان مطابق احکام ما اهل بیت رفتار کنید و فصل خصومت کنید، البته این برای شما بهتر است.

ب) صحیح‌ه علی بن مهزیار: از امام (ع) سؤال شده که آیا می‌توان حقوقی را که طبق احکام مخالفان ثابت است، از آنها گرفت همان‌گونه که آنها حقوقشان را از ما می‌گیرند؟ امام نوشت اگر تقیه می‌کنید جایز است انشاءالله (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶: ۱۵۸).

مرحوم فیض در وافی بیان کرده‌اند که: همان‌طور که آنان به حکم قضاتشان از ما حقوقشان را می‌گیرند، برای ما نیز جایز است که به حکم همان قضات حقوق خود را از آنان استیفا کنیم (فیض، ۱۴۰۴ق، ج ۱۶: ۹۰۴). در جواهر الکلام دو روایت فوق بر موارد احکامی حمل شده‌اند که نزد مخالفان مشروعیت دارد و در فقه شیعه پذیرفته نشده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۵) مانند الشفعه بالجوارو توریث عصبه:

بنا بر برداشتی که صاحب جواهر و فیض داشته‌اند، این دو روایت با مقبوله عمر بن حنظله تعارض خواهند داشت؛ زیرا در مقبوله ابن حنظله حقی که به حکم طاغوت گرفته شده به منزله سحت دانسته شده است.

راه دفع این تعارض آن است که حرام بودن رجوع به حکم طاغوت در صورت تمکن از گرفتن حق از طریقی غیر از رجوع به قاضی جور امکان داشته باشد و حکم جواز رجوع به قاضی جور را به موردی قرار دهیم که اخذ حق منحصر به رجوع به وی باشد و راه دیگری برای احقاق حق وجود نداشته باشد (گلپایگانی، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ۶۴ - ۶۵).

۳.۲. سیره و بنای عقلا

حضور یک عنصر دارای طبع غیرداخلی در معاملات تجاری بین‌المللی، اعم از تابعیت، اقامتگاه، محل وقوع قرارداد و اختلاف بین طرفین در محل وقوع یا هر عنصر دیگری که با مسئولیت حقوقی مرتبط می‌شود؛ گاهی موجب خواهد شد که رسیدن به حق جز با رجوع به قاضی جور و غیرمسلمان امکان‌پذیر نباشد؛ لذا به حکم ضرورت جهت حل مشکلات فی‌مابین، رجوع به قاضی غیرمسلمان ممنوعیت نداشته باشد؛ والا تضييع حقوق و اخلال در نظام به وجود می‌آید و معلوم است که اخلال در نظام از طرف عقلا و از جمله شارع مقدس که رئیس عقلاست منفی محسوب می‌شود و پذیرفته نیست؛ بنابراین اگر امکان رسیدن به حق با رجوع به قاضی عادل یا با اقرار خصم امکان نداشته باشد، رجوع به قاضی غیراسلامی بر اساس سیره عقلا جایز است، چون به حکم سیره، صاحب حق باید به حقش برسد (اسماعیل پور، ۱۳۸۰، ج ۱: ۶۴).

۳.۳. قواعد فقهی

می‌توان در شرایطی با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، لاضرر و لاضرار و قاعده سلطنت و در حال اضطرار به قاضی غیراسلامی و قاضی جور رجوع کرد.

(الف) قاعده سلطنت

در صورتی که احقاق حق منحصر در رجوع به قاضی جور و غیرمسلمان باشد، قاعده سلطنت بر عموماً باقی است و مالک در خصوص اموالش امکان تسلط به رجوع به قاضی جور و غیرمسلمان خواهد داشت (اسماعیل پور، ۱۳۸۰، ج ۱: ۶۵).

(ب) قاعده نفی حرج و قاعده لاضرر

بدیهی است که تزییع حق، موجب حرج و ضرر بزرگ و سخت می‌شود بخصوص در مقام خصومت و اختلاف در اموال و دادخواهی. اگر راهی برای احقاق حق جز رجوع به قاضی غیراسلامی وجود نداشته باشد، بر اساس دو قاعده مزبور، دادخواهی به قضات جور جایز است؛ زیرا هر حکم حرجی یا ضرری و اضطراری از صفحه تشریح برداشته شده (اسماعیل پور، ۱۳۸۰، ج ۱: ۶۵) پس در صورت اضطرار و سایر عناوین ثانویه مانند حرج و ضرر، رجوع به آن قاضی که شرط اسلام و ایمان را ندارد جایز است.

به نظر می‌رسد با توجه به روایات، بنای عقلا و قواعد فقهی مورد بحث، می‌توان دعاوی و مرافعات بین‌المللی را به دادگاه‌های بین‌المللی ارجاع داد. در این نوع مرافعات اولاً لازم است به مجامع بین‌المللی اسلامی رجوع شود و این در صورتی است که چنین محکمه‌ای تأسیس شده باشد و در آن به عدل و احکام الهی حکم شود و قضات عادل و مسلمان در آن حکم کنند؛ اما در صورتی که برخی کشورهای مسلمان مانع تشکیل چنین دادگاه‌هایی می‌شوند، مسلمانان برای اجرای عدالت و احقاق حقوقشان به رجوع به محاکم غیراسلامی مجبور می‌شوند، البته روشن است که رجوع به قصد تحاکم باشد نه قضای مصطلح دینی. بر حکام اسلامی است که شئون اسلامی در رجوع به محاکم بین‌المللی تا حد امکان باید مراعات شود و مختص به موارد حد اضطرار و رفع ضرر و حرج باشد (اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۳۰).

۳. ۴. اخذ به حکم قضات جائز از دیدگاه فقها

در جواز اخذ به حکم دادگاه‌های غیراسلامی چند دیدگاه وجود دارد؛ عده‌ای از فقها پس از عارض شدن عناوین ثانویه مانند اضطرار که موجب جواز رجوع می‌شود، اخذ به حکم را در عین، حلال و در دین حرام می‌دانند. در مقابل گروه دیگری معتقدند که با حکم قاضی جور هم در عین و هم در دین می‌توان تصرف کرد و گروه سوم مربوط به فقهایی است که قائل به تفصیلند که به شرح زیر نظر و آرای آنان بیان می‌شود:

الف) جواز اخذ به حکم قاضی جور در صِرف اعیان

اکثر فقها این قول را پذیرفته‌اند؛ سید ابوالقاسم خوئی گفته است: «ترافع به حکام جائز مطلقاً حرام است، اما این حرمت مانع از حلیت مال مأخوذ به حکم آنان در اعیان شخصی نیست» (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۳۰۶). مقدس اردبیلی حرمت اخذ به حکم قضات جائز را فقط در دین ظاهر دانسته است نه در عین (اردبیلی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۲: ۱۰) و محقق سبزواری چنین بیان کرده‌اند که: اخبار، مقتضی تعمیم حرمت اخذ به حکم قضات جور هم در عین و هم در دین هستند. این مطلب در مورد دین ظاهر است، ولی در مورد عین خالی از اشکال نیست؛ زیرا دین نیاز به ترازوی دارد و فرض بر این است که شخصی که به حاکم جور رجوع کرده است، مجبور باشد و این منافی تراضی است، بر خلاف عین (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ۶۶۳).

ب) جواز اخذ به حکم قاضی جور در دین و عین

به نظر صاحب جواهر در شرایط خاص جواز رجوع به قاضی جور در عین و دین جایز است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۷). هرگاه در صورت اضطرار یا ضرر و حرج قائل به جواز رجوع به دادگاه‌های غیراسلامی شویم، دیگر بین دین و عین فرقی وجود ندارد (رک: گلپایگانی، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ۱۷۹).

ج) حرمت مطلق اخذ به حکم

امام خمینی در مورد نفوذ حکم صادره به وسیله دادگاه‌های غیراسلامی چنین بیان کرده‌اند:

از اخباری که بررسی شده است استفاده می‌شود که اخذ به حکم قضات جور مطلقاً حرام است، چه فرد محق باشد و چه محق نباشد. فرد در صورتی که به وسیله این قدرت‌ها و دستگاه‌های ناروا به حقوق مسلم خویش نائل آمد، به حرام دست پیدا کرده است و حق ندارد در آن تصرف کند. حتی بعضی از فقها در عین شخصی گفته‌اند مثلاً اگر عبای شما را بردند و شما به وسیله حکام جور پس گرفتید، نمی‌توانید در آن تصرف کنید (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۹۱).

د) قول به تفصیل: صورت‌های چهارگانه ترفع به قضات جور

آیت‌الله سبحانی بیان کرده‌اند که شخص یا به گونه‌ای است که می‌تواند به فقیه امامی رجوع کند یا نمی‌تواند و به هر تقدیر یا قبل از ترفع محق است یا با ترفع محق می‌شود؛ در تمامی صور آنچه درباره‌اش حکم می‌شود یا عین است که طرف دعوی بر آن مستولی شده یا دین بوده که بر ذمه طرف است و با قضاوت مشخص می‌شود.

مراد از اینکه شخص قبل از ترفع محق باشد، اعم است از اینکه حق معلوم باشد واقعاً، مانند زمانی که منکر بر مالش مستولی شده یا از او قرض گرفته و حالا منکر دین است یا اینکه در ظاهر مشاع معلوم باشد، مانند جایی که بی‌توجهی دهند که برای او بر فلانی دینی است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۲۹).

صورت‌های فوق به شرح زیر ارائه می‌شود:

یک) قبل از ترفع محق است و ترفع به دادگاه عدل ممکن باشد

هنگامی که امکان استیفای حق با رجوع به فقیه امامی وجود دارد و قبل از ترفع محق است و شخص می‌داند فلان عین که در دست مدعی علیه قرار دارد، متعلق به خودش است یا اینکه مالی در ذمه مدعی علیه دارد. در این صورت شکی نیست که رجوع به دادگاه‌های جور به خاطر آیات و روایاتی حرام است، همچنین اخذ به حکم آنان اخذ به حکم طاغوت است و خداوند امر کرده است که باید به وی کافر بود (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۳۲). سزاوار نیست که به توسعه حکم به عین و دین در این مورد شک کنیم. در اینکه حکم حرمت، عام است و مطلقاً چه مال غیر باشد یا نباشد یا فقط شامل موردی شود که فرد

محق نبوده و مال غیر باشد، دو قول وجود دارد که محقق رشتی قول دوم را برگزیده است (رشتی، ۱۴۰۱ق: ۶۵).

دو) قبل از ترافع محق نیست و ترافع به دادگاه عدل ممکن باشد

در چنین حالتی شخص محق نیست و قاضی جور به سود وی حکم می‌دهد و محق می‌شود؛ در این صورت ترافع قطعاً حرام است. این فرد، روشن‌ترین مورد برای روایات سابقه است و عین و دین بر او حرام خواهد شد؛ زیرا قضاوت اهل جور معتبر نیست و ملکیت عین و دین به آن ثابت نمی‌شود، چه رسد به اینکه در مال معینی به حکم آنان تشخیص پیدا کند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۳۴).

سه) شخص قبل از ترافع بداند که محق است و به هر دلیلی ترافع به دادگاه عدل ممکن نباشد

در این صورت به نحوی از انحاء می‌داند که مالکیت در عین یا دین در ذمه منکر بوده و استیفای حقش بر ترافع به غیر اهل متوقف است، یا طرف دعوی، به غیر حاکم جور راضی نمی‌شود، یا به دلیل نبود حاکم شرعی یا عدم اثبات حق در نزد حاکم شرعی یا عدم نفوذ قضاوت اوست.

ظاهراً در این صورت ترافع به جائر جایز است؛ زیرا روایات شامل این صورت نمی‌شود و زمانی را شامل می‌شود که شخص شرایط رجوع به حاکم عادل را دارد و اخذ به عین و دین حلال است. عین که حالش دانسته شده است و دین به خاطر سقوط شرطیت رضایت طرف و همچنین نبود راه دیگری برای احقاق حق (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۳۴).

چهار) روشن نیست که او محق است، مگر به ترافع به حکام جور

همان صورت سوم است به جز اینکه محق بودن او معلوم نیست و فقط پس از ترافع به حاکم جور حق به او تعلق می‌گیرد. در این حالت اگرچه ترافع به دلیل انصراف ادله از صورت اضطرار جایز است، اخذ به حکم آنان به دلیل عدم علم به مالک بودن شخص برای عین و دین صحیح نیست (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۳۵ - ۱۳۷).

*جدول صورت‌های چهارگانه رجوع به محاکم جور

قول به تفصیل: صورت‌های چهارگانه ترافع به قضات جور	حکم رجوع به دادگاه جور	اخذ به حکم صادره توسط قاضی جور
قبل از ترافع محق است و ترافع به دادگاه عدل ممکن باشد.	شکی نیست که رجوع حرام است.	اخذ حرام است و اصلاً به عین و دین توسعه نمی‌یابد.
قبل از ترافع محق نیست و ترافع به دادگاه عدل ممکن باشد.	در این صورت ترافع قطعاً حرام است.	تصرف در عین و دین بر او حرام است.
قبل از ترافع محق است ولی ترافع به دادگاه عدل ممکن نباشد.	ظاهراً در این صورت ترافع به جائر جایز است.	اخذ به عین و دین حلال است.
روشن نیست که او محق است، مگر به ترافع به حکام جور.	ترافع به دلیل انصراف ادله از صورت اضطرار جایز است.	اخذ به حکم در عین و دین صحیح نیست

۴. نهاد داوری بین‌المللی

در این بخش در ادامه بحث‌های فقهی مطرح شده، موضوع داوری از حیث فقهی و حقوق موضوعه ایران بررسی خواهد شد.

۴.۱. قاضی تحکیم (داوری) در عصر غیبت

بعضی از فقها با توجه به اینکه برای قاضی اعم از قاضی منصوب و تحکیم، اجتهاد را شرط دانسته‌اند، فرض وجود قاضی تحکیم را در عصر غیبت منکر شده‌اند، چون با عنایت به شرط اجتهاد در قضاوت همه فقهای جامع‌الشرایط از امام معصوم (ع) در دوران غیبت، همه آنها قاضی منصوب هستند؛ لذا در این دوران قاضی واجد شرایط ولی غیرمنصوب وجود ندارد تا اصحاب دعوا او را به‌عنوان تحکیم برگزینند (جبعی عاملی، ۱۳۹۶، ج ۳: ۷۰؛ مقدس اردبیلی، ۱۳۷۸، ج ۱۲: ۱۷). در مقابل بعضی از فقها وجود قاضی تحکیم در عصر غیبت را پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۹؛ طوسی، ۱۴۱۷، ج ۶: ۲۴۱؛ خویی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۹؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۵۴؛ اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۱۴). در قوانین جمهوری اسلامی نیز، در

قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، طرح قاضی تحکیم پیش‌بینی شده و به تأیید شورای نگهبان رسیده است. ماده ۶ قانون یادشده مقرر می‌دارد که طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه کنند (منصور، ۱۳۸۰: ۱۷۷).

مرحوم گلپایگانی گفته است: در عصر غیبت یا در عصر حضور و مبسوط‌الید نبودن معصوم (ع) حکم کسی نافذ است که مردم از او درخواست قضاوت کنند، وگرنه اذن عام صادرشده از سوی امام (ع) شامل او نخواهد شد (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۵۴). مرحوم خوبی معتقد بود که در قاضی تحکیم، اجتهاد شرط نیست (خویی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۹). صاحب جواهر نیز اجتهاد قاضی را شرط نمی‌داند، بلکه آنچه در نظر وی ملاک بوده حکم به حق و عدالت است، خواه از روی اجتهاد باشد یا از روی تقلید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۳۰). بنابراین استفاده از قاضی تحکیم در عصر غیبت اشکالی ندارد. شیخ طوسی مشروعیت قاضی تحکیم را در عصر غیبت پذیرفته است (طوسی، ۱۳۵۱، ج ۶: ۱۶۴). بعضی از فقهای معاصر اجتهاد را در قاضی شرط نمی‌دانند (اردبیلی، ۱۴۲۳ق: ۱۱۴؛ مؤمن، ۱۳۸۰، ج ۱: ۶۷، ۷۹؛ محمدی گیلانی، ۱۳۷۸: ۳۹).

۴. ۲. بحث داوری در حقوق موضوعه ایران

یک اصل حقوقی پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل که در اصل حسن نیت ریشه دارد، این است که دولت‌ها نمی‌توانند از ترک فعل یا خلاف خود بهره‌مند شوند، در ایران نیز داوری به‌عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلاف مورد احترام بوده است و در اولین قانون ناظر بر نحوه محاکمات و حل و فصل دعاوی حقوقی که پس از نهضت مشروطیت به تصویب مجلس شورای ملی رسید (قانون اصول محاکمات حقوقی ۱۲۸۹، مجموعه قوانین دوره دوم تقنینیه: ۴۵۶) پیش‌بینی شده بود و تا تصویب قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ استفاده از این روش مورد توجه قانونگذار بوده است. سپس قانون حکمیت به‌منظور اصلاح قانون قبلی تصویب شد (قانون حکمیت ۲۹ اسفند ۱۳۰۶، مجموعه قوانین دادگستری، ۱۳۰۶: ۶۲).

در بهمن ۱۳۱۳ قانون حکمیت جدیدی در ۳۸ ماده به تصویب مجلس رسید که نسبت به قانون‌های قبلی جامع‌تر بود. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی،

نهاد داوری در حقوق ایران مورد تأیید مراجع صالح قضایی و حقوقی بوده است؛ هرچند دو سؤال پیرامون شیوه داوری و مشروعیت آن مطرح شده است که در قانون اساسی ریشه دارند. این دو سؤال عبارتند از:

۱. با توجه به اصل چهارم قانون اساسی مبنی بر لزوم مطابقت تمامی قانون‌ها با موازین شرع، آیا مقررات باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری، از لحاظ موازین فقهی مربوط به قاضی تحکیم، معتبر است یا خیر؟

۲. با عنایت به اینکه اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری را برحسب مورد، به اخذ مجوز از هیأت دولت یا مجلس موکول کرده است، درج شرط داوری در قراردادهای دولت چه جایگاه قانونی دارد؟

این دو تردید مشروعیت داوری را به‌عنوان روش مطمئنی در حل و فصل دعاوی بخصوص اختلافات تجاری بین‌المللی زیر سؤال نبرده‌اند؛ چون در پاسخ سؤال نخست گفته شد مادامی که شورای نگهبان مغایرت قوانین موضوعه با مبانی فقهی یا موازین قانون اساسی را احراز نکرده است، آن قانون‌ها همچنان معتبر و لازم‌الاجرا هستند؛ به‌علاوه خود شورای نگهبان این قانون‌ها را تأیید کرده است. در پاسخ به پرسش دوم نیز شورای نگهبان هیچ‌گونه تفسیر خاصی ارائه نکرده است.

داوری بین‌المللی قانونگذار ایرانی را بر آن داشت تا در آذر ۱۳۷۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی را (که بر اساس قانون نمونه داوری آنسیترال طراحی و تدوین شده است) به تصویب رساند. این قانون مراجعه به روش داوری در قراردادهای بین‌المللی را معتبر می‌داند. در سال ۱۳۷۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و نظام حقوقی داوری بین‌المللی را در ایران قانونمند کرد. تا قبل از تصویب این قانون تنها قانون ناظر بر داوری در حقوق ایران عبارت از مقررات باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ بود.

قانون مذکور که احکام و مقررات مربوط به روش داوری را در ۴۸ ماده از ۶۳۲ تا ۶۸۰ تنظیم کرده بود، ناظر به داوری‌های داخلی است؛ همچنین در مقررات این قانون به داوری بین‌المللی نظر داشته‌اند، ولی در نبود مقررات ناظر به داوری‌های بین‌المللی، داوری‌هایی که

مقر آنها در ایران بود نیز مشمول مقررات باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری بود و بر حسب همین مقررات هدایت می‌شد و انجام می‌گرفت یا اگر از نوع داوری سازمانی و مشمول قواعد داوری خاصی بود، باید در پرتو مقررات باب هشتم قانون مزبور تفسیر و اجرا می‌شد. از رویه داوری بین‌المللی استفاده می‌شود که خود مرجع داوری صلاحیت ذاتی برای رسیدگی به اختلاف طرفین در مورد حدود صلاحیت هیأت داوری را دارد تا چارچوب آن را بر اساس آنچه طرفین در موافقت‌نامه داوری به او اعطا کرده‌اند، تعیین کند که آن را اصطلاحاً *competence de la* می‌گویند (موحد، ۱۳۵۷: ۲۱۴). بر اساس مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، تصمیم‌گیری در مورد موافقت‌نامه داوری بر عهده دیوان داوری همان اتاق قرار گرفته است.

نتیجه

با بررسی ادله و نظر فقها نتایج ذیل به دست می‌آید:

فقها درباره دادخواهی نزد قاضی جور و غیرمسلمان در صورت عدم امکان رجوع به قاضی مسلمان و عادل نظرهایی دارند، بعضی آن را مقید به تضييع حق مسلمان کردند در صورت عدم رجوع؛ بعضی دیگر رجوع به قاضی جور و غیرمسلمان را به شرایط خاصی مقید کرده‌اند، مانند اینکه اگر رجوع نکند حرج و ضرری متوجه مسلمان شود. نظر این دسته از ادله‌ای مانند روایات، سیره عقلا و قواعد فقهی برخوردار است. دسته دیگری حتی در صورتی که قاضی جور به نفع مسلمان حکم کند نیز قائل به عدم جواز شده‌اند. به نظر می‌رسد نظر دسته اول با توجه به مستنداتشان برتری دارد. در صورتی که رجوع به قاضی عادل و مسلمان امکان داشته باشد، رجوع به غیر او جایز نیست.

در مورد اخذ به حکم این دادگاه‌های غیراسلامی چهار حالت ممکن است:

یک) قبل از ترافع محق است و ترافع به دادگاه عدل ممکن باشد. در این صورت رجوع به دادگاه‌های جور حرام و اخذ به حکم آنان اخذ به حکم طاغوت است و سزاوار نیست که به توسعه حکم به عین و دین در این مورد شک کنیم.

دو) قبل از ترافع محق نیست و ترافع به دادگاه عدل ممکن باشد. در این صورت ترافع قطعاً حرام است.

سه) صورت ترافع به جائز جایز است و فرقی در عین و دین نیست. چهار) روشن نیست که او محق است، مگر به ترافع به حکام جور. در این حالت ترافع به دلیل اضطرار جایز است، ولی اخذ به حکم به خاطر عدم علم به مالک بودن شخص قطعاً حرام خواهد بود.

در مورد داوری نیز باید گفت که قاضی تحکیم (داوری) از منظر بیشتر فقها در عصر غیبت تصورپذیر و نهاد داوری نیز در حقوق ایران همیشه مورد تأیید مراجع صالح قضایی و حقوقی بوده است. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران باید در کنار مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، رویه داوری در کشور را به سوی نظامی پذیرفتنی از نظر ضوابط بین‌المللی پیش ببرد.

منابع

- قرآن کریم

۱. اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ق). *فقه القضاء*، ج ۱، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۲. اسماعیل پور قمشاهی، محمد علی (۱۳۸۰). *البراهین الواضحات*، دراسات فی القضاء، ج ۱، قم: بی‌نا.
۳. انصاری، شیخ مرتضی بن محمد (۱۴۱۵ق). *القضاء و الشهادات*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۴. آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۲۵ق). *کتاب القضاء*، ج ۱، چاپ اول، قم: زهیر.
۵. بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱ق). *قواعد فقهیه*، ج ۱، چاپ سوم، تهران: مؤسسه عروج.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۲۳ق). *الدرر النجفیه من الملتقطات الیوسفیه*، ج ۱، بیروت: دارالمصطفی لإحياء التراث.
۷. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۳۹۶ق). *الروضه البهیة*، بیروت: منشورات الاعلمی.
۸. جبعی عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، ج ۱۳، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۹. حائری، سید علی (بی‌تا). *ریاض المسائل*، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البیته (ع).
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*، ج ۲۶ و ۲۷، قم: مؤسسه آل‌البیته (ع).
۱۱. حسینی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۳. حلی، محقق، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام*، ج ۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۴. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.
۱۵. خمینی، روح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار.
۱۶. _____ (۱۴۲۳ق). *ولایت فقیه، دوازدهم*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار.
۱۷. _____ (۱۴۰۴ق). *زیده الأحکام*، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۱۸. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). *مبانی تکمله المنهاج*، ج ۴۱، قم: مؤسسه إحيای آثار امام خویی (ره).
۱۹. _____ (۱۴۱۸ق). *موسوعه الإمام الخوئی*، ج ۱، قم: مؤسسه إحيای آثار امام خویی (ره).
۲۰. سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). *نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الإسلامیه الغراء*، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۱. سبزواری محقق، محمد باقر (۱۴۲۳ق). *کفایه الأحکام*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۱۷ق). *الخلاص*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۳. _____ (۱۳۵۱ق). *المبسوط*، تهران: المکتبه المرتضویه.
۲۴. فاضل، جواد بن سعد (بی تا). *مسالك الأفهام إلى آیات الأحکام*، ج ۴: بی جا.
۲۵. فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، ج ۴: قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۶. فیض کاشانی، محمد محسن (۱۴۰۴ق). *الوافی*، ج ۱۶، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین (ع).
۲۷. قزوینی، سید علی موسوی (۱۴۲۷ق). *الاجتهاد و التقليد*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۳، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۲۹. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی (۱۴۱۳ق). *کتاب القضاء*، ج ۱، قم: دارالقرآن.

۳۰. گیلانی، میرزا حبیب‌الله رشتی (۱۴۰۴ ق). کتاب القضاء، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم.
۳۱. لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۰ ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۳۲. محمدی گیلانی، محمد (۱۳۷۸). قضا و قضاوت در اسلام، تهران: نشر سایه.
۳۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۷ ق). مجمع الفائده والبرهان، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۴ ق). زبده البیان فی احکام القرآن، تهران: المکتبه الجعفریه
۳۵. منصور، جهانگیر (۱۳۸۰). قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تهران: نشر دوران.
۳۶. موحد، علی (۱۳۵۷). نقت ما و مسائل حقوقی آن، چاپ سوم، تهران: خوارزمی.
۳۷. مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۰). مبانی تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۸. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳۹. یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ ق). تکمله العروه الوثقی، ج ۲، قم: کتابفروشی داوری.