

نقش داور در صدور اقدامات تأمینی در داوری تجاری

حسین قربانیان* - آتوسا رحیمزاده**

چکیده:

وجود خلأهای قانونی در قوانین، موجب ایجاد تردیدهایی درخصوص امکان یا عدم امکان صدور دستور موقت در محاکم و دیوان‌های داوری گردیده است؛ زیرا به دلیل تفسیر رایج از ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی که صدور قرارهای تأمینی را عموماً در صلاحیت دادگاهی می‌داند که اصل دعوا در آنجا مطرح است و عدم صدور دستور موقت در دیوان‌های داوری بر فرض عدم توافق طرفین و تصریح قانونگذار این اختیار را از دیوان داوری سلب می‌کند؛ زیرا آنها اختیار ورود به صدور این اقدامات را نداشته و یا دارای محدودیت هستند و محاکم در این زمینه قدرت انحصاری حاکمیتی را دارند که بر طرفین اعمال صلاحیت نمایند؛ غالباً این موضوع در موافقت‌نامه داوری لحاظ نشده است. اساسی‌ترین موضوع در داوری تعیین مرجع صلاحیت‌دار جهت اعمال اقدامات تأمینی و موقت از بین دادگاه ملی، دیوان داوری یا هر دو مرجع است. موضوع دیگر اینکه، اقدامات موقت در قواعد داوری حاکم، از لحاظ انواع اقدامات و به‌خصوص اجرای آنها توسط هیئت داوری ممکن است محل اختلاف باشد. علی‌رغم اینکه داوران صلاحیت ذاتی برای صدور این اقدامات ندارند اما طرفین می‌توانند داوران را مخیر کنند زیرا صدور این اقدامات توسط دادگاه اعراض از داوری نمی‌باشد بلکه تسهیل در روند داوری است.

کلیدواژه‌ها:

اقدامات تأمینی، دیوان داوری، دادگاه ملی، صلاحیت، موافقت‌نامه داوری.

* استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شاهرود، سمنان، ایران، نویسنده

Email: h.ghorbanian@iau-shahrood.ac.ir

مسئول

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی گروه حقوق، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان، سمنان،

Email: Atousa.Rahimzadeh89@gmail.com

ایران

مقدمه

قوانین و مقررات به ماهوی و شکلی تقسیم می‌شوند. در رابطه با قوانین ماهوی، پژوهش‌های گسترده‌ای صورت گرفته است اما نباید این تفکر وجود داشته باشد که مقررات آیین دادرسی مدنی غالباً شکلی است و نسبت به قوانین ماهوی از اهمیت کمتری برخوردار می‌باشد. از جمله مباحثی که در قوانین شکلی نهادینه شده است، وجود اقدامات تأمینی می‌باشد که پیش از صدور حکم این امکان را به ذی‌نفع می‌دهد که خواسته را به‌نحوی مصون نگه دارد البته نباید موجبی برای خسارت به طرف مقابل فراهم آورد. درحقیقت نوعی از جبران خسارت یا کمک شمرده می‌شود که هدف آنها تضمین حقوق طرفین در زمان رسیدگی و نیز در طی حل‌وفصل نهایی اختلاف است.

با استناد به ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی که به‌صورت عام مرجع صالح جهت صدور دستور موقت را دادگاهی می‌داند که اصل دعوا در آنجا مطرح است، با این شرایط به دلیل عدم تصریح امکان صدور دستور موقت از جانب دیوان دآوری، داوران نمی‌توانند چنین قراری صادر کنند. از دیگر سوی، دآوری به‌عنوان روشی برای حل‌وفصل اختلاف به دلیل روندی که خارج از دادگاه شکل می‌گیرد در تجارت بین‌الملل بسیار مورد توجه می‌باشد. یکی از مهم‌ترین مسائلی که در ابتدای مرحله رسیدگی یا در اثنای رسیدگی دآوری مطرح می‌شود، مسئله اقدامات تأمینی است.

دستور اقدامات تأمینی و یا دستور موقت درجهت حفظ وضع موجود و تسهیل اجرای رأی است و نقش مهمی در کارایی اسلوب دآوری و خصوصاً در تضمین رسیدگی صحیح دارد.^۱ با توجه به اینکه تحولاتی در حقوق و رویه دآوری بین‌المللی رخ داده که موجب ترتیبات مطمئن‌تر و مؤثرتر برای اقدامات تأمینی است، اما با وجود این هنوز اجرای دستور داور برای اقدامات تأمینی در کشور محل صدور دستور یا خارج از آن همچنان نامطمئن باقی مانده است.

قانون دآوری تجاری بین‌المللی در ماده ۹ اختیار صدور دستور موقت توسط دادگاه را پیش‌بینی نمود و در ماده ۱۷، این اختیار را به داوران داده است. این اقدام قانونگذار

۱. محسن محبی، «دستور موقت در دآوری بین‌المللی»، فصلنامه دآوری مرکز دآوری اتاق بازرگانی ایران ۷-۸ (۱۳۹۰)، ۳.

حقوق دانان را دچار تردید کرده که اعتقاد قانونگذار بر کدام است و یا اینکه صلاحیت هم‌زمان آنها در صدور دستور موقت مدّ نظر قانونگذار بوده است.

برخی صدور دستور موقت را جزء صلاحیت‌های دادگاه می‌دانند و اعتقاد دارند که داوری بر توافق استوار بوده و اصولاً نیازی به دستور موقت وجود ندارد. چنانچه نیازی هم باشد، این نیاز از طریق مراجعه به دادگاه‌های ملی مرتفع خواهد شد. درمقابل عده‌ای دیگر درجهت اعطای استقلال بیشتر به داوری و برای کاهش مراجعات به دادگاه‌ها، به دیوان داوری اجازه می‌دهند که نسبت به صدور دستور موقت اقدام نماید.^۲

همواره این امر محتمل است که در جریان داوری در مواردی که فوریت امری اقتضاء دارد، طرفین بتوانند از دیوان داوری یا دادگاه، صدور دستور موقت را درخواست کنند. به این دلیل که قرارهای تأمینی به‌عنوان ابزار و ضرورتی مطلق، برای حمایت و محافظت از آنچه در معرض خطر در روند دادرسی است، به کار گرفته می‌شود.^۳

در داوری هم مانند هر نوع قضائیتی احتمال دارد شرایطی به‌وجود آید که نیاز به دادرسی فوری باشد و قاضی یا داور ناگزیر از تصمیم فوری گردد. این نوع تصمیمات فوری معمولاً تحت عنوان تأمین خواسته و دستور موقت شناخته می‌شوند. درخصوص علل و اسباب اقدامات تأمینی و موقت در داوری، همانند دادگاه‌ها نیز ممکن است پیش از شروع به رسیدگی، در جریان رسیدگی و پیش از صدور رأی و به هنگام اجرای رأی، وضعیت‌هایی پیش آید که تصمیم‌گیری درخصوص انجام یا ترک عمل خاصی فوریت یابد؛ بنابراین در این خصوص نیاز به درخواست متقاضی یا ذی‌نفع نیز می‌باشد، زیرا مرجع داوری بدون درخواست یکی از طرفین، دستور اقدامات تأمینی را صادر نمی‌کند مگر اینکه در موافقت‌نامه داوری، به‌گونه‌ای دیگر توافق کرده باشند. دیگر اینکه ضرورت و فوریت امر اقتضاء کند که داور به صدور دستور اقدامات تأمینی مبادرت ورزد و این فوریت بسته به اوضاع و احوال هر پرونده فرق می‌کند و به تعبیر مختلف، در اغلب قواعد داوری آمده است. ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در اعطای اختیار صدور دستور موقت به داور مؤید این امر است؛ زیرا در نظر داشتن ماده ۳۱۱ آیین دادرسی مدنی که به‌طور عام صلاحیت این امر را در اختیار دادگاه می‌داند باعث بی‌فلسفه ماندن نهاد داوری می‌شود.

2. Julian D.M.Lew, *Contemporary Problem in International Arbitration* (Londen: Martinus Nijhoff Publishers Springer Science & Business Media, 1987), 199.

3. Rafal Morek, *Interim Measures in Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe: The Need for Further Harmonization* (Poland: Juris Legal Information, Maklu Publishers & Associational for International Arbitration, 2007), 175.

سکوت قانون چالش‌ها و پرسش‌های مهمی را ایجاد کرده که عبارتند از:

۱- اگر امری به داوری ارجاع شد و طرفین در موافقت‌نامه داوری اختیار تام درخصوص حل و فصل اختلاف خود را به داور یا داوران اعطاء کردند آیا نهاد داوری اختیار صدور قرارهای تأمینی را دارد و این اقدام، به موازات اختیار دادگاه می‌باشد یا مستقل از آن و تابع موافقت‌نامه داوری است؟

۲- آیا با وجود موافقت‌نامه داوری و سکوت قانون در اعطای اختیار صدور دستور موقت به داور، دادگاه صلاحیت صدور این امر را دارد؟

باتوجه به این سکوت همه این موارد محل تردید است و اتفاق نظری در این خصوص وجود ندارد. بنابراین در این مقاله باتوجه به قوانین داخلی و بین‌المللی و با تأکید بر قوانین آیین دادرسی مدنی، داوری تجاری بین‌المللی و قانون نمونه داوری آنسیترال، بنا به ضرورت به کاوش در این امر که داور اصولاً چه نقشی در صدور اقدامات تأمینی دارد و اینکه باتوجه به مقررات موجود آیا داور صرف‌نظر از دعوای اصلی صلاحیت رسیدگی به صدور چنین قراری را دارد یا خیر؟، پرداخته شده تا برای بهبود کارکرد داوری در روند رسیدگی، اصلاحاتی در قوانین صورت گیرد.

۱- مفهوم اقدامات تأمینی

قضاوت که داوری هم نوعی از آن است، یک روند آهسته و توأم با احتیاط است ولی در هر نوع قضاوتی احتمال دارد شرایطی به وجود آید که نیاز به چاره سریع داشته باشد و قاضی یا داور ناگزیر از تصمیم فوری گردد.^۴ این نوع اقدامات فوری معمولاً تحت عنوان تأمین خواسته و دستور موقت شناخته می‌شوند.

اقداماتی از قبیل منع از نقل و انتقال یا جابه‌جایی خواسته یا دور نمودن از دسترس سایرین، اقدامات تأمینی گفته می‌شود که به خواهان توانایی این را می‌دهد که در ابتدا طرح دعوی یا حتی قبل از آن خواسته دعوی را به‌طور موقت توقیف نماید.

۴. مرتضی یوسف‌زاده، آیین داوری (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ۲۰۸.

برای انجام چنین اقداماتی ضروری است دیوان داوری یا دادگاه ملی در طول رسیدگی داوری دستوراتی جهت حفظ ادله، حفظ اموال و یا با استفاده از روش‌های دیگر برای حفظ وضع موجود صادر کند.^۵

اگر حقی در معرض تهدید باشد ذی‌نفع می‌تواند با استفاده از اقدامات تأمینی آن را در امان نگه دارد. اقدامات تأمینی درحقیقت نوعی از جبران خسارت یا کمک تلقی می‌شوند که هدف آن تضمین حقوق طرفین در طول رسیدگی می‌باشد. فلسفه وجودی داوری کاهش تشریفات حاکم بر آیین دادرسی و سرعت بخشیدن به حل دعاوی می‌باشد و وجود این اقدامات موجب تسریع در حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق طرفین می‌شود.

در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ دستور موقت پیش‌بینی شده است و در مورد تأمین خواسته نصی وجود ندارد و شاید دلیل آن استدلال عقلی باشد که قانونگذار اهم را گفته و مهم را هم مدنظر قرار داده است اما در قانون آیین دادرسی مدنی تعریفی از این دو اقدام وجود ندارد. در ذیل به شرح آنها و تعاریفی که از سوی حقوق‌دانان درباره ماهیت و ضرورت آن اقدامات، بیان شده می‌پردازیم.

واژه دستور به معنای صاحب سند، حکم و اجازه می‌باشد.^۶ واژه موقت هم به معنای آنچه که در مدتی محدود و معین به‌جا می‌ماند و سپس زایل می‌شود، است.^۷ واژه دستور موقت در لغت‌نامه دهخدا به این معنا نوشته شده است: «دستور موقت در اصطلاح دادگستری امروز تصمیم دادگاه است در دادرسی فوری و آن را در سایر دادرسی‌ها حکم، گویند. دستور موقت تأثیری در اصل دعوی ندارد، یعنی مانند اعتبار قضیه محکوم‌به‌است.»

دستور موقت در هر زمان از شروع دادرسی تا پس از ختم رسیدگی ماهیت دعوی، برای جلوگیری از ضرر غیرقابل‌جبران، به‌طور موقت صادر می‌شود و دارای دو خصیصه تبعی و موقتی است.^۸

دستور موقت، قراری است موقتی، تبعی و تأمینی که با درخواست خواهان جنبه فوریت آن احراز می‌شود و این دستور صادر می‌گردد و غیر از رسیدگی ماهوی است. البته با عنایت به ماهیت دعوی اصلی و توجه به ضرورت تناسب موضوع دستور موقت و عندالاقضاء پس از

5. Elina Haikola, "5-Arbitral Tribunals and National Courts Constant Battle or Efficient Co-Operation?," *Lapin Yliopisto, Kevät* 37 (2013): 65-66.

۶ محمد معین، فرهنگ فارسی (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱)، ۱۵۳۴.

۷ همان، ۴۴۳.

۸ محمدرضا ادریسبان، دستور موقت (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۰)، ۱۸.

اخذ تأمین مناسب به طرفیت خواننده دعوی صادر و بعد از تأیید رئیس حوزه قضایی در حقوق داخلی به مرحله اجرا درمی‌آید. مطابق ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی داور نیز این مجوز را دارد تا درخصوص امر فوری به درخواست هرکدام از طرفین داوری، دستور موقت صادر نماید. طبق ماده ۹ قانون مذکور طرفین می‌توانند این درخواست را از دادگاه نیز داشته باشند و نیازی به تأیید رئیس حوزه قضایی ندارند. لازم به ذکر است که این نهاد در داوری داخلی در نظر گرفته نشده است.

دستور موقت قرار می‌دهد که دادگاه موقتاً برای انجام عملی یا خودداری از انجام عملی صادر می‌نماید و یا توقیف مالی را دستور می‌دهد تا اینکه به اصل دعوا رسیدگی کند و صحت و سقم آن ادعا را احراز نماید و از آنجاکه رأی اعم از حکم و قرار است پس هویت و ماهیت این تصمیم رأی است و آثار رأی بر آن بار می‌شود.^۹

موضوع دستور موقت با موضوع دعوای اصلی ارتباط دارد زیرا متقاضی حول محور موضوع خواسته اصلی، این تقاضا را بیان می‌کند با امعان نظر به درخواست متقاضی، دادگاه دستور موقتی را مبنی بر توقیف مال یا انجام عمل یا منع از امری علیه خواننده صادر می‌نماید. لازم به ذکر است که موضوع دستور موقت نمی‌بایست همان موضوع دعوای اصلی باشد بلکه باید هم‌سو و هم‌جهت با آن باشد. البته موضوع صدور دستور موقت فقط در امور مدنی و ترافیعی ممکن است.

دستور موقت اقدامی تبعی است و به تبع اصل دعوا درخواست می‌شود یعنی هر زمان که اصل دعوا مطرح شود، دستور موقت هم درخواست می‌شود.^{۱۰} اثر دیگر تبعی بودن دستور موقت آن است که خواسته دستور موقت نمی‌تواند همان خواسته دعوای اصلی باشد چرا اینکه منطقی به نظر نمی‌آید که خواسته اصلی به واسطه این درخواست خواهان در اختیار او قرار گیرد.^{۱۱} البته در ظاهر این امر با ماده ۳۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر داشته: «دستور موقت ممکن است دایر بر توقیف مال یا انجام عمل و یا منع از امری باشد»، منافات دارد اما روشن است که توقیف مال باعث عدم نقل و انتقال آن می‌شود و مال توقیف شده به خواننده داده نمی‌شود زیرا این امر مستلزم صدور حکم قطعی می‌باشد.

۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی* (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵)، ۴۸۵-۴۷۶.

۱۰. عبدالله شمس، *آیین دادرسی مدنی* (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۰)، ۳۷۰.

۱۱. همان، ۳۷۱.

دستور موقت اقدامی موقتی است و مانند هر پدیده دیگری باید پایانی داشته باشد و آن هم حداکثر تا زمان صدور حکم نهایی است لذا با صدور دستور موقت نباید اقدامی را مقرر نمود که ماهیت همیشگی داشته باشد.^{۱۲}

تأمین در لغت از جمله به معنای ایمن و حفظ کردن است.^{۱۳} تأمین خواسته در مطابقت با بحث حقوقی همان در امنیت قرار دادن خواسته است؛ یعنی خواهان از همان ابتدا، به هر طریقی از قبیل منع نقل و انتقال و دسترسی و از این قبیل اقدامات خواسته را حفظ کند.

تأمین خواسته عبارت است از توقیف اموال بدهکار اعم از منقول یا غیرمنقول و طلب از اشخاص معین و یا به تعبیر دیگر، وثیقه و تضمینی که مدعی از اموال مدعی علیه قبل از صدور حکم به نفع خویش از طریق دادگاه می‌خواهد و اگر این وثیقه را پس از صدور حکم بخواهد، تأمین را در این مورد، تأمین محکوم‌به نامند.^{۱۴}

در اجرای قرار تأمین خواسته، اموال خوانده بازداشت می‌شود و در اکثر موارد تا صدور رأی قطعی در بازداشت می‌ماند. به دلیل عدم امکان نقل و انتقال اموال توسط خوانده در مدت بازداشت ممکن است به اموال وی خسارت وارد آید، به همین دلیل تضمینی برای پرداخت آن خسارت در نظر گرفته شده که تحت عنوان خسارت احتمالی شناخته شده است.

خوانده نسبت به اموال توقیفی حق دخل و تصرف و نقل و انتقال ندارد و فقط می‌تواند با توجه به ماده ۱۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی درخواست تبدیل تأمین یا معرفی ضامن نماید که اگر خواهان در دعوی اصلی دعوایش رد شد، خوانده حق مطالبه خسارت ناشی از قرار مزبور را خواهد داشت و اگر خوانده محکوم شود دیگر حق مطالبه خسارت ناشی از اجرا را ندارد و این خسارت متوجه خود اوست. ولی اگر خواهان دعوی شکست بخورد باید خسارت ناشی از بازداشت اموال را که در ماده ۱۲۰ آیین دادرسی مدنی آمده است، بپردازد.

۲- بررسی صدور دستور موقت از سوی دادگاه ملّی و دیوان داوری

در صورتی که موافقت‌نامه داوری تنظیم شده باشد، در مواردی دخالت دادگاه‌ها برای حل و فصل طواری ناشی از موافقت‌نامه مزبور لازم می‌شود. از دیگر سوی تکلیف دادگاه در رسیدگی به اصل اختلافی که به داوری ارجاع شده نیز باید بررسی گردد. پرسش مطرح این است که آیا با

۱۲. همان، ۴۷۳-۴۷۴.

۱۳. معین، پیشین، ۱۰۱۷.

۱۴. جعفری لنگرودی، پیشین، ۲۸۶.

وجود دادگاه، داور می‌تواند به درخواست ذی‌نفع، قرار تأمین خواسته یا دستور موقت صادر نماید؟ و پرسشی دیگر که مطرح می‌باشد این است که با وجود موافقت‌نامه داوری، دادگاه صلاحیت صدور دستور موقت را دارد یا خیر؟

در داوری‌های داخلی از آیین دادرسی مدنی چنین مجوزی برداشت نمی‌شود؛ زیرا مقررات دستور موقت، خلاف اصول حاکم بر مقررات دادرسی بوده و مختص اموری است که به تشخیص دادگاه فوریت دارد، لذا اعمال آنها در هر مورد احتیاج به نص صریح قانونگذار دارد و باتوجه به نبود چنین نصی در مقررات داوری داخلی، باید قائل به عدم جواز صدور دستور موقت توسط داوران بود و مواد مربوط به دستور موقت که خطاب به دادگاه‌ها می‌باشد چنین استنباطی را تأیید می‌کند.^{۱۵} به موجب مواد ۱۱۲ و ۳۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی که قاعده عامی را بیان می‌کنند، صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت را در صلاحیت دادگاهی می‌داند که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد؛ در این صورت با وجود موافقت‌نامه داوری و رجوع به داور، صدور این دو اقدام از سوی دو نهاد داوری و دادگاه غیرممکن می‌شود.^{۱۶} به نظر ما پذیرفتن این نظر دشوار است؛ زیرا در این صورت تکلیف مواردی که از فوریت برخوردار است، مبهم باقی می‌ماند و پذیرش این نظر به این معنا می‌باشد که صرف ارجاع به داوری به معنای زوال اختیار دادگاه در صدور دستور موقت است که چنین نتیجه‌ای از لحاظ اصولی قابل پذیرش نمی‌باشد. با اینکه قانونگذار در قانون آیین دادرسی مدنی در این مورد سکوت کرده و تردیدهایی به وجود آمده، اما در آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران مصوب ۱۳۸۶ این امر به صراحت پذیرفته شده است. بر اساس بند الف ماده ۳۵ قانون مذکور: «داور می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، به درخواست هر یک از طرفین دستور موقت صادر نماید.» وفق تبصره ماده مذکور، ارجاع اختلاف به مرکز داوری، به منزله پذیرش اختیارات داور در صدور دستور موقت و اخذ تأمین مناسب است و طرفین ملزم به رعایت مفاد دستور می‌باشند. در قانون داوری تجاری بین‌المللی صراحتاً امکان مراجعه یکی از طرفین به دادگاه برای دستور موقت پیش‌بینی شده است.

۱۵. حمید ابهری، رضا زارعی، «مراجع و مقام‌های صالح برای صدور دستور موقت در حقوق ایران»، فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی دانشگاه شهید چمران اهواز ۱ (۱۳۹۲)، ۲۱.
۱۶. شمس، پیشین، ۵۴۵.

از نظر برخی دیگر از اساتید، زمانی که امکان مراجعه به دیوان داوری برای صدور دستور موقت وجود دارد، مراجعه به دادگاه جهت اخذ صدور دستور موقت ممکن است با استقلال داوری سازگاری نداشته باشد. به علاوه اینکه مراجعه مزبور می‌تواند به‌عنوان قرینه‌ای مبنی بر اعراض مراجعه‌کننده از داوری تلقی شود.^{۱۷} به‌موجب ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی، «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» و ماده ۱۷ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «داور می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین و تکلیف فوری است به درخواست هر کدام از طرفین دستور موقت صادر نماید، ...» بنابراین در تفسیر این دو ماده می‌توان گفت: امکان صدور قرار تأمین توسط داور وجود ندارد بلکه صرفاً دستور موقتی مجاز است که محدود به مورد خواسته باشد. مطابق ماده ۱۷ صدور دستور موقت بایستی مربوط به موضوع اختلاف باشد بنابراین صدور قرار توقیف مال به‌منظور فروش نهایی و اجرای حکم داوری مجوزی ندارد.^{۱۸} در اساسنامه مرکز داوری اتاق ایران مطابق بند (الف) ماده ۳۵ داور می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است به درخواست طرفین دستور موقت صادر کند. این ماده مقتبس از ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی است که تنها به دستور موقت پرداخته و شامل تأمین خواسته نمی‌باشد و تفاوت آن با ماده ۱۷ در این است که در قانون داوری تجاری بین‌المللی این امر یک قاعده تکمیلی است و در صورتی قابل اجراست که طرفین به‌نحو دیگری توافق نکرده باشند. بر اساس بند (۱) ماده ۲۳ مقررات مرکز منطقه‌ای داوری تهران دیوان داوری می‌تواند بنا به درخواست هر یک از طرفین هر دستور موقت مرتبط با موضوع اختلاف را که لازم می‌داند، صادر کند. این ماده هم مانند مواد پیشین تنها به دستور موقت پرداخته است.^{۱۹} در قانون داوری تجاری بین‌المللی تصریح نشده که مراجعه به دادگاه برای اخذ دستور موقت با داوری منافات ندارد، ولی از لحن ماده ۹ می‌توان فهمید که درصدد بیان عدم تعارض این تقاضا با موافقت‌نامه داوری است. البته لازم به ذکر است که در ماده ۹ قانون آنسیترال عدم‌تنافی آنها قید شده است.

۱۷. عبدالحسین شیروی، *داوری تجاری بین‌المللی* (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳)، ۲۰۴.

۱۸. حسین همت‌کار، «صدور دستور موقت و قرار تأمین توسط داور»، *پژوهش‌های مدیریت راهبردی* ۲۳ و ۲۴ (۱۳۸۰)، ۵۰.

۱۹. الهه شهناز، محمدرضا غلامپور، «صدور دستور اقدامات موقت در داوری داخلی و بین‌المللی ایران»، *فقه تاریخ تمدن ملل اسلامی* ۳۷ (۱۳۹۲)، ۱۵ و ۲۰.

ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید.»
 باتوجه به ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی، «در اموری که تعیین و تکلیف آن فوریت دارد دادگاه به درخواست ذی‌نفع برابر مواد مربوط، دستور موقت صادر می‌نماید.» درمی‌یابیم که مرجع ذی‌ربط دادگاه می‌باشد. نکته حائز اهمیت این است که اجرای دستور موقت موکول به تأیید رئیس حوزه قضایی می‌باشد. حال این سؤال مطرح می‌شود که در حوزه قانون داوری تجاری بین‌المللی صدور دستور موقت صادره از ناحیه داور هم احتیاج به تأیید رئیس حوزه قضایی دارد؟

در مواد ۶، ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی صدور دستور موقت در موارد فوری به درخواست هر کدام از طرفین از سوی داور مجاز شمرده شده است. در ماده ۶ قانون مذکور منظور از دادگاه، دادگاه عمومی واقع در مرکز استانی است که مقر داوری در آن قرار دارد و این تصمیمات قطعی است. ولی در ماده ۱۷ قانون مذکور داور می‌تواند به‌طور مستقیم با درخواست طرف دیگر، اقدامات تأمینی را که دیوان باتوجه به موضوع اصلی اختلاف ضروری تشخیص می‌دهد، انجام دهد.^{۲۰} با در نظر گرفتن ماده ۴۷۷ آیین دادرسی مدنی که بیان می‌دارد داوران در رسیدگی و رأی تابع مقررات آیین دادرسی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند؛ بنابراین با صراحت ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی اگر طرفین از دادگاه مربوطه (ماده ۶ مذکور) درخواست کرده باشند نیاز به تأیید رئیس حوزه قضایی ندارد.

قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص صلاحیت داور در صدور دستور موقت سکوت کرده و هیچ تصریح قانونی در این خصوص وجود ندارد اما در قانون داوری تجاری بین‌المللی در ماده ۱۷ اختیار صدور دستور موقت را به هیئت داوری اعطاء کرده است، آن هم در موضوع اختلافاتی که نیاز به تصمیم فوری دارد. قانونگذار هیئت داوری را فقط در صدور دستور موقت صالح شناخته است و مطابق ماده ۹ قانون مذکور صدور قرار تأمین خواسته را انحصاراً در صلاحیت مقام قضایی (دادگاه موضوع ماده ۶) می‌داند. در نتیجه فقط در صدور دستور موقت، دادگاه و هیئت داوری هر دو صلاحیت دارند. این رویه نیز در برخی از کشورها مورد عمل می‌باشد. در دعوایی (دعوی واتکینز جانسون علیه نیروی هوایی و بانک صادرات ایران، رأی

۲۰. لغیا جنیدی، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶)، ۱۷۶-۱۷۲.

شماره ۲-۳۷۰-۴۲۹ مورخ ۲۸ جولای ۱۹۸۹ (۱۳۶۸/۰۵/۰۶) پرونده شماره ۳۷۰- دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده) واتکینز جانسون از دیوان داوری تقاضا کرد تا با صدور دستوری ایران را ملزم کند که دعوای مطروح در دادگاه عمومی تهران علیه وی را متوقف کند. وزارت دفاع نیز از جانب نیروی هوایی دعوای متقابلی علیه واتکینز جانسون بابت همان خواسته و ناشی از همان قرارداد که در دیوان ثبت کرده را در دادگاه عمومی تهران مطرح نمود. به استناد بند ۲ ماده ۷ بیانیه حل و فصل، ادعاهایی که در این دیوان ارائه می‌شود از تاریخ ثبت آنها از صلاحیت دادگاه عمومی ایران یا دادگاه‌های ایالت متحده خارج است. از تاریخ ثبت دعوای تقابل تا زمانی که دیوان تصمیمی در مورد صلاحیت خود بگیرد، جریان رسیدگی در ایران به شکل دستور موقت پذیرفته می‌شود.

حال سؤال این است که صدور قرار تأمین و دستور موقت، از حیث صلاحیت ذاتاً در انحصار دادگاه‌های دولتی می‌باشد یا هیئت داوری هم اختیار صدور آن را دارد؟ در پاسخ سه دیدگاه از سوی نظام‌های حقوقی متصور است. دیدگاه اول: کشورهایمانند ایتالیا، آرژانتین، اتریش، استرالیا، تایلند، دانمارک، چین، ژاپن، سریلانکا، سوئد، فنلاند، لیبی، نیوزیلند، هلند و یونان صدور هر نوع اقدام احتیاطی را در صلاحیت دادگاه‌ها می‌دانند و برای هیئت داوری سهمی قائل نیستند.^{۲۱} دیدگاه دوم: در کشورهایمانند پرتغال، سوئیس، فرانسه، فیلیپین و لوکزامبورگ علاوه بر دادگاه‌های دولتی، هیئت داوری هم می‌تواند قرار تأمین یا دستور موقت صادر نماید. اگر دستورهای صادره توسط داورها، داوطلبانه اجرا نشوند، ضرورتاً از دادگاه صالح برای اجرای آنها درخواست کمک می‌شود.^{۲۲} دیدگاه سوم: کشورهایمانند انگلیس، مالزی، هنگ‌کنگ، هندوستان و ایالات متحده صدور دستور موقت و تأمین خواسته را به موجب قوانین ملی در صلاحیت دادگاه‌ها می‌دانند و این اختیار را برای هیئت داوری، در صورتی که طرفین موافقت‌نامه داوری این اختیار را به داور داده باشند، مغایر با نظم عمومی یا قواعد آمره نمی‌دانند.^{۲۳} با لازم‌الاجرا شدن قانون سوئیس در سال ۱۹۸۹، اختیار صدور دستور موقت و تأمین خواسته در مؤسسات داوری هم مجاز گردید.^{۲۴} این امر در ماده ۲۶ واضح است و صدور

21. Sandeep Adhipathi, "Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future," (LLM Thesis and Essays, Alumni: University of Georgia School of Law, 2003), 23.

۲۲. احمد امیر معزی، *داوری تجاری بین‌المللی* (تهران: چاپ نشر دادگستر، ۱۳۹۳)، ۱۶۶.

23. Georgios I Zekos, *International Commercial and Marine Arbitration* (New York: USA, Routledge-Cavendish, 2008), 265

24. Yves Derains, Eric A Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (Netherlands: Kluwer Law International, 1998), 272.

دستور موقت توسط داور، نمادی از احترام به اراده طرفین است و صلاحیت داور درخصوص دستور موقت انحصاری نیست و مانع صدور این درخواست از دادگاه نمی‌باشد. قوانین مذکور در این باره عبارتند از قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ۱۹۹۸ - ماده ۳، قواعد داوری آنسیترال - بند ۲ ماده ۲۶، قواعد داوری جدید اتحادیه داوری آمریکا (AAA) - ماده ۲۲ و قواعد شکلی کمیسیون داوری تجاری بین‌قاره‌ای آمریکا - بند ۲ ماده ۲۶.

ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی، صدور قرار تأمین را در صلاحیت دادگاه (موضوع ماده ۶) این قانون می‌داند که مشخص نشده که منظور از «قرار تأمین»، تأمین خواسته یا تأمین دلیل است. به نظر می‌رسد که دستور موقت در قانون داوری تجاری بین‌المللی عام است و شامل قرار تأمین خواسته و تأمین دلیل نیز می‌شود. دلیل این امر تعلیلی است که در ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مطرح شده است که دیوان داوری می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین و تکلیف فوری است، اتخاذ تصمیم کند. این عبارت به قدری عام است که شامل تأمین خواسته و تأمین دلیل می‌شود.^{۲۵}

تأمین خواسته با دستور موقت هم‌خانواده است و گاهی مرز آن با دستور موقت تداخل پیدا می‌کند و با وجود این، تأمین خواسته یک قاعده عمومی است ولی دستور موقت از شیوه‌های استثنائی به‌شمار می‌رود؛ بنابراین، در هر اقدام احتیاطی که بتوان آن را به‌وسیله تأمین خواسته انجام داد، نمی‌توان به دستور موقت متوسل شد.^{۲۶}

در بسیاری از قوانین داوری جدید یک وضعیت متفاوت غالب است، به‌گونه‌ای که این قوانین با پذیرفتن این نظریه که درخواست دستور موقت یا دستور هر اقدام دیگر از مقامات قضایی نبایستی مانع‌الجمع با قرارداد داوری فرض شود، یا به‌منزله ارجاع ماهیت پرونده به دادگاه تلقی گردد^{۲۷} و اختیار یا حق کلی دادگاه‌ها بر اعمال اقدامات تأمینی و موقت به‌معنای استفاده از آن توسط دادگاه نیست و با به رسمیت شناختن آزادی و استقلال اراده طرفین و اختیار بیشتر داوران در داوری بین‌المللی، یا به‌طور مستقیم به دیوان داوری اختیار صدور دستور موقت را می‌دهند یا به طرفین اجازه می‌دهند این اختیار را به داوری اعطاء نمایند.

۲۵. شیروی، پیشین، ۲۰۳.

۲۶. یوسف‌زاده، پیشین، ۲۱۲.

27. Mauro Robin Sammartano, *International Arbitration Law* (Boston, MA: The Hague, Netherlands Kluwer Law International, 1992), 352.

برخی قوانین نسبت به اعطاء یا عدم اعطای چنین اختیاری ساکت می‌باشند. این سکوت می‌تواند اختیار ضمنی برای دیوان داوری تفسیر شود.^{۲۸}

برخی از حقوق دانان ملاک و مبنای این نظریه را بر این می‌دانند که دیوان داوری در وضعیت بهتری نسبت به دادگاه قرار دارد تا تشخیص دهد درخواست اقدامات تأمینی و موقت، تاکتیک وقت‌کشی و ضرر به طرف دیگر است یا برای بهره‌مند شدن از یک منفعت مشروع و قانونی می‌باشد.^{۲۹}

رویکرد متغیر نظام‌های حقوقی در مورد صدور دستور موقت می‌تواند به دلیل این امر باشد که از نظر تاریخی، دادگاه‌های ملی قبل از رسیدن به نتیجه درخواست ماهیت دعوا صلاحیت خود را در مورد طرفین متنازع اعمال می‌کردند. این امر جزء اختیارات انحصاری محکمه محسوب می‌شد.

از جمله محدودیت‌هایی که در صدور دستور اقدامات تأمینی از سوی هیئت داوری وجود دارد، این است که این هیئت باید تشکیل شده باشد تا به‌طور مؤثر قابلیت دستور دادن را داشته باشد.

با وجود اختیار هیئت‌های داوری برای صدور دستور اقدامات موقت و تأمینی، در عمل طرفین اغلب برای این‌گونه اقدامات به دادگاه‌های دولتی متوسل می‌شوند. لذا چنانچه دیوان بخواهد با رعایت اصل تناظر به صدور اقدامات تأمینی بپردازد این اقدام موجب طولانی شدن رسیدگی می‌شود که با مبنای حقوقی داوری مغایرت خواهد داشت. به همین دلیل بیشتر سیستم‌های حقوقی اجازه تقاضای صدور اقدامات تأمینی را علاوه بر دیوان داوری به دادگاه‌های ملی هم داده‌اند؛ در این صورت تقاضای صدور دستور موقت مخیر است بین رجوع به داوری یا دادگاه. از جمله دلایلی که به این کار می‌پردازند، عدم تشکیل هیئت داوری یا فقدان اختیار لازم در این زمینه است؛ مانند اینکه دستور فوری لازم باشد و هیئت داوری نتواند به سرعت تشکیل شود یا اقتدار مؤثری از سوی دادگاه ملی که طرف مقابل اقدام موقت در حیطة صلاحیت آن اقامت دارد، لازم باشد و یا اعمال اقدام یا صدور دستور بدون اطلاع و

۲۸. حمیدرضا نیک‌بخت، *داوری تجاری بین‌المللی (آیین داوری)* (تهران: چاپ مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های

بازرگانی، ۱۳۹۰)، ۲۶۴.

29. Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration* (Germany: Kluwer Law, 1993), 348.

حضور طرف دیگر ضروری باشد. البته همه این دلایل، توسل به دادگاه‌های ملی را توجیه نمی‌کند، بلکه عوامل تاکتیکی و عملی هم در نحوه هدایت پرونده بی‌تأثیر نیست.^{۳۰}

اکثر قوانین ملی با پیروی از کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه، دادگاه‌های خود را ملزم می‌نمایند که در صورت شرط معتبر داوری، اختلافات را به داوری احاله دهند. با توجه به این قاعده که دامنه پذیرش آن گسترده می‌باشد، دادگاه‌ها ممکن است در مواردی اقدام به صدور اقدامات موقت نمایند؛ این عمل به معنای نفی شرط داوری نیست. در ماده ۶ کنوانسیون اروپایی به‌طور قاطع به این نکته تصریح شده که درخواست اقدامات موقت از مرجع قضایی، مغایر با موافقت‌نامه داوری قلمداد نخواهد شد یا به‌منزله ارجاع دعوی به دادگاه نخواهد بود. ماده ۹ قانون نمونه هم در این زمینه به همین نحو مقرر نموده است. حق مراجعه به دادگاه در این زمینه ممکن است کلی باشد، یعنی در هر زمانی پیش یا در طول جریان داوری باشد که در این خصوص قواعد داوری آنسیترال منعی در این زمینه ندارد و مبنای توجیهی این اختیار علاوه بر صلاحیت عام دادگاه‌ها، این است که هدف از دخالت دادگاه‌ها حمایت از داوری و تقویت این نهاد و تحقق بخشیدن به قصد و توافق طرفین می‌باشد و یا ممکن است اوضاع و احوال به گونه‌ای باشد که دخالت دادگاه‌ها برای حمایت از داوری و مؤثر واقع شدن آن ضروری باشد و یا محدود به پیش از شروع به داوری شده باشد که قواعد داوری آی.سی.سی در این زمینه بین قبل و بعد از ارجاع پرونده به دیوان تمایز قائل شده و مقرر داشته است؛ قبل از ارجاع پرونده به دیوان در هر شرایطی حق مراجعه به دادگاه در جهت درخواست اقدامات تأمینی وجود دارد ولی پس از آن رجوع به دادگاه محدود به شرایط و اوضاع و احوالی می‌باشد. البته در این خصوص طرفین می‌توانند با توافق صریح خود در موافقت‌نامه داوری مانع دخالت دادگاه‌ها در داوری شوند.

اکنون به‌طور گسترده‌ای پذیرفته شده است که در غالب موارد دیوان داوری بهترین مرجع برای تصمیم‌گیری در مورد مناسب و مقتضی بودن اقدام تأمینی و موقت خاص در هر مورد خواهد بود؛ زیرا هنگامی که دیوان تشکیل می‌شود و رسیدگی آغاز می‌شود، داوران به جزئیات مسائل حکمی و موضوعی پرونده آشناتر از قضات هستند.^{۳۱}

۳۰. جولیان دی‌ام‌لیو، لوکاس ای میستلیس و استفان ام کرول، *داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی*، ترجمه محمد

حبیبی مجنده (قم: انتشارات دانشگاه مفید قم، ۱۳۹۱)، ۶۱۹-۶۱۸.

31. Richard Nimark, Stephanie Keer, "Analysis of UNCITRAL Questionnaires on Interim Relief," *Singapore Academy of Law Journal* 3(2014): 16.

دیوان داوری از قدرت دادگاه‌ها برای اجرای دستورها یا قرارهای خود که علیه اشخاص یا اموال آنها صادر می‌کنند، برخوردار نیستند. از این رو دخالت دادگاه‌های ملی برای اجرای اقدامات تأمینی و موقت اعمال شده توسط دیوان‌های داوری لازم می‌باشد.

آیا در زمان تشکیل دیوان داوری دادگاه‌ها می‌توانند دستورات موقت و احتیاطی صادر کنند؟ در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد؛ یکی اینکه موافقت‌نامه داوری، نه تنها اختیار تصمیم‌گیری در خصوص ماهیت دعوا را از دادگاه‌های دادگستری سلب می‌کند، بلکه آنها را از صدور دستورات موقت و اقدامات تأمینی بازمی‌دارد. بر اساس دیدگاه دیگر، موافقت‌نامه داوری تنها دادگاه‌ها را از تصمیم‌گیری در خصوص ماهیت دعوا بازمی‌دارد و نه از صدور دستورات موقت و اقدامات تأمینی. البته در صورت اخیر به نظر می‌آید که اعمال اقدامات توسط دادگاه‌ها می‌بایست به صورتی حمایتی و کمکی باشد نه اینکه در مقابل جریان داوری مانع ایجاد کند.^{۳۲}

هر دو دیدگاه یادشده در خصوص ماده (۳) ۲ کنوانسیون شناسایی و اجرای رأی احکام داوری خارجی تنظیم‌شده در نیویورک به تاریخ ۱۹۸۵ میلادی نیز مطرح است. این ماده مقرر داشته است: «دادگاه دولت متعاهد، به هنگام طرح دعوی درباره موضوعی که طرفین راجع به آن توافقی به معنای موجود در این ماده نموده‌اند، بنا به تقاضای احد از طرفین، آنها را به داوری ارجاع خواهد داد، مگر اینکه احراز نماید توافق مزبور باطل و فاقد اثر و یا غیرقابل ارجاع است.»

دیدگاه و رویه غالب این است که موافقت‌نامه داوری صلاحیت دادگاه‌ها را از رسیدگی به ماهیت دعوا سلب می‌کند، اما اعمال اقدامات تأمینی و موقت همچنان در اختیار آنها خواهد بود.^{۳۳}

به نظر می‌رسد چنانچه اعمال اختیار دادگاه، داوری را با دشواری روبه‌رو سازد یا باعث تضعیف و انکار اعتبار داوری گردد بی‌شک دادگاه نباید اجازه سوءاستفاده در این خصوص را بدهد و از طرفی اگر صدور اقدامات تأمینی بنابر دلایلی که قبلاً به آن پرداختیم باعث طولانی شدن روند داوری و تضییع حقوق طرفین داوری گردد قطعاً باید دخالت دادگاه‌ها را لازم دانست که با مبنای حقوقی ارجاع به داوری مغایر نباشد.

۳۲. نیک‌بخت، پیشین، ۳۰۲.

۳۳. همان، ۳۰۳.

۳- اختیارات هم‌زمان و هم‌عرض دادگاه‌های دولتی و دیوان‌های داوری

از آنجاکه قانون آیین دادرسی مدنی هیچ حکمی در این خصوص نداده و قانون داوری تجاری بین‌المللی در مواد ۶، ۹ و ۱۷ موضع روشن و واحدی را اتخاذ نکرده‌اند، این پرسش مطرح می‌شود که آیا اختیار صدور دستور موقت و تأمین خواسته برای دادگاه و داور، توأمان وجود دارد یا خیر یا اینکه اساساً دادگاه در بعضی موارد حق دخالت ندارد؟ مواد ۱۱۲ و ۳۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد که بعد از صدور دستور موقت و تأمین خواسته، باید اصل دعوا طرح شود و می‌دانیم که ادامه دعوا در فرضی که داوری در میان است، در دادگاه ممکن نیست؛ بنابراین هنگامی که دادگاه نتواند در اصل موضوع رسیدگی کند، درخصوص صدور این اقدامات صلاحیت ندارد.^{۳۴} درمقابل این نظر برخی معتقد به صلاحیت عام دادگستری می‌باشند که اقتضای ورود در مسائل فوری را دارد و رجوع به داوری مانع از دخالت دادگاه نخواهد بود.

به عقیده یکی از حقوق‌دانان، درمورد این قرارها، ظاهراً در حقوق ایران، داوران چنین اختیاری را ندارند. در ق.آ.د.م. چنین اختیاری به داوران تفویض نشده است و به دلیل عدم تصریح قانونی با وجود این امر که اصل دعوا در صلاحیت دیوان قرار می‌گیرد اما داور برای خود صلاحیت صدور چنین قراری را قائل نیست؛ اما اگر فوریت اقتضاء کند، کسانی که رسیدگی به دعوی آنها در صلاحیت مرجع داوری است، می‌توانند با مراجعه به دادگاه صالح، درخواست صدور دستور موقت کنند. دستور موقت در صورت اقتضاء، از ناحیه دادگاه صادر می‌شود و دادگاه باید گواهی اقامه دعوی اصلی در مرجع داوری را بپذیرد.^{۳۵}

زمانی که هر یک از طرفین درخواست خود را در دادگاه مطرح می‌کنند، با این مانع مواجه می‌شوند که ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی به‌عنوان قاعده‌ای عام صدور دستور موقت را در صلاحیت دادگاهی می‌داند که اصل دعوا در آنجا مطرح شده است، یا صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد؛ زیرا دادگاه صلاحیت ذاتی رسیدگی به دعوی که اصل آن در دیوان مطرح شده را ندارد.

۳۴. عبدالله خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ۲۲۳.

۳۵. میرحسین عابدیان، «داوری در امور تجاری»، ماهنامه تعالی حقوق ۱۸ (۱۳۸۶)، ۱۴.

صلاحیت، حقی قانونی و وابسته به نظم عمومی است و صدور دستور موقت نیز از این قاعده اصولی مستثنا نیست و همواره باید از سوی مراجعی رسیدگی شود که به طور قانونی صلاحیت ذاتی و صلاحیت نسبی رسیدگی به آن را داشته باشند.^{۳۶} باتوجه به این موضوع که داور به هیچ وجه صلاحیت صدور دستور موقت را ندارد و از طرفی در برخی موارد دخالت دادگاهها در جریان داوری لازم است، می توان گفت این مانع در داوری، اختیار رسیدگی را برای دادگاهها ممکن می سازد که البته این یکی از نواقص موجود در ق.آ.د.م در بحث داوری است؛ اما در قوانین و قواعد دیگر اصل صلاحیت همزمان دیوان و دادگاه به رسمیت شناخته شده است از جمله ماده ۹ قانون داوری تجاری بین المللی و بند ت ماده ۳۵ مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران و مرکز منطقه ای داوری تهران.

به نظر برخی اساتید اصلاً تعارضی در میان نمی باشد، زیرا داور به خودی خود، نمی تواند در اموری غیر از ماهیت امر، اظهار نظر نماید و امور فوری، ارتباطی به ماهیت موضوع ندارند بنابراین تعارضی وجود ندارد که نتوان دادگاه و دیوان را در کنار هم جمع کرد.^{۳۷}

در داوری های امروز صلاحیت موازی دادگاه داخلی و مرجع داوری جهت صدور دستور موقت و حمایتی پذیرفته شده است؛ یعنی طرفین دعوا برای صدور اقدامات احتیاطی می توانند هم به دادگاه داخلی و هم به مرجع داوری رجوع نمایند و رجوع به محاکم به معنای اعراض از صلاحیت داور، برای رسیدگی به ماهیت دعوا، نخواهد بود.^{۳۸}

این قاعده در مقررات جدید داخلی و نهادهای داوری و کنوانسیون های بین المللی منعکس شده است. این قاعده در جایی کاربرد دارد که طرفین، داور را منع نکرده باشند و قرارداد داوری تنها دلالت به ماهیت دعوی نداشته باشد که در این صورت داور صالح به رسیدگی نخواهد بود و آنچه مورد توافق بوده، مناط اعتبار داور به عنوان آیین داوری قرار خواهد گرفت.^{۳۹} در این خصوص چهار فرض مطرح می باشد:

۱. اگر طرفین تصریح کرده باشند داور صلاحیت صدور دستورات را دارد؛

۳۶. فریدون نهرینی، دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸)، ۱۰۰.

۳۷. خدابخشی، پیشین، ۲۲۵.

۳۸. سید حسین صفایی، «سخنی چند درباره نوآوری ها و نارسایی های قانون داوری تجاری بین المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۰ (۱۳۷۷)، ۱۱.

39. Micheal McIlwraith, John Savage, *International Arbitration and Mediation* (Netherlands: Wolters Kluwer Law International BV, 2010), 28.

۲. در صورت سکوت طرفین، صلاحیت داور جای خود را به صلاحیت دادگاه می‌دهد و طرفین می‌توانند به دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، رجوع کنند. در این خصوص نظریه شماره ۷/۳۰۸۶- مورخ ۱۳۹۰/۰۵/۱۷ از اداره حقوقی قوه قضائیه وجود دارد که اعلام داشته: «طبق ماده ۱۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی درخواست تأمین از دادگاهی می‌شود که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد. لذا در مواردی که رسیدگی به اختلاف در امور مدنی به داور ارجاع شده، چون محاکم دادگستری مادام که قضیه از طریق داوری حل و فصل نشده باشد، حق ورود به موضوع را ندارند، به استثنای آنچه در ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی پیش‌بینی شده است، نمی‌توان از دادگاه درخواست صدور قرار تأمین خواسته نمود.»
۳. در صورت توافق طرفین، داور حق دارد در امور فوری و تأمین خواسته رأی صادر نماید اما یک تفاوت ظاهری وجود دارد. در ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی هم از تأمین خواسته و هم از دستور موقت یاد شده در حالی که در ماده ۱۷ قانون مذکور تنها از اختیار داور در صدور دستور موقت سخن به میان آمده است. با توجه به اینکه حکم مقرر در ماده ۱۷ تکمیلی می‌باشد، در صورت سکوت طرفین داور اختیار خود را از قانون می‌گیرد و در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق نموده باشند، اختیار داور در خصوص صدور دستور موقت از بین می‌رود و در رابطه با تأمین خواسته تنها در صورت تصریح طرفین داور اختیار صدور دارد؛
۴. در صورت وجود موافقت‌نامه داوری، موضوع اختلاف در دادگاه طرح می‌گردد. در این فرض باید دو حالت را پیش‌بینی نمود؛ حالت اول اینکه تا پایان جلسه اول دادرسی، خوانده به این موضوع ایرادی نکند که در این حالت به صراحت بند اول ماده ۴۸۱ آیین دادرسی مدنی، در حکم تراضی و توافق اصحاب دعواست و دادگاه می‌تواند به رسیدگی ادامه دهد؛ اما در حالت دوم که خوانده ایراد می‌نماید و مدعی است مطابق توافق به عمل آمده، رفع اختلاف باید از طریق داوری باشد. در چنین حالتی باید قائل به صدور قرار عدم استماع دعوی شد که البته به لحاظ فقدان نص، رویه قضایی در محاکم متفاوت است.^{۴۰}

۴۰. محسن محبی و محمد کاکاوند، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱)، ۳۴۴.

این وضعیت نتیجه سیر تکاملی است که در طول چند دهه گذشته صورت پذیرفته است. در گذشته صدور این اقدامات تنها از سوی دادگاه‌ها امکان‌پذیر بوده اما امروزه، این شرایط به صورت محدود و تحت شروطی، در قوانین بعضی از کشورها یافت می‌شود.^{۴۱} حال این سؤال پیش می‌آید که آیا توافق صریح طرفین بر اعطای اختیار داور به معنای نفی صلاحیت دادگاه می‌باشد یا در واقع با دو صلاحیت روبه‌رو می‌باشیم؟

علت این تردید این است که ق.د.ت.ب. در مواد ۹ و ۱۷، صلاحیت هم‌زمان دادگاه و دیوان داوری را می‌پذیرد. البته ممکن است این صلاحیت‌ها، در طول یکدیگر باشند. به این صورت که اول به داور و بعد به دادگاه مراجعه شود و یا بالعکس؛ اما این اطلاق را نمی‌توان از این دو ماده استنباط نمود.^{۴۲}

از دیگر سوی توافق طرفین بر حذف صلاحیت مستقیم دادگاه در امور فوری، هم برخلاف نظم عمومی است هم با شرایط اساسی صحت قرارداد منافات دارد زیرا این توافق در امری است که هنوز محقق نشده و با حق مشروع افراد مبنی بر مداخله دادگاه در امور فوری منافات دارد.

به هر حال، همان‌طور که اشاره شد در عمل به دلیل اینکه قدرت اجرایی در دست محاکم می‌باشد می‌توان گفت یکی دیگر از محدودیت‌هایی که درباره اصل صلاحیت هم‌زمان دادگاه‌ها و داوری وجود دارد و بر آن تخصیص وارد می‌کند، صلاحیت دادگاه‌ها در اجرای دستور موقت است؛ زیرا رأی صادره توسط داور به تنهایی توان اجرایی ندارد، اما در صورتی که محکوم‌علیه به اختیار، رأی داور را اجرا نکند، می‌تواند از دادگاه درخواست اجرای آن را بخواهد و دادگاه دستور را بررسی کرده و عندالافتضاء دستور اجرا صادر می‌کند؛ بنابراین دستور اجرای دادگاه است که به رأی داور قدرت اجرایی می‌دهد.^{۴۳}

رویه قضایی در این مورد ثابت نمی‌باشد و حتی دیده شده که دادگاهی، در زمان اجرای رأی داور، دستور موقت صادر کرده است؛ دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۳۴۲۹۳۰۰۲۰۹ موضوع پرونده شماره ۸۹۰۹۹۸۳۴۲۹۳۰۰۲۵۱ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی بیم: «درخصوص

41. Rolf. M Winkler Haver, Mailander Stuttgart, *Interim Measures in International Arbitration, International Arbitration and Mediation from the Professionals Perspective* (Germany: Yorkhil Law Publishing, 2007), 158.

۴۲. جلال مصلحی، «حدود مداخله دادگاه‌های ملی در روند داوری»، پژوهش حقوق و سیاست ۱۵ و ۱۶ (۱۳۸۴)، ۲۶۹-۲۶۴.

۴۳. لعیا جنیدی، رضا حق‌پرست، «خألهای قانون آیین دادرسی مدنی در صدور قرار دستور موقت از جانب داور»، مطالعات حقوق خصوصی ۲ (۱۳۹۳)، ۴۲۸.

دادخواست آقای محمدجواد مدیرعامل شرکت فرهنگیان بـم به طرفیت آقای حسین ... و صادق ... مالکین شرکت تولیدی موتورسیکلت ... مبنی بر دستور فوری بر توقف عملیات اجرایی، وکیل خواهان در این خصوص توضیح می‌دهد که طبق بند ۵ قرارداد مقرر شد که در قبال پرداخت ثمن معامله تمامی کارت‌های مربوط به موتورسیکلت‌ها به شرکت تعاونی فرهنگیان مسترد شود که در رأی داور لحاظ نشده است؛ ضمن اینکه شرکت تعاونی فرهنگیان از کل ... تماماً غیر از سی میلیون تسویه نموده و مبلغ اخیر نیز به‌عنوان ضمانت استرداد کارت موتورسیکلت‌ها نزد شرکت موجود است و هر زمان کارت‌ها را تحویل بگیرد بلافاصله بدهی پرداخت خواهد شد. باتوجه به رأی دآوری در قبال بیست و شش میلیون تومان برخی از اموال شرکت تعاونی در مرحله اجرای حکم توقیف شده درحالی که طبق استعلام بانک توسعه تعاون مبلغ بیست و یک میلیون از هفت قسط پرداخت شده و تنها یک قسط آخر به مبلغ سه میلیون باقی مانده. دادگاه باتوجه به اظهارات وکیل محترم و مستندات موجود خواسته وی را مقرون به صحت تشخیص و باتوجه به اینکه بدهی خواهان تنها سه میلیون است و توقیف اموال به میزان قیدشده در برگ اجرایی وجاهت قانونی ندارد لذا دادگاه با استناد به مواد ۳۵ و ۳۱۰ قانون دستور فوری بر توقیف عملیات اجرایی از اموال شرکت تعاونی صادر و اعلام می‌نماید.»

۴- نقش قانون حاکم در صدور اقدامات تأمینی

اصل حاکمیت اراده در مورد قانون حاکم بر ماهیت دعوی در دآوری‌های تجاری بین‌المللی مورد پذیرش واقع شده است و بر این اساس طرفین می‌توانند بر سر قانون حاکم با هم توافق نمایند و در صورت نبود چنین توافقی داوران به صلاحدید خود به این مهم مبادرت می‌ورزند. در حال حاضر این امر به صورت یک قاعده معروف بین‌المللی درآمده است. بحث قانون حاکم در دآوری، ناشی از خصیصه بین‌المللی بودن این دآوری‌هاست و زمانی که عنصر خارجی در دآوری ورود پیدا کند، قوانین متعددی ممکن است به دآوری مربوط شود و هر کشور مقررات بین‌المللی خصوصی یا تعارض قوانین خود را دارد. این قواعد تعارض، قانون ملی دادگاه است که قانون حاکم را تعیین می‌نماید. قانون حاکم منحصر به قانون ماهوی برای حل و فصل اصل دعوی نیست، بلکه باتوجه به نوع هر اختلاف، قانون حاکم بر آن برگزیده می‌شود.

اختیار اعمال اقدامات تأمینی و موقت به طور کلی موضوعی شکلی توصیف می‌شود و لذا تابع قانون حاکم بر داوری است.^{۴۴} در موارد بسیاری قانون حاکم اختیار صدور را به طور ضمنی (نه اختیار را به داوران می‌دهد نه از آنها سلب می‌کند) به دیوان داوری می‌دهد، مشروط بر آنکه طرفین با توافق، آن را از داور سلب نکرده باشند. این توافق ممکن است صریحاً در موافقت‌نامه داوری درج شده باشد یا در قواعدی باشد که طرفین آن را در حکومت بر قرارداد خود انتخاب کرده‌اند.^{۴۵}

طرفین می‌توانند با توافق صریح خود در موافقت‌نامه داوری مانع دخالت دادگاه‌ها در داوری شوند. حال اینکه توافق تا چه حد مؤثر خواهد بود بستگی به قانون قابل اعمال بر داوری دارد. سیستم‌های حقوقی در این زمینه متفاوت هستند. در داوری‌های ایکسید چنانچه کشورهای عضو رجوع به دادگاه‌های ملی را شرط نکرده باشند، طرفین داوری حق رجوع به دادگاه‌ها را برای اعمال اقدامات تأمینی نخواهند داشت (ماده ۲۶).

دسته‌ای از قوانین ملی داوری اعلام کرده‌اند که دادگاه‌ها می‌توانند در خصوص دعاوی داوری اقدامات تأمینی یا موقت اعمال نمایند، این خود به منزله آن است که رجوع به دادگاه به حکم قانون بوده است و حق رجوع به داوری به موجب همان قانون محفوظ می‌ماند.^{۴۶} به موجب قانون حاکم، قانون منتخب طرفین حاکم می‌گردد که شرایط آن در هر دعوی اختصاصی بوده و به قرارداد و اوضاع و احوال بستگی دارد. در بسیاری از قوانین و مقررات از جمله ماده ۱۷ قانون نمونه و ماده (۱) ۱۰۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان مقرر شده، در صورتی دیوان داوری می‌تواند اقدامات تأمینی را اعمال کند که اعمال آنها را مناسب، مقتضی یا ضروری و گریزناپذیر تشخیص دهد. این پیش‌داوری در داوری‌های بین‌المللی لازم نیست.

نتیجه

در رسیدگی‌های داوری همچون رسیدگی‌های دادگاهی، نیاز به اعمال اقدامات تأمینی و موقت، فوریت و اهمیت خاصی می‌یابد. این اقدامات با هدف حفاظت از ادله یا اموال و یا برای حمایت از خواسته یک طرف در دعوی اصلی ضرورت می‌یابد. قانونگذار ایران

۴۴. دی‌ام‌لیو، ای میستلیس و ام کرول، پیشین، ۵۸۹.

45. Gary Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* (Netherlands: Transnational Publishers, The Hague/ Kluwer Law International, 2001), 922.

46. David Rene, *Arbitration in International Trade* (Netherlands: Springer, 1985), 21.

درخصوص صدور این دستورات دارای رویکردی دوگانه می‌باشد. درحالی‌که قانون داورى تجارى بین‌المللى امکان صدور دستور موقت و تأمین خواسته را پیش‌بینی کرده، قانون آیین دادرسی مدنى در این خصوص سکوت اختیار کرده که این موضوع خود باعث بروز تردیدهایی در داورى داخلی شده است. در قوانین داورى برخی کشورها اختیار صدور قرارها و دستورات موقت و تأمینى را به داورى واگذار کرده‌اند. با وجود اینکه داوران اختیار ذاتى برای صدور دستور موقت و اقدامات تأمینى را ندارند، اما طرفین می‌توانند با توافق این اختیارات را به داوران بدهند. البته در این خصوص محدودیتی وجود دارد که طرفین می‌توانند با توافقات خود صلاحیت صدور این اقدامات را از دیوان داورى و دادگاه سلب کنند زیرا منشأ داورى اراده طرفین می‌باشد درمقابل، برخی از قوانین اختیار صدور دستورات موقت و اقدامات تأمینى را در انحصار دادگاه‌های ملّى قرار داده‌اند. لازم به ذکر است که صدور اقدامات تأمینى توسط دادگاه، اعراض از موافقت‌نامه داورى نیست. در این خصوص هم محدودیتی وجود دارد و آن این است که باتوجه به تفسیر رایج محاکم از ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی مدنى که به‌عنوان قاعده‌ای عام مطرح است، صلاحیت ذاتى صدور چنین اقداماتی را به دادگاهی می‌دهد که اصل دعوا در آنجا مطرح است. در نهایت امکان صدور دستور موقت از سوى دیوان داورى و دادگاه مورد اختلاف است. در این نوشتار سعی وافر به عمل آمد تا با تبیین امکان صدور دستور موقت توسط دیوان داورى و دادگاه، اصل صلاحیت هم‌زمان و هم‌عرض این دو مرجع را در صدور اقدامات تأمینى و محدودیت‌های ناشی از آن را که شامل محدودیت ذاتى اختیار داوران و دیگری اصالت و عام بودن صلاحیت یا اختیار دادگاه‌هاست، ارائه دهیم؛ بنابراین با در نظر گرفتن نکات یادشده در داورى چون رسیدگی به ماهیت دعوا در صلاحیت دیوان داورى می‌باشد، دادگاه‌ها در موارد خاص و اضطرارى که اعمال این اقدامات توسط داورى به‌هیچ‌عنوان میسر نیست، اختیار اعمال اقدامات را دارند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- ابهری، حمید، رضا زارعی. «مراجع و مقام‌های صالح برای صدور دستور موقت در حقوق ایران». فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی دانشگاه شهید چمران اهواز ۱ (۱۳۹۲): ۲۸-۳.
- ادریسبان، محمدرضا. دستور موقت. ویرایش دوم. تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۰.
- امیرمعزی، احمد. داوری تجاری بین‌المللی. ویرایش چهارم. تهران: مؤسسه انتشارات دادگستر، ۱۳۹۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دانشنامه حقوقی. جلد سوم. ویرایش چهارم. تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.
- جنیدی، لعیا. قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- جنیدی، لعیا، رضا حق‌پرست. «خلاهای قانون آیین دادرسی مدنی در صدور قرار دستور موقت از جانب داور». مطالعات حقوقی خصوصی ۲ (۱۳۹۳): ۴۳۵-۴۱۱.
- خدابخشی، عبدالله. حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی. ویرایش سوم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
- دی‌ام‌لیو، جولیان، لوکاس ای میستلیس و استفان ام کرول. داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی. ویرایش اول. ترجمه محمد حبیبی مجنده. قم: انتشارات دانشگاه مفید قم، ۱۳۹۱.
- شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی. جلد سوم. ویرایش نوزدهم. تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۰.
- شهناز، الهه، محمدرضا غلامپور. «صدور دستور اقدامات موقت در داوری داخلی و بین‌المللی ایران». فقه تاریخ تمدن ملل اسلامی ۳۷ (۱۳۹۲): ۳۴-۱۱.
- شبروی، عبدالحسین. داوری تجاری بین‌المللی. ویرایش سوم. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
- صفایی، سید حسین. «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۰ (۱۳۷۷): ۳۹-۵.
- عابدیان، میرحسین. «داوری در امور تجاری». ماهنامه تعالی حقوق ۲(۱۸) (۱۳۸۶): ۲۸-۱۲.
- محبتی، محسن. «دستور موقت در داوری بین‌المللی». فصلنامه داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران ۸-۷ (۱۳۹۰): ۸۵-۵۹.
- محبتی، محسن، محمد کاکاوند. مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران. ویرایش سوم. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱.
- مصلحی، جلال. «حدود مداخله دادگاه‌های ملی در روند داوری». پژوهش حقوق و سیاست ۱۵ و ۱۶ (۱۳۸۴): ۲۶۹-۲۶۴.
- معین، محمد. فرهنگ فارسی. ویرایش هفتم. تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱.

نهرینی، فریدون. *دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی*. ویرایش اول. تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.

نیک‌بخت، حمیدرضا. *داوری تجاری بین‌المللی (آیین داورى)*. ویرایش دوم. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰.

همت‌کار، حسین. «صدور دستور موقت و قرار تأمین توسط داور». *پژوهش‌های مدیریت راهبردی* ۲۳ و ۲۴ (۱۳۸۰): ۱۰۱-۱۲۸.

یوسفزاده، مرتضی. *آیین داورى*. ویرایش دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.

(ب) منابع انگلیسی

Adhipathi, Sandeep. "Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future." LLM Thesis and Essays, Alumni: University of Georgia School of Law, 2003.

Berger, Klaus Peter. *International Economic Arbitration*. Germany: Kluwer Law January, 1993.

Born, Gary. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. 2nd ed. Netherlands: Transnational Publishers, The Hague/ Kluwer Law International, 2001.

D.M.Lew(ed), Julian. *Contemporary Problem in International Arbitration*. London: Martinus Nijhoff Publishers Springer Science & Business Media, 1987.

Derains, Yves, Eric Schwartz A. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. 2nd ed. Netherlands: Kluwer Law International, 1998.

Haikola, Elina. "5-Arbitral Tribunals and National Courts Constant Battle or Efficient Co-Operation?" *Lapin Yliopisto, Kevat* 37 (2013): 65-66.

Mellwrath, Micheal, John Savage. *International Arbitration and Meditation*. Netherlands: Wolters Kluwer Law International BV, 2010.

Morek, Rafal. *Interim Measures in Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe: The Need for Further Harmonization*. Poland: Juris Legal Information, Maklu Publishers & Associational for International Arbitration, 2007.

Nimark, Richard and Stephanie Keer. "Analysis of UNCITRAL Questionnaires on Interim Relief." *Mealey's IAR, Singapore Academy of Law Journal* 3 (2001): 14-32.

Rene, David. *Arbitration in International Trade*. Netherlands: Springer, 1985.

Sammartano, Mauro Robin. *International Arbitration Law*. 2nd ed. The Hague, Netherlands: Boston, MA: Kluwer Law International, 1992.

Winkler Haver, Rolf. *Interim Measures in International Arbitration, International Arbitration and Meditation from the Professionals Perspective*. Germany: Yorkhil Law Publishing, 2007.

Zekos, Georgios I. *International Commercial and Marine Arbitration*. New York, USA: Routledge-Cavendish, 2008.