

دستور موقت در داوری‌های ملی و بین‌المللی

سیدمحمداسدی نژادطاهر گورابی*

میرحامداسدی نژادطاهر گورابی**

چکیده

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های داوری و علت اصلی گرایش مردم به آن به جای مراجعه به دادگاه دادگستری حفظ اسرار طرفین دعواست. با این حال در برخی از موارد مراجعه و دخالت دادگاه دادگستری اجتناب‌ناپذیر است. به طوری که در بعضی از موارد عدم مراجعه به دادگاه موجب بروز خساراتی جبران‌ناپذیر است که بعدها اگر هم حکم به نفع خواهان صادر گردد، جبران آن با مشکل مواجه می‌شود.

از جمله اقداماتی که ذینفع جهت جلوگیری از بروز خسارات می‌تواند انجام دهد درخواست دستور موقت می‌باشد که در داوری داخلی بر عهده دادگاه است و بعد از احراز فوریت صادر می‌گردد. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ در ماده ۹ و ۱۷ اختیار صدور دستور موقت را برای داور به روشنی در نظر

* عضو هیئت علمی دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول) asadinezhad@guilan.ac.ir

** دانش‌آموخته حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۰۶/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۲/۱۲

فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره نخست، شماره چهاردهم، زمستان ۱۳۹۴ صص ۸۵-۵۹

گرفته، در حالی که قانون آیین دادرسی مدنی سکوت اختیار نموده است. با توجه به سکوت قانون آیین دادرسی مدنی، در این مقاله به دنبال جواب این سوال هستیم که آیا در داوری داخلی همانند داوری بین‌المللی داوران حق صدور دستور موقت را دارند؟ چنانچه ذینفع جهت دستور موقت به دادگاه دادگستری مراجعه کرد به معنی عدول از داوری است؟

واژه‌های کلیدی: داوری داخلی ، داوری بین‌المللی ، دستور موقت ، موافقتنامه داوری.

مقدمه

یکی از مهم‌ترین دلایل ارجاع امر به داوری سرعت در رسیدگی توسط داوران است. علاوه بر این داوری به سبب خصوصی بودن موجب حفظ اسرار تجاری طرفین دعوا می‌گردد. نهاد داوری با اختیار طرفین و توافق جهت ارجاع به داوری تشکیل می‌گردد. اما در برخی موارد رسیدگی و دخالت دادگاه اجتناب‌ناپذیر است. گاهی به لحاظ امکان طولانی شدن رسیدگی دادگاه‌ها و در معرض تضییع و تفریط قرار گرفتن حق یکی از طرفین، همچنین از بین رفتن اموال اگر بعدها حتی رأی به سود وی صادر گردد، احقاق حق دچار مشکل می‌شود. در این موارد از دادگاه تقاضای صدور دستور موقت امکان‌پذیر است. به عنوان مثال؛ فردی در ملکی برای خود حقی قائل است و جهت اینکه به حقوق خود دست یابد، اقدامی موقتی صورت می‌دهد و مالک را از نقل و انتقال آن تا صدور رأی قطعی منع می‌نماید. دادگاه با احراز فوریت امر اقدام تأمینی و موقت صادر می‌کند. زمان تقاضا و صدور دستور موقت ممکن است قبل از شروع به داوری و یا بعد از شروع به داوری باشد. این شرایط در ماده ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی برای داور در نظر گرفته شده و دادگاه با رسیدگی به ادله خواهان و احراز فوریت، دستور را صادر خواهد کرد. دستور موقت تأسیسی است که قانون‌گذار آن را به رسمیت شناخته و اعمال آن را در اختیار محاکم قرار داده، ولی با عنایت به صلاحیت عام محاکم دادگستری می‌توان قائل بر این بود که داوران صلاحیت صدور دستور موقت را ندارند. در برخی از مقررات داوری بین‌المللی صلاحیت داوران برای صدور دستور موقت بر اساس حاکمیت اراده طرفین و یا موافقتنامه داوری است. در این مقررات منبع ایجاد دستور موقت برای داور اراده طرفین است، در قوانین این

کشورها اختیار صدور دستور موقت و قرار تأمین، میراث ذاتی دادگاه‌ها نیست (امیر معزی، ۱۳۸۷: ۱۶۹). در قانون داوری تجاری بین المللی ایران و آنسیترال صدور این قرار ضمن موافقتنامه داوری آمده، طرفین می‌توانند توافق کنند که داور اختیار صدور دستور موقت را داشته یا نداشته باشد. وجود این قواعد به صورت آمره در نظر گرفته نشده و توافق بر خلاف این قواعد اشکالی ندارد. در این باب سئوالاتی می‌توان مطرح نمود:

آیا در حقوق ایران داوران صلاحیت صدور دستور موقت را دارند؟ آیا سکوت مقررات داوری در قانون آیین دادرسی مدنی راجع به این امر مقررات مذکور را می‌توان حمل بر تجویز اختیار داوران نمود؟

آیا با تجویز مقررات مبنی بر داشتن اختیار داوران برای صدور دستور موقت مراجعه به دادگاه دادگستری برای صدور دستور موقت به معنی عدول از داوری است؟ آیا داور نیز باید برای صدور دستور موقت فوریت را احراز کند؟

بنابراین، مقاله حاضر در دو مبحث اول و دوم بررسی می‌گردد. مطالب مبحث نخست به مفاهیمی در ارتباط با موضوع مقاله و نیز تعاریفی در جهت تبیین بهتر آن می‌باشد. مطالب مبحث دوم به بررسی ماهیت و نیز جهت پاسخگویی به ابهامات موضوع آورده شده است.

۱. مفهوم دستور موقت و داوری

دستور موقت اقدامی است موقتی، در صورتی که تصمیم‌گیری در خصوص اصل موضوع مورد اختلاف مدتی زیاد به طول خواهد انجامید به ناچار نیاز دستور موقت احساس میشود تا حقوق طرف درخواست کننده حفظ شده باقی بماند. داوری رسیدگی غیر از مراجع دولتی و دادگاه است، طرفین در قراردادی جداگانه و یا درج شرط ضمن عقد در قرارداد اصلی برای اینکه رسیدگی به اختلاف آنها بصورت کاملاً خصوصی و سریع و به دور از تشریفات آیین دادرسی دادگاه‌ها باشد، اختلافات خود را به داوری ارجاع می‌دهند. بدین ترتیب برای شناخت و وجود دستور موقت در داوری نیاز به بررسی مفاهیم آنها نیز احساس می‌شود.

۱-۱. مفهوم دستور موقت

به طور کلی دستور موقت یک اقدام موقتی و گذرا است، تعاریف مختلفی از آن به عمل آمده است. دستور موقت به معنای قراری است از دادگاهی مبنی بر فعل معین یا ترک فعل معین یا توقیف مال (لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۵۸). این تعریف همان ماده ۷۷۸ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی بوده که در ماده ۳۱۶ قانون جدید آیین دادرسی مدنی ذکر شده است و تعریفی جامع نمی‌باشد. دستور موقت در اموری صادر می‌شود که موضوع آن دارای فوریت باشد، به همین دلیل عنوان دستور موقت در دادرسی فوری مبحث ششم از باب سوم آمده است. بنابراین برای شناخت ابتدا باید دادرسی فوری تعریف و بعد از آن دستور موقت معلوم گردد؛ چون از باب دادرسی فوری است که قانون‌گذار تأسیس دستور موقت را ایجاد و به رسمیت شناخته است. قانون‌گذار در مورد اعمال این نوع قرار، فوری بودن را ملاک قرار داده است، مقنن در ماده ۳۱۰ ق.ج بیان می‌دارد: «در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذینفع ... دستور موقت صادر می‌نماید».

برای درخواست و اعمال دستور موقت باید دادرسی فوری صورت گیرد و در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، پیش بینی شده است، ولی معیار فوری بودن را قانون‌گذار مشخص ننموده است (شمس، ۱۳۸۶: ۳/۳۶۵). در تعریفی از دادرسی فوری گفته شده که: «برای رفع تعدی یا جلوگیری از آن یک توجه آنی لازم است و الا خسارت جبران ناپذیری متوجه خواهان می‌شود یا اینکه موضوع حق از بین می‌رود به عبارت دیگر اختلافی رخ می‌دهد که هنگام بروز آن چاره فوری باید اندیشید هر چند که آن چاره عبارت از یک تدبیر یا دستور موقتی باشد.» (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۱/۴۲۳). به این ترتیب موارد دادرسی فوری را امری می‌دانند که نیاز به تصمیمی سریع دارد و اگر تصمیم مورد نظر گرفته نشود برای یک طرف دعوا (درخواست کننده) خسارتی بوجود می‌آید که بعداً جبران آن امکان پذیر نیست و متعذر می‌گردد. در تعریفی دیگر از دادرسی فوری گفته شده که: «دادرسی فوری نوعی دادرسی استثنایی و خلاف قاعده عمومی دادرسی ولی در عین حال رایج است که بر حسب درخواست خواهان و در امور فوری و اصولاً بدون

تشریفات خاصی که در دادرسی‌های معمولی (به منظور صدور رأی در اصل دعوی) به کار گرفته می‌شود، طبق دستور و تحت نظر مرجع صلاحیت‌دار در باب صدور یا عدم صدور دستور موقت انجام می‌پذیرد.» (نهرینی، ۱۳۹۰: ۳۳). دادرسی فوری از امور اتفاقی و استثنائی است، بدلیل اینکه رسیدگی توسط دادگاه باید به صورت کامل و اختصاری صورت گیرد. دادرسی فوری و مصداق آن دستور موقت در امور فوری و بدون اینکه وارد اصل موضوع شود جهت حفظ حقوق خواهان صادر می‌گردد.

با توجه به تعاریف فوق روشن است که ملاک در همه آنها فوریت امر است. بنابراین باید معلوم شود که امر از امور فوری باشد تا دستور موقت در آن باب صادر گردد و این بر عهده دادگاه و مرجع درخواست دستور موقت است که آن را تشخیص، احراز و صادر کند.

در تعریفی جامع از دستور موقت و با توجه کامل به متون قانونی و ارکان و شرایط صدور دستور موقت میتوان به تعریف زیر اشاره نمود: «دستور موقت، قراری است موقتی، تبعی و تأمینی که با درخواست خواهان و پس از انجام دادرسی فوری از سوی مرجع صلاحیت‌دار در موارد فوری و اضطراری و در جهت دعوی و خواسته اصلی و عندالاقضاء پس از اخذ تأمین مناسب به طرفیت و بر علیه خواننده دعوی (اعم از اصلی و تقابل و...) صادر و بعد از تأیید رئیس حوزه قضایی به مرحله اجراء در خواهد آمد. موضوع دستور موقت توقیف اموال، الزام به انجام و یا منع از انجام امری توسط خواننده است.» (نهرینی، ۱۳۹۰: ۳۳ و ۳۴). این تعریف شامل کلیه مواردی است که باید برای صدور دستور موقت رعایت گردد. از جمله آن تنظیم رأی به شکل قرار است این قرار از دادگاهی درخواست می‌شود که باید با توجه به قواعد صلاحیت ذاتی و نسبی رسیدگی به اصل دعوا را داشته باشد.

همچنین دادگاه مکلف به اخذ تأمین است که اگر به صورت واهی درخواست دستور موقت گردیده و از اجرای این دستور خساراتی به خواننده دستور موقت وارد شد، همچنین اگر به قصد تأخیر در دعوا درخواست شود بعد از رفع اثر از آن جبران خسارت از محل تأمین امکانپذیر باشد. از جهت اجرا هم نیاز به تأیید رئیس حوزه قضایی دارد. این تأیید فقط از لحاظ اجرا مدنظر واقع شده است و از لحاظ صدور دستور موقت

نیازی به تأیید ندارد.

در حقوق کشورهای دیگر از اصطلاح دادرسی فوری نام برده نشده است. ولی برای دستور موقت در حقوق آمریکا اصطلاح injunction (قرار انسداد) است که قرار دادگاه دائر بر انجام امری (الزام به انجام دادن) یا منع کردن از عمل را گویند. برای تحصیل دستور موقت، مدعی باید اثبات کند که هیچگونه جبران صریح، کافی و کاملی در قانون (حقوق نوشته یا رویه قضایی) وجود ندارد و اینکه به آسیب و زیانی غیر قابل جبران منجر خواهد شد مگر اینکه خواسته مزبور (دستور موقت) صادر و اعطاء گردد (نهرینی، ۱۳۹۰: ۳۷). همچنین دستور موقت^۱ به عنوانی که دستور و قرار مشخص مطابق با شرایط پرونده، با دستور دادن به عملی که دادگاه به عنوان ضرورت حصول به عدالت لازم تلقی می‌کند، یا ممنوع کردن عملی که به نظر می‌رسد مغایر با انصاف و وجدان سلیم می‌باشد، تعریف شده است (Brayan, 2001: 800).

در حقوق انگلستان همین تعبیر از دستور موقت تحت عنوان injunction آمده، در انگلستان معتقدند که دستور یا قرار موقت، جبرانی به شکل و فرم قرار و دستور دادگاه است که به شخص خاصی خطاب می‌گردد که یا او را از انجام دادن یا ادامه انجام عمل خاصی ممنوع می‌کند^۲، یا به او دستور می‌دهد تا عمل خاصی را انجام دهد.^۳ کاربرد قرار موقت در حقوق انگلستان و آمریکا تقریباً به همان ترتیب و تعبیری است که در حقوق ایران از حیث صدور قرار دائر بر انجام یا منع انجام امری، وجود دارد (ماده ۳۱۶ ق.ج.)، (نهرینی، ۱۳۹۰: ۳۷). با توجه به قوانین و حقوق کشورهای مختلف و همچنین حقوق کشور ایران برای اینکه دادگاه‌ها بتوانند دستور موقتی را که خواهان تقاضا کرده صادر کنند باید فوریت را احراز و اثبات کنند. فوری بودن از اصول مهم صدور دستور موقت و عنصر اصلی است و تقریباً در حقوق اکثر کشورها پذیرفته شده است.

در حقوق ایران برای فوریت معیار مناسب و دقیقی در نظر گرفته نشده است و تشخیص آن را فقط بر عهده قاضی و دادگاه رسیدگی کننده به دستور موقت نهاده است که با تشخیص خود آن را احراز و دستور را صادر می‌کند. تشخیص فوری بودن

1- injunction

2- A prohibitory injunction state of America-page 800

3- Amaad ator injunction

دستور موقت جنبه شخصی دارد، طوری که تشخیص امور فوری در شرایطی با فرد دیگر متفاوت باشد و قاضی دیگر را متقاعد و قانع نکند.

۲-۱. مفهوم داوری

امروزه با توجه به گسترش روابط و معاملات افراد با یکدیگر و بروز اختلاف از این روابط برای اینکه طرفین دچار تشریفات پیچیده و طولانی دادرسی در دادگاه نشوند و همچنین با هدف صرف وقت کمتر و هزینه‌های کمتر نسبت به دادگاه‌های دادگستری اختلافات خود را به داوری ارجاع می‌دهند.

این ارجاع اختلاف به داوری در صحنه بین‌المللی بین تجار بیشتر مورد پذیرش واقع شده، چرا که رسیدگی در محاکم معمولاً و علی‌الاصول به طور علنی برگزار می‌گردد. به همین دلیل تجار برای اینکه دیگران از اسرار تجاری آنها اطلاع نداشته باشند اختلافات خود را به داوری ارجاع می‌دهند. ارجاع اختلافات به داوری می‌تواند طی یک قرارداد جداگانه و نیز درج شرط ضمن عقد اصلی باشد. بدین صورت که اگر اختلافی حاصل شد داور یا مرجع داوری صالح به رسیدگی باشد. برای اینکه حل اختلافات توسط داوری به طور صحیح صورت گیرد حقوق کشورهای مختلف به وضع قوانین داوری پرداختند و داوری ضابطه‌مند شد. از داور و داوری تعاریف مختلفی شده است از جمله آن در تعریفی از داور: «در تداول عامیانه قاضی را گویند. اصطلاحاً کسی است که سمت قضاء ندارد ولی در مراعات طبق مقررات رسیدگی می‌کند و فصل خصومت می‌نماید.» (لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۵۳). داوری در قرآن و فقه ریشه دارد همچنانکه خداوند در آیات متعددی فرموده که در صورت بروز اختلاف داوری انتخاب کنید. از جمله آیات، آیه ۶۸، آیه ۳۵ و آیه ۹۵ سوره نساء است. در آیه ۳۵ می‌فرماید: «و اگر بیم داشتید که میان آنها [زن و مرد] شقاق حاصل می‌شود پس داوری از خاندان مرد و داوری از خاندن زن بر انگیزید که اگر اراده اصلاح داشته باشند خداوند میان آنها سازش می‌دهد» (قرآن کریم، آیه ۳۵ سوره نساء).

داوری عبارت است از فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آنها را در این جهت انتخاب نموده باشند

(شمس، ۱۳۸۶: ۵۰۲/۳). قانون‌گذار در تعریف داوری در ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوّب ۱۳۷۶ اعلام نموده: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی». در قسمت دوم ماده قانون‌گذار داوری بین‌المللی را تعریف نموده: «داوری بین‌المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد» (قانون داوری تجاری بین‌المللی، ۱۳۷۶، ماده ۱). در این تعریف معیار تابعیت، برای اینکه داوری بین‌المللی شناخته شود در نظر گرفته شده است، اما تعریفی جامع و مانع با توجه به ارکان موجود در مقررات داوری ایران می‌تواند چنین ارائه شود: داوری عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم توسط شخص یا اشخاصی که اطراف دعوی معمولاً آنها را به تراضی انتخاب می‌کنند یا مراجع قضایی به نمایندگی از سوی اطراف دعوی برمی‌گزینند» (اسدی نژاد، ۱۳۷۸: ۳). همان‌طور که گفته شد داوری رسیدگی به اختلاف طرفین در غیر از مراجع قضائی است بطوری که فصل خصومت کامل و صحیحی صورت می‌گیرد.

داوری در ادبیات انگلیسی تحت عنوان Arbitration آمده است. داوری در حقوق ایران در قانون قدیم آیین دادرسی مدنی طی مواد ۶۳۲ الی ۶۸۰ آمده بود. بعد از آن با تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوّب ۱۳۷۹ شرایط و ارکان داوری طی مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱ بیان گردید. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوّب سال ۱۳۷۶ با اقتباس از قانون نمونه داوری آنسیترال مصوّب ۱۹۸۵ در جهت پیشبرد اهداف بین‌المللی تصویب شد. تصویب قانون نمونه آنسیترال در جهت متحد کردن قواعد و قوانین داوری کشورهای مختلف بود. تا قبل از الگوبرداری ایران از قانون نمونه دعوای داوری تجاری بین‌المللی بر اساس مواد مربوط به داوری در قانون آیین دادرسی رسیدگی می‌شد که بعد از تصویب آن براساس قانون نمونه، دعوای داخلی از بین‌المللی جدا شد.

۲. صدور دستور موقت در داوری

قانون داوری تجاری بین المللی ایران در مواد ۹ و ۱۷ آن برای داور اختیار صدور دستور موقت را در نظر گرفته است. طبق ماده ۹ قانون داوری تجاری بین المللی: «هر یک از طرفین، قبل یا حین رسیدگی داوری می‌تواند از رئیس دادگاه موضوع ماده (۶) صدور قرار تأمین و یا دستور موقت را درخواست نماید.» با توجه به بند ۱ ماده ۶ «... تا زمانی که مقرر داوری مشخص نشده، به عهده دادگاه عمومی تهران است». واضح است داور و مرجع داوری زمانی صالح به رسیدگی است که مرجع داوری تشکیل شده و داور مسوول رسیدگی باشد و اختلاف به او ارجاع شده باشد. این ماده مؤید این معنا است که قبل از اینکه داوری تشکیل گردد فقط باید از دادگاه صالح دستور موقت را درخواست نمود.

۱-۲. موافقتنامه داوری و دستور موقت

در ماده ۹ قانون داوری تجاری بین المللی در ابتدا آورده شده «موافقتنامه داوری و قرار تأمین یا دستور موقت»، به این معنا که صدور و تقاضای دستور موقت و یا اقدامات تأمینی می‌تواند مورد توافق طرفین قرار گیرد. طرفین دادرسی جهت صدور دستور موقت توسط داور صلاحیت داور را تحت تأثیر توافق خودشان قرار می‌دهند. ماده ۹ با عبارت «قبل یا حین رسیدگی» اجازه داده که از مرجع داوری حتی زمانی که داوری شروع نشده است و اشتغال پیدا نکرده تقاضای صدور دستور موقت انجام گیرد و اشکالی نخواهد داشت. اما مطابق نظری اکنون صلاحیت موازی دادگاه‌های داخلی و مراجع داوری برای صدور دستور موقت و قرارهای موقت و حمایتی پذیرفته شده است (علیزاده، ۱۳۸۶: ۶). دستور موقت در حقوق ایران در صلاحیت دادگاه ملی قرار دارد و برای داور اختیاری در صدور دستور موقت در نظر گرفته نشده است. ارجاع اختلاف به داوری هم به صورت قرارداد داوری جداگانه و هم بصورت شرط ضمن عقد اصلی صورت می‌گیرد. در این حالت قبل از اینکه اختلافی حاصل شود و یا پس از بروز اختلاف، درخواست کننده از داور و مرجع داوری تقاضای صدور دستور موقت می‌نماید.

۱-۲. اختیار داوران جهت صدور دستور موقت

مرجع صدور دستور موقت بر طبق قوانین ملی اکثر کشورها دادگاه‌ها هستند. معمولاً قوانین داوری داخلی از جمله قانون آیین دادرسی مدنی ایران به داوران اجازه صدور دستور موقت را نمی‌دهند. این صلاحیت برای دادگاه و قضات داخلی به صورت اختیار اضافی بوده و به طور معمول در اختیار قاضی است که اقتدار بیشتری دارد. قاضی اقتدار خود را از دولت می‌گیرد. درخواست دستور موقت را از دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد چه قبل از اقامه اصل دعوا چه بعد از اقامه دعوا و همچنین ضمن اقامه ی دعوا می‌توان تقاضا نمود؛ صدور دستور موقت نیز با احراز فوریت موضوع و رسیدگی به آن توسط قاضی صادر می‌شود.

در ماده ۱۷ قانون تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ این اختیار و صلاحیت برای داور و مرجع داوری در نظر گرفته شده است که دستور موقت صادر کند. ماده ۱۷ قانون داوری تجاری ایران با الگو برداری از قانون نمونه داوری آنسیترال به مرجع داوری این اختیار را اعطاء نموده است. حکم این ماده تکمیلی است و با تصریح و یا منع طرفین تغییر پذیر است، در ادامه این ماده آمده «مگر آنکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند» در این مورد صلاحیت دادگاه در امور فوری باقی می‌ماند و تنها در قراردادهای مشمول قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌تواند دستور موقت صادر نماید (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۲۲۹-۲۳۷). البته آنچه در این ماده ذکر شده به صورت آمره نیست، باید گفت طرفین قرارداد داوری قبل از اینکه دعوا را به داوری ارجاع دهند می‌توانند توافق کنند که داور صلاحیت صدور دستور موقت و یا اقدامات تأمینی را در جهت حفظ حقوق طرفین یا یکی از آنها نداشته باشد. اینکه قاعده آمره نیست به این جهت است که علی-الاصول داوری و رسیدگی‌های داوری اختیاری است. اصل حاکمیت اراده نیز این توانایی را برای طرفین اختلاف ایجاد کرده و توافق نسبت به آن را امکان پذیر دانسته است.

اقدامات تأمینی و موقت می‌تواند تدبیری باز دارنده و جبرانی مهم در داوری-های بین‌المللی باشند. (VonUden Maritime, 1998: 37) اثر این اقدامات توزیع خطر و مشکلات ناشی از اقامه دعوا و طول مدت دعوای اصلی بین طرفین می‌باشد، به گونه‌ای که خطرات و سختی‌هایی را که به طور معمول برای یک طرف دعوا وجود

دارد (طرفی که درخواست اقدامات موقت را می‌کند) ، به طرف دیگر نیز انتقال می‌دهد (Holtzman, 1999: 542). در متن ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی فقط از لفظ دستور موقت سخن گفته شده و این به‌نظر محدود کردن اختیار مرجع داوری نیست (علیزاده، ۱۳۸۶: ۷). اما باید گفت دلیل ذکر دو اصطلاح در ماده ۹ قانون ایران شاید این باشد که آیین دادرسی مدنی ایران بین آن دو فرق می‌گذارد و نظر قانون‌گذار جدید بر صلاحیت دادگاه در هر دو مورد بوده است و این امر با قانون نمونه سازگار است (صفائی، ۱۳۷۷: ۱۲). در حقوق برخی کشورها مرجع داوری اختیار صدور دستورها و قرارهای موقت را ندارد یا حداقل اختیار آنها در این خصوص بسیار محدود است و تنها دادگاه‌ها عهده دار چنین اختیاری می‌باشند. تنها دادگاه‌ها اختیار و قدرت انحصاری حاکمیتی دارند که پیش از رسیدگی به ماهیت دعوا، بر طرفین آن اعمال اصلاح نمایند (نیکبخت، ۱۳۸۰: ۲۵۸). در کنوانسیون-های بین‌المللی از جمله کنوانسیون ۱۹۶۱ ژنو صدور دستور موقت برای مرجع داوری در نظر گرفته شده و تقاضای صدور این قرار از مرجع داوری امکان‌پذیر است و همچنین تقاضای از مقامات قضایی مانع‌الجمع با قرارداد داوری نیست (Sammartano, 1992: 352).

اما بعد از اینکه مرجع داوری تشکیل و داور صالح به رسیدگی اختلاف طرفین داوری گردید، بعضی قواعد و قوانین داوری در مقررات خود نصی را در نظر گرفته تا داور بتواند با درخواست ذینفع، دستور موقت صادر کند. از جمله این قواعد داوری ماده ۴۷ مقررات داوری وایپو مقرر میدارد مرجع داوری و یا دادگاه‌های کشور مرتبط می‌توانند اقدام به صدور دستور موقت نمایند ولی چنین دستوری به‌طور متمرکز و به شکل بی طرفانه و محرمانه باید صادر گردد. (http://Arbitar.WIPO.Int (Guide to wipo arbitraition) به نظر می‌رسد به‌طور همزمان هم برای دادگاه‌ها و هم برای داوران این اختیار صدور دستور موقت وجود داشته باشد. البته باید گفت چون صدور دستور موقت در صلاحیت دادگاهی است که به اصل دعوا رسیدگی می‌کند ، در صورت وجود موافقتنامه داوری و رجوع به داور جهت گرفتن دستور موقت ، امکان صدور دستور در این مورد، هم از دادگاه و هم از

داور غیر ممکن می‌شود (شمس، ۱۳۸۶: ۵۴۵/۳).

البته درخواست دستور موقت از مرجع داوری صرفاً زمانی ممکن است که مرجع تشکیل شده باشد. ولی از دادگاه به علت حضور همیشگی که دارند تقاضای دستور موقت به طور مداوم امکان‌پذیر است (مافی و پارسافر، ۱۳۹۰: ۱۱۵). در آیین دادرسی بین‌المللی حق صدور دستور موقت توسط داوران به رسمیت شناخته شده است. ماده ۲۶ آنسیترال (مقررات پیشنهادی کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد UNCITRAL) در خصوص داوری مقرر می‌دارد: «۱- دیوان داوری می‌تواند بنا به درخواست هر یک از طرفین هرگونه اقدامات موقتی را که با تشخیص خود در ارتباط با موضوع مورد اختلاف لازم باشد به عمل آورد منجمله اقدامات مربوط به حفظ و نگهداری کالاهای فاسد نشدنی. ۲- اینگونه اقدامات موقت را می‌توان با صدور قرار موقت انجام داد دیوان داوری محق خواهد بود که سپردن وثیقه‌ای را بابت هزینه‌های اقدامات مزبور مقرر دارد. ۳- درخواست انجام اقدامات موقت که توسط هر یک از طرفین از مقامات قضائی به عمل آید نباید به منزله درخواستی مغایر با موافقتنامه داوری یا انصراف از آن موافقتنامه تلقی شود». این ماده اختیار صدور دستور موقت را به صراحت برای داور و یا مرجع داوری در نظر گرفته و در مواردی برای داور حق صدور دستور موقت ذکر شده است. برخی حقوقدانان این مقررات را در حقوق ایران به رسمیت نمی‌شناسند و دلیل می‌آورند که مقررات دادرسی فوری و صدور آن خلاف اصل حاکم بر مقررات دادرسی می‌باشد و اصولاً جهت اعمال آن احتیاج به نص صریح قانونگذار می‌باشد. باید گفت که قانون آیین دادرسی مدنی جزء قواعد آمره هستند و باید در حدود نص نسبت به این قواعد رفتار شود و نه فراتر از آن. از طرفی بدلیل اینکه داوری دارای مبنایی قراردادی و توافقی است می‌توان حق صدور دستور موقت را برای داور در نظر گرفت.

در قانون داوری تجاری بین‌المللی در ماده ۹ آن ابتدا آورده شده موافقتنامه داوری و قرار تأمین یا دستور موقت؛ به این معنا که صدور و تقاضای دستور موقت و یا اقدامات تأمینی می‌تواند مورد توافق طرفین قرار گیرد و طرفین دادرسی بر این امر که داور بتواند یا نتواند دستور موقت صادر کند توافق نموده و صلاحیت او را تحت تأثیر توافق

خود قرار می‌دهند. برخی از حقوقدانان معتقدند با توجه به عدم وجود چنین نصی در خصوص داوری نمی‌توان آن را برای داوران مجاز دانست و اصولاً با توجه به شیوه عمل و نحوه اجرای رأی داور وجود چنین موضوعی بعید به نظر می‌رسد و در تمام موارد تقاضای دستور موقت خطاب به دادگاه می‌باشد (ادریسیان، ۱۳۸۰: ۶۷-۶۸). از طرفی دیگر عدم وجود چنین نصی می‌تواند جهت صلاحیت داور برای صدور دستور موقت نیز تفسیر شود (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۰). عده‌ای نیز معتقدند اگر فوریت اقتضا کند و شرایطی به وجود آید، هر چند اختیار صدور دستور موقت برای داور تفویض نشده باشد طرفینی که رسیدگی به دعوی آنان در صلاحیت مرجع داوری است می‌توانند با مراجعه به دادگاه صالح درخواست صدور دستور موقت نمایند (عابدیان، ۱۳۸۶: ۱۴).

اداره حقوقی دادگستری در نظریه مشورتی خود عدم وجود چنین حقی را برای داوران متذکر شده است: «صدور دستور موقت با توجه به مواد ۷۷۰ [سابق] به بعد قانون آیین دادرسی مدنی اختصاص به دادگاه صالح دارد و در موارد مربوط به داوری برای داوران چنین اختیاری قید نشده است»^۱. باید گفت اگرچه قانون آیین دادرسی مدنی در امکان صدور دستور موقت توسط داور صریح نیست ولی بدلیل فقدان دلیل قوی بر منع آن چنین اختیاری را می‌توان برای داوران شناخت (جنیدی، ۱۳۷۸: ۱۵۰).

اما باید گفت با وجود اینکه نصی جهت ممانعت داوران از صدور دستور موقت وجود ندارد می‌توان قائل بر این بود که داوران حق صدور دستور موقت را دارا می‌باشند. همچنین عدم وجود چنین مقرره‌های را می‌توان بدیهی بودن این امر دانست، زیرا از آنجایی که مرجع داوری صلاحیت رسیدگی به انواع دعاوی و اختلافات را دارند در نتیجه می‌تواند به امور فوری نیز رسیدگی نمایند.

۲-۱-۲. عدول از موافقت‌نامه داوری

یکی از ایرادات و معایب دستور موقت صادره توسط داور و مرجع داوری این است که ضمانت اجرای خوبی جهت اجرای صحیح آن وجود ندارد. یکی از دلایلی که خواهان قرار دستور موقت را از دادگاه با وجود موافقت‌نامه داوری تقاضا می‌کند، این است که

۱- نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری، ۷/۱۱۵۹۷، ۱۳۷۱/۱۱/۹.

دستور موقت صادره از ضمانت اجرای کافی برخوردار نیست (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۳۷). این عیب در دستور موقت صادره توسط داور باعث می‌شود طرفی که تقاضای دستور موقت را دارد برای اینکه دچار اشکال در اجرای آن نشود با تشکیل مرجع داوری حتی هنگام رسیدگی به موضوع در مرجع این تقاضا را از دادگاه صالح انجام و خود آن را اجرا کند. باید گفت بدلیل قدرت اجبارکنندگی دادگاه که به مراتب بیشتر از داور و مرجع داوری است، این شبهه وجود دارد که با تقاضای خواهان دستور موقت از دادگاه هنگام رسیدگی داوری از موافقتنامه و یا قرارداد داوری عدول می‌شود؟ اما می‌توان قواعد و مقررات دیوان‌های داوری را بررسی کرد که اگر از دادگاه تقاضای صدور دستور موقت شود قرارداد داوری لغو و از بین نمی‌رود و به حیات خود ادامه می‌دهد.

در قانون نمونه ماده ۱ و ۲۶ مقررات آنسیترال و همچنین ماده ۲۳ مقررات آی.سی.سی در همین راستا وضع شده است. به این مبنا که اگر از دادگاه با توجه به رسیدگی‌های داوری تقاضای صدور قرار دستور موقت شود این امر به معنای الغای موافقتنامه داوری نیست و رویه متداول داوری‌های بین‌المللی نیز بر بقاء صلاحیت مرجع داوری در رسیدگی ماهوی بعد از صدور قرار تأمین است (David, 1984: 22) باید گفت که اصل استقلال طرف (ذینفع) حکم می‌کند (Hornig, 1990: 15) که با وجود تشکیل مرجع داوری ذینفع بتواند به جای مراجعه به داوران از دستگاه قضائی تقاضای صدور دستور موقت نماید و این امر به معنای اعراض از صلاحیت داوری نیست (Fouchard, 1996: 1309). در اغلب قواعد داوری ضمن اعطای حق صدور دستور موقت به داور، به معنای اعراض از صلاحیت مرجع داوری و عدول از موافقتنامه داوری نیست (مافی و پارسا، ۱۳۹۰: ۱۱۵). اینکه با وجود موافقتنامه داوری از دادگاه تقاضای صدور دستور موقت شود، این به معنای الغای قرارداد داوری نیست که در ماده ۹ قانون داوری نمونه آنسیترال هم آورده شده است. همچنین وفق مقررات داوری تجاری بین‌المللی ایران با الگوبرداری از قانون نمونه آنسیترال درخواست یکی از طرفین به دادگاه دادگستری برای صدور دستور موقت و یا حتی اجرای آن مغایر با موافقتنامه داوری محسوب نمی‌گردد. در این ماده فقط عبارت «... معارض موافقتنامه داوری نخواهد بود.» با تسامح توسط قانون گذار قید

نشده است (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸ : ۲۷). علاوه بر این چنانچه مرجع داوری به درخواست ذینفع اقدام به صدور دستور موقت نماید در این صورت متقاضی می‌تواند درخواست خود را به دادگاه صلاحیتدار بدهد.

اما در جایی که فرآیند داوری تشکیل شده و یکی از طرفین، اختلاف خود را با وجود موافقتنامه داوری در دادگاه مطرح می‌کند و دادگاه صلاحیت دار نسبت به موضوع و وجود موافقتنامه و داوری بی اطلاع است، به رسیدگی خود ادامه می‌دهد. اگر طرف خواننده نسبت به این امر ایرادی نکند که بین او و خواهان موافقتنامه داوری وجود دارد دادگاه رسیدگی را ادامه می‌دهد، باید گفت طرفین در این مورد توافق ضمنی در عدول از موافقتنامه داوری انجام داده‌اند. اما اگر ایراد کند که موافقتنامه داوری وجود دارد دادگاه قرار عدم صلاحیت صادر خواهد کرد. همچنین در رأی صادره از شعبه ۳ و ۲۳ دیوان عالی کشور ممنوعیت قاضی به رسیدگی را در زمان اطلاع او از موافقتنامه داوری اعلام شده است.^۱

در این زمینه ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «دادگاهی که دعوای موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل و ملغی الاثر یا غیر قابل اجرا می‌باشد. طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی داوری نخواهد بود». بدین ترتیب این ماده بیان می‌کند با ایراد خواننده دعوا تا پایان اولین جلسه، دادگاه ملزم است که دعوا را به داوری احاله و از رسیدگی صرف‌نظر نماید. صلاحیت دادگاه به محض حصول توافق طرفین بر داوری یا در صورت وجود موافقتنامه داوری لزوماً متوقف شده مگر اینکه دادگاه احراز کند موافقتنامه داوری باطل یا ملغی الاثر یا غیر قابل اجراست (سروری مقدم، ۱۳۸۹ : ۱۳۷). وجود این مقرر در داوری بین‌المللی سبب ایجاد تحولی نو در سیر قانونگذاری و حقوق ایران نمود، بطوری که جهت فیصله دادن به تعارض در روبه قضایی نیز می‌توان از ملاک این ماده استفاده کرد.

۱- حکم شماره ۱۵۹-۱۳۲۲/۸/۲۶ از شعبه ۳ دیوان عالی کشور و حکم شماره ۲۳/۳۸۸ مورخ ۱۳۶۹/۷/۳ از شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور

همچنین مداخله دادگاه با وجود موافقتنامه داوری که شیوه سریع و کم هزینه حل و فصل اختلافات است در برخی موارد الزامی است، اما این نگرانی را دارد که سبب طولانی تر و پر هزینه تر شدن فصل خصومت و بی حاصل شدن انعقاد موافقتنامه داوری گردد (شمس، ۱۳۸۲: ۱۴).

برای صدور دستور موقت نیاز به حضور طرف مقابل یعنی طرفی که دستور موقت علیه او صادر شده، نیست. حتی در مواردی دستور موقت به طرف مقابل ابلاغ نیز نمی‌شود. ولی در بعضی قواعد داوری اعمال اقدامات تأمینی و موقت توسط مرجع بدون اطلاع طرف مقابل را غالباً غیر متناسب تشخیص داده می‌شود (نیکبخت، ۱۳۸۰: ۲۹۳). برخی از قواعد و قوانین داوری استماع اظهارات دو طرف را برای صدور دستور یا قرار موقت الزامی می‌دانند و از جمله این قواعد، قواعد داوری ایکسید (امکانات اضافی) مقرر می‌دارد دیوان باید تنها پس از اینکه به هر یک از طرفین فرصت استماع داده شد، اقدامات موقت را توصیه نماید یا توصیه‌هایش را تعدیل یا لغو کند.^۱ در رسیدگی‌های داوری هم همانند دادگاه‌ها باید رعایت اصل تناظر صورت گیرد. اگر مرجع داوری یا داور بخواهد در مورد صدور دستور موقت اصل را رعایت کند، با مقتضای دستور موقت که رسیدگی در امور فوری است منافات خواهد داشت و به طول می‌انجامد. به همین جهت بیشتر نظام‌های حقوقی ضمن اینکه اختیار صدور دستور موقت را برای داور در نظر گرفته‌اند نیز این امکان را برای طرفین داوری نیز قائل شده‌اند که از دادگاه‌های دولتی صدور دستور موقت را تقاضا کنند (نیکبخت، ۱۳۸۰: ۲۵۹).

این از علت‌هایی است که اگر مرجع داوری بخواهد مثلاً، با استماع اظهارات متقاضی دستور، دستور موقت را صادر کند، مدتی مدید طول خواهد کشید و باعث بروز خسارت می‌شود، در این صورت از دادگاه تقاضای صدور دستور موقت را انجام دهد. با وجود اختیار مرجع داوری در صدور دستور موقت غالباً در عمل طرفین چنین دستوراتی را از دادگاه‌های دولتی تقاضا نمی‌کنند. البته این می‌تواند دلایل دیگری هم داشته باشد، از جمله اینکه هنوز مرجع داوری و فرآیند آن تشکیل نشده باشد و اختیار صدور دستور هنگام تنظیم موافقتنامه داوری به مرجع داده نشده باشد و این اختیار را

نداشته باشد. جبران فوری یا اضطراری ضروری است که با تشکیل داورى به سرعت و فوریت ممکن نیست، همچنین مواردی حاصل می‌شود که اطلاع و حضور طرف مقابل برای صدور دستور موقت ضروری است و از مهم‌ترین دلیلی که طرفین داورى حتی با تشکیل داورى و شروع رسیدگی از دادگاه درخواست دستور موقت می‌کند. این است که در مواقعی لازم است بعد از صدور و هنگام اجرای دستور موقت دادگاه و مداخله آن احتیاج باشد و بخاطر همین وضعیت و جلوگیری از طولانی شدن رسیدگی و سرعت بیشتر در کار مستقیماً از دادگاه تقاضای دستور موقت می‌کنند (همان: ۲۹۶).

این اختیار مبنی بر اینکه طرفین حق درخواست دستور موقت را با رسیدگی داورى از دادگاه را دارند در قانون داورى هلند نیز آورده شده است. بند ۲ ماده ۱۰۲۲ این قانون مقرر می‌دارد: «۲- قرارداد داورى مانع یکی از طرف‌ها نمی‌شود که از دادگاه تقاضای اقدامات تأمینی را بنماید، یا به رئیس دادگاه بخش که وفق ماده ۲۸۹ بر اساس دادرسی اختصاری رسیدگی می‌نماید رجوع نماید، چنین رئیس دادگاهی در این حالت با رعایت ماده ۱۰۵۱ رسیدگی خواهد کرد». از سیاق این ماده معلوم است، قرارداد داورى موجود بین طرفین و یا حتی در صورت وجود شرط داورى هم می‌توانند از دادگاه تقاضای دستور موقت را انجام دهند و مانعی تحت عنوان قرارداد داورى وجود نخواهد داشت. البته این دستور و اقدامات تأمینی در عمل عبارت از دستور توقیف احتیاطی اموال بدهکار یا دین ثالث به بدهکار به وسیله طلبکار است. اما مرجع داورى صلاحیت صدور توقیف اموال را ندارد و رسیدگی در دادرسی اختصاری مصروف به صدور دستورهای موقت از ناحیه رئیس دادگاه بخش در صورت فوریت امر می‌شود که این دستورها تأثیری در تصمیم ماهوی ندارد (کلانتریان، ۱۳۷۴: ۳).

اینکه تصمیم بعضی دستورها را در اختیار رئیس دادگاه بخش قرار داده است به نظر تا حدودی شبیه حقوق داخلی ایران در باب دستور موقت است. ماده ۳۲۵ و تبصره ۱ آن از آیین دادرسی مدنی دستور موقت را منوط به تأیید رئیس حوزه قضایی قرار داده است. البته این قسمت از حقوق داخلی از لحاظ اجرای دستور می‌باشد که حتی در حقوق داخلی هم دچار نواقصی است. از قبیل اینکه وقتی دستور صادر می‌شود و دادگاه و قاضی رسیدگی کننده فوریت را احراز کرده است دیگر چرا باید منوط به تأیید

فرد دیگری باشد که ممکن است حتی آن را مورد تأیید نیز قرار ندهد که بنظر وجود آن خلاف مقتضای فوری بودن موضوع است.

بند ۱ ماده ۱۰۵۱ قانون داوری هلند تحت عنوان داوری اختصاری آمده: «۱- در محدوده‌های پیش بینی شده در بند ۱ ماده ۲۸۹، طرفها میتوانند با توافق یکدیگر به دادگاه داوری یا به رئیس آن اختیار رسیدگی اختصاری را تفویض نمایند.»

طرفین اختلاف می‌توانند در خصوص ارجاع موضوع به داور یا دادگاه توافق کنند و اختلاف را در اختیار رئیس مرجع داوری قرار دهند تا نسبت به موضوع رسیدگی اختصاری صورت دهد. داوری اختصاری مشابه آنچه رئیس دادگاه بخش صلاحیت رسیدگی به آن را دارد، برای کسب دستور موقت در موارد فوری است و منتهی به صدور تصمیمی در ماهیت اختلاف نمی‌شود. مزیت این نوع داوری این است که سریعاً یک دستور موقت دائر به انجام یا خودداری از انجام کار را از داوری که به موضوع متنازع فیه اشراف دارد تحصیل نماید، چنین دستور موقتی می‌تواند مانند یک حکم داوری اجرا شود (همان: ۲۴). باید گفت ملاک صدور دستور موقت همانند حقوق ایران فوریت است، به طوری که تعیین تکلیف در آن مورد به صورت سریع و خارج از نوبت باید انجام گیرد.

۳-۱-۲. زمان صدور دستور موقت

امکان تقاضای دستور موقت قبل از شروع و همچنین در طول جریان داوری امکان‌پذیر است. بعضی از مقررات و قواعد داوری امکان درخواست این تقاضا برای صدور دستور موقت را محدود به مواقع خاصی کرده‌اند. در قواعد داوری آنسیترال ماده (۳) ۲۶ آن هیچ محدودیتی از نظر زمانی برای تقاضا و صدور دستور موقت قبل از رسیدگی یا بعد از رسیدگی وجود ندارد. در ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ قید قبل یا حین رسیدگی داوری به صراحت آمده که تقاضا را امکان‌پذیر می‌کند. اما در قواعد داوری آی.سی.سی بین زمان ارجاع پرونده به مرجع داوری و بعد از آن و تشکیل مرجع داوری تفاوت گذارده‌اند. این طور که قبل از ارجاع پرونده به مرجع داوری در هر شرایطی از دادگاه تقاضای صدور دستور موقت می‌شود. ولی پس از تشکیل داوری و

زمانی که پرونده به داوری ارجاع شد حق مراجعه به دادگاه محدود به شرایط یا اوضاع و احوال مقتضی است. همچنین این تقسیم بندی در قواعد داوری دادگاه بین‌المللی لندن از سوی قانون گذار لحاظ شده و تنها در موارد استثنایی پس از تشکیل داوری حق مراجعه به دادگاه برای تقاضای دستور موقت وجود دارد (نیکبخت، ۱۳۸۰: ۲۹۸).^۱ به وضوح بعد از تشکیل داوری حق صدور دستور موقت در اختیار مرجع داوری و داور است. مرجع داوری در هر صورت اختیار اعمال انواع مختلف اقدامات موقت (دستورات موقت) را دارد (Derains, 1998: 276).

البته معیاری برای این شرایط استثنائی^۲ و اوضاع و احوال مقتضی^۳ در این قواعد داوری ایجاد نکرده‌اند تا معیاری مشخص و معین برای درخواست کننده دستور موقت باشد. باید گفت با توجه به خود محتویات و شرایط پرونده و وقایع ایجاد شده در طی رسیدگی این تقاضا از مرجع داوری و یا دادگاه صورت خواهد گرفت. در برخی سیستم‌های حقوقی قواعدی صریح مبنی بر اینکه از مرجع داوری یا از دادگاه دستور موقت تقاضا شود، وجود ندارد. در این موارد اکثر قضات بر این نظرند که باید به موازات دادگاه برای داور و مرجع داوری نیز اختیار صدور دستور موقت قائل شد.

ماده ۹ قانون داوری نمونه آنسیترال که قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران از آن متأثر است، در ماده ۹ خود صلاحیت عام دادگاه‌ها (دادگاه‌های محل داوری) را برای اعمال دستورات موقت حمایتی مورد تأیید قرار داده است. رجوع یکی از طرفین به این دادگاه‌ها مغایر موافقت‌نامه داوری نمی‌باشد. پس در هر صورت این اختیار و صلاحیت برای دادگاه با وجود موافقت‌نامه داوری محسوب است. طرفین یک قرارداد داوری می‌توانند دادگاه را از صدور دستور موقت منع کنند به این دلیل که داوری مبنی بر اختیار و توافق طرفین است. ولی این توافق باید صراحت داشته و گرنه همین که شرط داوری وجود داشته باشد باعث منع دادگاه از صدور دستور موقت نخواهد بود.^۴

1. Icc Arbitration Rules, Article 23(2) & Article 25(3) London Arbitration

2. Exceptional cases

3. Appropriate Circumstances

۴- در پرونده SPAMantavani V. caparelli شرط داوری مقرر می‌کرد که هیچ یک از طرفین «دعوا یا اقدامات حقوقی دیگری علیه طرف مقابل اقامه نخواهد کرد، مگر اینکه چنین اختلافی ابتدا توسط داوران استماع و تصمیم‌گیری شده باشد».

باید گفت تأثیر این توافق بستگی به قانون قابل اعمال بر داوری دارد. در حقوق ایران صدور دستور موقت از صلاحیت‌های ذاتی و عام دادگاه‌ها می‌باشد، اینکه برخلاف آن توافقی شود خلاف قواعد آمره می‌باشد. ولی در خصوص قانون داوری تجاری ایران در ماده ۱۷ آمره نیست و توافق برخلاف آن امکان پذیر است و می‌توان با توافق از داوری صلاحیت صدور دستور موقت را گرفت.

صلاحیت مرجع داوری با وجود موافقتنامه داوری اصل است، در موارد استثنائی تقاضا از دادگاه صورت می‌گیرد که فرع محسوب می‌شود. اعمال دستور موقت توسط مرجع داوری بر دادگاهها برتری دارد و اختیارات دادگاهها محدود می‌شود به مواردی که حمایت و دستورات مؤثر توسط دیوان‌های داوری و داور میسر نیست (نیکبخت، ۱۳۸۰: ۳۰۶). باید گفت صدور دستور موقت توسط هر دو مرجع دادگاه و داوری حتی در صورت مخالفت مرجع دیگر منع قانونی نخواهد داشت. ولی مراجعه به دادگاه به ویژه در مواردی که هنوز محکمه داوری تشکیل نشده و یا صدور دستور موقت علیه شخص ثالث ضرورت پیدا می‌کند اهمیت خود را نمایان می‌سازد (2009: 267- S.Kroll، 270). در این گونه موارد ضعف داوری کاملاً آشکار و مشخص می‌گردد. اما باید گفت صلاحیت داور جهت رسیدگی به اختلاف ناشی از توافق طرفین است، بدین ترتیب هر اقدام لازم برای حل و فصل اختلاف را میتواند انجام دهد و شامل اقدامات تأمینی نیز می‌شود. (927-Gary, 2001: 923). بدین ترتیب در برخی موارد مداخله دادگاه دادگستری و حق مراجعه ذینفع به دادگاه در هر مرحله از داوری غیر قابل اجتناب است.

۲-۲. احراز فوریت توسط داور

مبنای صدور دستور موقت شرایطی است که نیاز به رسیدگی فوری دارد که باید به صورت سریع و خارج از موعد تصمیم‌گیری شود تا موضوع دستور موقت از بین نرود و خسارتی جبران‌ناپذیر برای ذینفع دستور موقت حاصل نشود. برای صدور دستور موقت خواهان آن باید فوریت موضوع را برای مرجع صدور دستور موقت (دادگاه یا داوری) مشخص و مرجع مذکور با احراز فوریت امر دستور را صادر خواهد کرد.

در حقوق داخلی برای احراز فوریت در قانون آیین دادرسی مدنی مواد ۳۱۰ و

۳۱۵ تشخیص آن را بر عهده دادگاه نهاده است. لیکن از معیار فوری بودن ملاکی در دسترس نیست. اما دادگاه با توجه به مواردی که خود در خواست کننده ارائه می‌دهد و تا چه حد برای دادگاه قانع کننده است به موضوع فوری رسیدگی و دستور مقتضی صادر می‌نماید. در مقررات داوری داخلی نصی در خصوص صدور دستور موقت نیامده، بالتبع در مورد فوریت هم بحث و موضوعی صورت نداده است. با توجه به اصل عام بودن صلاحیت دادگاه این امر شامل داوری نمی‌شود و صرفاً در صلاحیت دادگاه قرار می‌گیرد، در صورت تردید در صلاحیت داور یا مرجع داوری اصل بر عدم و صلاحیت دادگاه در این زمینه استصحاب می‌شود.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ در ماده ۱۷ تشخیص نوع دستور، موضوع و همچنین فوریت موضوع را بر عهده داوران نهاده و ضمناً اجازه داده که داوران تأمین بگیرند (مافی و پارسافر، ۱۳۹۰: ۱۱۶). تشخیص فوری موضوع بودن در اختیار داوران قرار داده شده و باز هم معیاری در این مورد در نظر گرفته نشده است. بنابراین، محل تردید است که مرجع داوری جهت صدور دستور موقت، معیار فوریت را با چه سنجشی انجام دهد تا لطمه‌ای به درخواست کننده دستور موقت و طرف مقابل آن وارد نیاید. خواهان دستور موقت نیاز است دلایل و مستنداتی را ارائه کند و بتواند با تمسک به آنها فوریت را احراز کند. فوریت ادعایی است که از طرف خواهان دستور موقت جهت صدور توسط دادگاه مطرح می‌شود و احتیاج به اثبات دارد. ادله اثبات دعوا در این خصوص و احراز فوریت موضوع کاربرد دارد (ادریسیان، ۱۳۸۰: ۹۵).

خواهان دستور موقت با استفاده از دلایلی که قانون احصاء نموده از جمله؛ ۱- اقرار ۲- سند ۳- شهادت ۴- قسم ۵- معاینه محلی ۶- تحقیق محلی ۷- ارجاع امر به کارشناس ۸- امارات، با استفاده و استناد به هر کدام از آنها فوریت را احراز نموده و دادرسی بر این اساس دستور موقت صادر نماید. دادگاه در خصوص احراز فوریت مقید به رعایت تمامی تشریفات و پیچیدگی‌های دعاوی ماهوی نمی‌باشد، زیرا اگر وارد همه مراحل رسیدگی و تمامی تشریفات شود موجب اتلاف وقت و زمان خواهد شد که جهت صدور دستور موقت مناسب به نظر نمی‌رسد و سبب اطاله دادرسی بوده، که با مقتضای فوریت مخالف است (ادریسیان، ۱۳۸۰: ۱۰۱).

قانون داوری تجاری بین‌المللی در ماده ۲۲ در خصوص درخواست و دفاعیه اعلام می‌دارد: «... طرفین می‌توانند کلیه مدارکی را که مرتبط تشخیص می‌دهند و یا فهرست مدارک یا سایر ادله‌ای که در نظر دارند بعداً تسلیم کنند همراه با درخواست یا دفاعیه خود تقدیم دارند». باید گفت که درخواست کننده هر نوع مدارکی را که در اختیار دارد می‌تواند ارائه دهد و از آنها استفاده کند. در رسیدگی‌های داوری توجه به ادله ابرازی طرفین مهم است و حتماً برای اینکه رسیدگی و اختلاف حل و فصل شود باید به این نکات توجه دقیق صورت گیرد. برای صدور دستور موقت در داوری می‌تواند برای احراز فوریت امر به دلایل ابرازی خواهان توجه و فوریت را احراز تا دستور موقت مدنظر درخواست کننده را صادر نماید. در هر صورت باید دلیل ارائه شده توسط درخواست کننده امر فوری مورد قبول داور واقع و سبب اقناع وجدانی او برای صدور دستور موقت گردد.

نتیجه‌گیری

طرفین موافقت‌نامه داوری می‌توانند برخی حقوق را برای داوران در نظر بگیرند و برخی حقوق را از داوران سلب نمایند. یکی از حقوقی که می‌توان برای داور در نظر گرفت صدور قرار دستور موقت است. دستور موقت اقدامی موقتی و گذرا و از امور اتفاقی و استثنائی است. این قرار در امور فوری که نیاز به تعیین تکلیف سریع دارد با احراز فوریت امر جهت حفظ حقوق خواهان دستور تا صدور رأی قطعی در خصوص موضوع صادر می‌گردد. در داوری داخلی چنین اختیاری برای داوران در نظر گرفته نشده و موضوع به سکوت برگزار شده است، اما با توجه به صلاحیت عام محاکم دادگستری و اصل عدم صلاحیت دادگاه استصحاب می‌شود و همچنین استثنائی بودن آن صدور این قرار در اختیار دادگاه‌ها قرار دارد. از طرفی عدم نص صریح در این خصوص سبب می‌گردد برای داوران چنین اختیاری را در نظر بگیریم و این امر می‌تواند بدلیل بدیهی بودن موضوع باشد، زیرا رسیدگی در داوری و حل و فصل اختلاف به دور از تشریفات دست و پا گیر مقررات آیین دادرسی انجام می‌گیرد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ با الگوبرداری از قانون نمونه

داوری آنسیترال به صراحت حق صدور دستور موقت را برای داور در نظر گرفته است. قانون‌گذار برای صدور دستور موقت همانند حقوق داخلی فوریت را ملاک قرار داده است، اما از ملاک فوریت صحبتی ننموده است. داوران همانند قضات در محاکم دادگستری جهت صدور دستور موقت باید فوریت امر را احراز نمایند. زیرا فوریت عنصر اصلی و ذاتی برای صدور دستور موقت است. بدین ترتیب درخواست کننده قرار می‌تواند جهت اثبات فوریت از ادله اثبات دعوا مصرح در مقررات مختلف استفاده نماید.

طرفین موافقتنامه داوری می‌توانند با توافق این اختیار را از داور سلب نمایند، طرفین اختلاف در اعمال این اختیار برای داور دارای اراده آزاداند. در برخی موارد طرفین اختلاف جهت اینکه احقاق حق آنها بهتر صورت گیرد، همچنین بدلیل اینکه دستور صادره از توان اجرائی مناسب برخوردار نیست، با وجود موافقتنامه داوری و حتی در فرآیند داوری یکی از طرفین از دادگاه صالح به اصل دعوا، تقاضای صدور دستور موقت را انجام می‌دهد؛ اما این تقاضا به معنای الغای موافقتنامه داوری موجود نیست و موافقتنامه داوری به حیات خود ادامه خواهد داد. باید گفت داوری دارای مبنایی قراردادی است به همین دلیل حتی با سکوت مقررات داوری این اختیار برای مرجع داوری با توافق طرفین امکان‌پذیر است.

این امر در اکثر قواعد و نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. صلاحیت همزمان دادگاه‌ها و داوران قابل قبول نیست، به این دلیل که نصی در داوری داخلی برای داوران وجود ندارد.

اما پیشنهاد می‌گردد با توجه به موضع مناسب قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که گامی مناسب در جهت اعتلای نهاد داوری در زمینه بین‌المللی برداشته، بنابراین بهتر است قانون آیین دادرسی مدنی در آن جهت اصلاح گردد، طوری که داوران داخلی نیز صلاحیت صدور دستور موقت را با توجه به نص و به صراحت دارا باشند. *

کتابنامه

منابع فارسی

اسدی نژاد، سید محمد، (۱۳۷۸)، *داوری تجاری بین‌المللی ایران و آنسیترال*، گیلان، انتشارات دانشگاه گیلان.

امیر معزی، احمد، (۱۳۸۷)، *داوری بازرگانی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

افتخار جهرمی، گودرز، (۱۳۷۸)، تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران و دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۷ و ۲۸ صص ۱۳-۴۴.

ادریسیان، محمدرضا، (۱۳۸۰)، *دستور موقت*، تهران، انتشارات ققنوس.

جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، *نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی*، تهران، چاپ اول، انتشارات دادگستر.

جنیدی، لعیا، (۱۳۷۸)، *نقد و بررسی تطبیقی قانون تجارت بین‌المللی*، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیست و یکم، تهران، انتشارات گنج دانش.

خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۱)، *داوری و رویه قضائی*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.

سروری مقدم، مصطفی، (۱۳۸۹)، مقایسه جایگاه دادگاه و داوری، تهران، *فصلنامه آموزه های حقوقی*، شماره ۱۳.

شمس، عبدالله، (۱۳۸۶)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات دراک.

شمس، عبدالله، (۱۳۸۹)، *ادله اثبات دعوا*، چاپ سوم، تهران، انتشارات دراک.

شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، موافقتنامه داوری و صلاحیت دادگاه، *مجله تحقیقات حقوقی*، تهران، نشریه دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۷.

صفائی، سید حسین، (۱۳۷۷)، سخنی چند درباره نوآوریها و نارسایی های قانون داوری تجاری بین

المللی، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۴۰.

علیزاده، عبدالرضا، (۱۳۸۱)، مقایسه قانون داوری تجاری ایران و برخی قوانین دیگر، *مجله پژوهش های*

مدیریت راهبردی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، شماره ۲۴-۲۳.

متین دفتری، احمد، (۱۳۷۷)، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.

مافی و پارسافر، همایون و جواد، (۱۳۹۰)، دخالت دادگاه‌ها در رسیدگی‌های داوری در حقوق ایران، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی*، شماره ۵۷، صص ۱۳۰-۱۰۵.

کلانتریان، مرتضی، (۱۳۷۴)، *بررسی مهمترین نظام‌های حقوق داوری در جهان*، چاپ اول، تهران، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.

نهرینی، فریدون، (۱۳۹۰)، *دستور موقت در ایران و بررسی تطبیقی در نظام‌های جهان*، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.

نیکبخت، حمید رضا، (۱۳۸۰)، *داوری تجاری بین‌المللی*، چاپ دوم، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.

قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹.

قانون نمونه داوری آنسیترال مصوب ۱۹۸۵.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶.

قرآن کریم.

منابع لاتین

Arbitration in Germany(2009), **Bockstiegel S.Kroll, Patricia nacimiento**, Kluwer Law and practice, Kluwer law international.

Brayan A. **Garner-Blacks law Dictionary**, Eighth Edition-Thomson west-west publishing co. united state of America- P 800.

Born, Gary(2001), **International commercial arbitration**, Kluwer law international.

Derains , Yves, Schwartz , Eric A. , **Aguale to the new ICC Rules of Arbitration** (kluwer 1998), 276.

David Rene (1984). **Arbitration international Trad.** Kluwer Law and Taxation. P.22.

Fouchard .F, Gaillard. E, Goldman B, (1996). **Traiddu Larbitrogo Commercial international**, Paris. No 1309.

Horning Richard Allan (**Interim measure of protection**) Maxwell & s.P15.
Arbitar .WIPO. int Guide to wipo arbitration.

Sammartano, Mauro Robino , (1992) , **International Arbitration Law and Practice** , 2nd Edition , Kluwer Law International , Netherlands.

UNCITRAL Secretariat Report, **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on Commercial Arbitration**, UN Doc AICN.9/264, in Holtzmann & Neuhous Model Law,542.

11-ICC Arbitration Rules, Article23 (2):

“Before the file is transmitted to the Arbitral Tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures “.