

The Validity of Judicial Measures before the issuance Arbitration Award in Iranian Law and International Documents

Ahmad Esfandiari¹

Abstract

Field and Aims: One of the issues in arbitration proceedings is the request for a decision on conservatory or interim measures- which have a judicial nature- in an arbitration dispute before the issuance of the award and the tribunal to issue it. This article seeks to examine the validity of judicial decisions before the award in Iranian law, especially in domestic arbitration proceedings and to determine it's tribunal before and after the formation of the arbitration tribunal in light of international documents.

Method: The research method in this article is descriptive-analytical.

Findings and Conclusions: Though that feasibility of issuing urgent orders, in judicial proceedings and permission of judicial measures before the award according to international arbitration documents, including the UNCITRAL model law, is certain and the tribunal doing it is clear, in domestic arbitration, the feasibility of of mentioned measures before the issuing of award and if feasible, the tribunal doing it before and after formation of arbitration has always been controversial. In the absence of a legal text, some, due to the lack of jurisdiction of court to deal with the nature of lawsuit despite the arbitration agreement, and as a result, to prejudgment, and the fact that the provisions related to urgent proceedings are exceptional and the absence of a legal text, absolutely rejected it. Others accepted it in general in accordance with international arbitration documents, assuming the parties agree on the feasibility of doing it by arbitrator. Although above measures are acceptable in the light of legal principle of negation of legal dead end and some jurisprudential rules such as interdiction of obligatory, the requirements of permission and the need to ward off possible danger. in domestic arbitration proceedings, it is acceptable to do it before the arbitration and even after that by arbitration tribunal, especially if it's implementation requires using of coercive power or dealing with the rights of third parties, intervention of court is necessary.

Keywords: Measures, Maintenance of Status Quo, Preservation of Assets, Interim Measure, Preliminary Order, Preservation of Evidence.

*Citation (APA): Esfandiari, A. (2024). The Validity of Judicial Measures before the issuance Arbitration Award in Iranian Law and International Documents. *International Legal Research*, 17(66), 93-112.

1. Department of Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. Email: ahmadesfandiari@iausari.ac.ir

اعتبار تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی

احمد اسفندیاری^۱

چکیده

زمینه و هدف: یکی از موضوعات مبتلا به در رسیدگی‌های داوری، تقاضای اتخاذ تصمیم در مورد قرارهای تأمینی یا موقتی - که دارای ماهیت قضاوتی می‌باشد - در دعوای داوری پیش از صدور رأی و مرجع صدور آن است. این مقاله به دنبال بررسی اعتبار تصمیمات قضاوتی پیش از رأی داوری در حقوق ایران، بویژه در رسیدگی‌های داوری داخلی و تعیین مرجع صدور آن پیش و پس از تشکیل مرجع داوری در پرتو اسناد بین‌المللی است.

روش: روش تحقیق در این مقاله به صورت توصیفی - تحلیلی است.

یافته‌ها و نتایج: با اینکه امکان صدور قرارهای فوری از جمله دستور موقت، قرار تأمین خواسته و قرار تأمین دلیل در رسیدگی‌های قضایی و جواز اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری، مطابق اسناد بین‌المللی داوری از جمله قانون نمونه آنسیترال و همچنین، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، امری مسلم بوده و مرجع انجام آن مشخص می‌باشد، صدور آن در حقوق داوری داخلی و با فرض پذیرش، مرجع صادرکننده آن پیش و پس از تشکیل داوری، همواره محل مناقشه بوده است. در فقدان نص قانونی، عده‌ای به دلیل فقدان صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به ماهیت دعوا با وجود قرارداد داوری و به تبع آن، نسبت به تصمیمات مذکور و استثنایی بودن مقررات مربوط به دادرسی فوری و عدم وجود نصی قانونی، به طور مطلق، صدور آن در رسیدگی‌های داوری داخلی را رد نمودند. برخی نیز در هماهنگی با اسناد بین‌المللی داوری، در فرض توافق طرفین بر امکان صدور آن از سوی داور، آن را به طور کلی پذیرفتند. اگرچه اتخاذ تصمیمات فوق در پرتو اصل حقوقی نفی بن‌بست دادرسی و برخی قواعد فقهی مانند مقدمه واجب، لوازم اذن و لزوم دفع خطر احتمالی و... در رسیدگی‌های داوری داخلی، قابل قبول می‌نماید، پیش از تشکیل داوری و حتی پس از آن از سوی مرجع داوری، مخصوصاً در صورت عدم توافق طرفین و لزوم استفاده از قوه قهریه یا برخورد با حقوق اشخاص ثالث، مداخله دادگاه لازم می‌شود.

کلیدواژه‌ها: تصمیمات، حفظ وضع موجود، تأمین خواسته، دستور موقت، قرار مقدماتی، تأمین دلیل.

* استناددهی (APA): اسفندیاری، احمد. (۱۴۰۳). اعتبار تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۷ (۶۶)، ۹۳-۱۱۲.

۱. گروه حقوق، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. رایانامه: ahmadesfandiari@iausari.ac.ir

مقدمه

در برخی نظام‌های حقوقی، دادرسی فوری - که فرع بر دادرسی عادی محسوب می‌شود و هنگام وجود خطر تهدیدکننده، نسبت به منافع مشروع خواهان، راه‌حلی سریع و موقت را پیش‌بینی می‌نماید به موازات دادرسی عادی تشریع شده است تا حقوق و موقعیت‌های قانونی اشخاص تا زمان تقدیم دعوا در مرجع صالح و طی شدن سیر طبیعی دادرسی عادی، مورد حمایت قرار گیرد. نتیجه اینکه هر جا ماهیت دعوی از صلاحیت دادرسی عادی خارج شود، یعنی مربوط به مسائلی باشد که خوف فوت وقت درباره آن‌ها وجود دارد، مشمول دادرسی فوری خواهد بود. واژه «دادرسی فوری» در ماده ۱۹ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ به کار رفته و مطابق ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، نباید به دادرسی عادی واگذار شوند و در انتظار نتیجه نهایی پرونده قرار گیرند. از این رو، وجود فوریت و احراز آن صرفاً برای ارائه حمایت موقتی است.

از زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری تا پیش از صدور رأی از سوی داور و سپس، صدور اجرائیه تا امکان اجرای آن، معمولاً باید مدتی نسبتاً طولانی سپری شود که خواننده را - که از همان ابتدا منکر حق مورد ادعای خواهان بود در موقعیتی قرار می‌دهد که از طریق بهم‌زدن وضع موجود، عدم انجام تعهدات قراردادی و الزامات قانونی، جابجایی اموال منقول و وجوه نقد و... اجرای حکمی را - که به سختی و با صرف وقت و هزینه فراوان بدست می‌آید - با موانعی روبرو سازد. علاوه بر این، طولانی بودن مدت مذکور ممکن است موجب شود ادله‌ای که پیش از طرح دعوا وجود داشته یا اموالی که قبل و هم‌زمان اقامه دعوا در اختیار و مالکیت خواننده بوده تا زمان اجرای حکم با تعدی یا تفریط، ارزش خود را از دست داده یا اینکه متعلق حق دیگران قرار گیرد. از این رو، قانونگذاران برای حفظ حقوق مورد ادعای خواهان، نهادهایی از جمله آنها «تأمین خواسته»، «دستور موقت»، «تأمین دلیل» را پیش‌بینی نمودند.

قانونگذار ایرانی به تبعیت از دیدگاههای فقهی که بر اساس آن، موافقت‌نامه معتبر داوری، ضمن ایجاد صلاحیت برای مرجع داوری در رسیدگی به دعوا، مطابق توافق طرفین، اصل صلاحیت انحصاری مراجع قضایی برای رسیدگی به موضوع اختلاف را با استثناء مواجه می‌سازد (طوسی، ۱۴۲۲: ۶، ۴۲۱؛ ابن قدامه، بی‌تا: ۴۸۵) و با الگوگیری از نظام‌های حقوقی سایر کشورها و اسناد بین‌المللی مرتبط و از جمله قانون نمونه آنسیترال راجع به داوری تجاری بین‌المللی^۱ - که از این پس «قانون نمونه آنسیترال» نامیده می‌شود - قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲ و کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی ۱۹۵۸ نیویورک نیز داوری را به عنوان گزینه جایگزین حل و فصل دعاوی به رسمیت شناخته است؛ در دو سطح داوری داخلی و داوری

1- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

2- International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce Rule



بین‌المللی، مقرراتی را وضع نمود. به این ترتیب، اثر ایجابی موافقتنامه داوری، مرجع داوری را برای رسیدگی به ماهیت دعوی، صالح می‌شناسد. برعکس، اثر سلبی آن، صلاحیت مراجع قضایی را در رسیدگی به ماهیت دعوی داوری، نفی می‌نماید (درویشی هویدا، ۱۳۹۰: ۸۵). به رغم عدم وجود نص در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، این امر از مفهوم مخالف ماده ۴۶۳ قانون مذکور، قابل استنباط می‌نماید (کریمی، بی‌تا: ۱۳۰؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۱۳۷). با اینکه صلاحیت رسیدگی به ماهیت دعوی از سوی مرجع داوری در صورت وجود موافقتنامه داوری معتبر به صورت اصل کلی در بسیاری از اسناد مربوط به مؤسسات داوری بین‌المللی از جمله قواعد داوری آنسیترال و مواد ۲۸ و ۳۰ قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پذیرفته شده و امکان صدور برخی قرارها مانند قرار تأمین خواسته و مخصوصاً دستور موقت حتی برای مرجع داوری به رسمیت شناخته شده است (انصاری معین، ۱۳۸۹: ۳۶)، در حقوق داوری داخلی ایران در مورد امکان صدور آن از یک سو و رجوع صدور آن از سوی دیگر، تردیدهایی وجود دارد. سؤال مطرح این است که آیا اثر ایجابی مترتب بر موافقتنامه داوری را می‌توان به گونه‌ای تعمیم داد که علاوه بر رسیدگی به ماهیت دعوی، اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری (پیش از شروع رسیدگی داوری و یا حتی پس از شروع آن و پیش از صدور رأی داوری نیز از سوی مرجع داوری)، ممکن باشد؟

این تحقیق به روش توصیفی و تحلیلی صورت می‌پذیرد و هدف از آن، تبیین امکان اتخاذ تصمیمات مذکور در رسیدگی‌های داوری و در صورت امکان از سوی مرجع داوری می‌باشد. به رغم اینکه موضوع اتخاذ این تصمیمات، مبتلا به آنها می‌باشد، به جز مطالبی که به صورت پراکنده مطرح شده است، پژوهش جامعی در این مورد انجام نگردیده است. از این رو، ضرورت نوشتن این مقاله دوچندان می‌نماید.

۱. مبانی تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری

با اینکه امکان اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در مواد ۹ و ۱۷ قانون نمونه آنسیترال و همچنین، مواد ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ با تفاوت جزئی پذیرفته شده است، به دلیل سکوت قانونگذار، این موضوع در رسیدگی‌های داوری داخلی از سوی نویسندگان حقوق داوری با تردیدهایی همراه بوده است. هرچند در مواردی که دعوا به داوری ارجاع می‌شود، دادگاه‌ها حق رسیدگی به ماهیت اختلاف را ندارند، در این مورد که آیا این محدودیت شامل مداخله در اتخاذ تصمیماتی نیز می‌شود، پاسخ‌های متفاوتی داده شده است:

مطابق نظر برخی نویسندگان حقوق داوری، از آنجا که انجام اقدامات فوق در صلاحیت دادگاهی است که به اصل دعوا رسیدگی می‌کند، از یک سو، به دلیل فقدان صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به اصل دعوا، نمی‌توان اختیاری نسبت به اتخاذ تصمیمات مذکور برای آن قائل

گردید و از سوی دیگر، از آنجا که مقررات دادرسی فوری خلاف اصل حاکم بر مقررات دادرسی عادی بوده و اعمال آن نیازمند نص قانونی است و با توجه به عدم وجود چنین نصی در داوری داخلی، داور نیز از چنین اختیاری به طور کلی، ممنوع بوده و اتخاذ تصمیمات فوق در داوری داخلی هم از سوی دادگاه و هم از سوی مرجع داوری غیرممکن می‌شود (شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۵۵۸). هرچند در توجیه چنین دیدگاهی می‌توان به عبارت معروف «در مورد آنچه خلاف اصل باشد، باید به قدر متیقن اکتفا نمود» (جبعی عاملی، ۱۳۰۸ق: ۲، ۱۹)^۱ استناد کرد، به طور قطع، اصول بالادستی فقهی و حقوقی، جواز اتخاذ چنین تصمیماتی را در هر نوع رسیدگی از جمله رسیدگی داوری به دلایل زیر تقویت می‌نماید:

۱-۱. نفی خلأ دادرسی

در اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران - که دسترسی به دادگاههای صالح را حق مسلم هر فرد به حساب آورده است - واژه «دادگاه» به مفهوم مرجع رسیدگی به اختلافات و دعاوی، مرجع داوری را نیز شامل می‌شود. به این ترتیب، هرگاه در فاصله میان ارجاع امر به داوری - که صلاحیت مرجع قضایی در ورود به ماهیت اختلاف به نفع مرجع داوری سلب شده و صدور حکم از سوی مرجع اخیر - هیچ یک از دو مرجع قضایی و داوری اختیار اتخاذ تصمیمات پیش‌گفته را نداشته باشند، متقاضی آن با خلأ و بن‌بست در دادرسی مواجه می‌شود.

۱-۲. مقدمه واجب و لوازم اذن

مطابق قواعد اصولی، هرگاه حصول امری واجب متوقف بر انجام کار دیگری (مقدمه) باشد، به حکم عقل، آن مقدمه نیز واجب می‌شود (مظفر، ۱۴۲۵: ۳۷؛ صدر، ۱۴۳۰: ۲، ۲۳۶). علاوه بر این، هرگاه انجام کاری مأذون باشد و آن کار دارای لوازمی باشد، آن لوازم نیز مأذون می‌شود (محمدی، ۱۳۷۵: ۲۲۱). به این ترتیب، هرگاه موافقتنامه داوری موجب اعطای صلاحیت ذاتی رسیدگی به ماهیت اختلاف به مرجع داوری شود، صلاحیت اتخاذ چنین تصمیماتی نیز - که جزئی از اصل محسوب است - از آن تبعیت می‌نماید (راتب، ۱۹۸۵: ۱۰۰). با اینکه در داوری داخلی، نصی در مورد اجازه اتخاذ تصمیمات مذکور دیده نمی‌شود، به استناد ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، این موضوع را باید جزئی از آیین داوری شمرد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۱، ۲۹۳).

^۱ - اقتصاداراً فیما خلف الاصل علی محل الوفاق



۳-۱. وجوب دفع ضرر محتمل

بر اساس قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، عقل به دفع ضرر احتمالی حکم می‌دهد؛ به این معنی، دفع اقدامی است که مانع از تأثیر مقتضی می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۹: ۳، ۳۴۹)؛ یعنی در موردی که انجام فعلی متضمن ضرر باشد، عقل دفع آن را واجب شمرده و در موردی که ترک آن موجب ضرر باشد، الزام به انجام آن را لازم می‌شمارد (انصاری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۷۹). وجوب نیز یکی از مستقلات عقلیه می‌باشد که صرفاً از عقل نشأت گرفته است. به این ترتیب، در رسیدگی‌های داور، نیز هرگاه احتمال قوی بر اثبات حقانیت متقاضی پیش داور و وجود داشته باشد، منع انجام فعلی که ارتکاب آن متضمن ضرر بوده و الزام به انجام فعلی که ترک آن موجب ضرر باشد، نه تنها با حکم عقل منافاتی ندارد، بلکه تحقق آن از طریق اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داور لازم می‌نماید.

۴-۱. اصل حاکمیت اراده

به لحاظ فقهی، با توجه به عموم آیه «اوفاوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱)، اختیار توافق بر اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داور برای طرفین با هیچ محدودیتی روبرو نخواهد بود. علاوه بر اینکه درباره مشروعیت موافقتنامه داور به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» نیز استناد شده است (صانعی، ۱۳۸۵: ۱۷)، عده‌ای در صورت توافق طرفین، رسیدگی داور در امور کیفری را نیز تجویز کردند (حلی، ۱۴۱۹: ۳، ۴۱۹). در این صورت، توافق طرفین بر امکان اتخاذ چنین تصمیماتی از سوی داور، به طریق اولی با مانعی روبرو نمی‌باشد. مطابق اصل حاکمیت اراده، طرفین موافقتنامه داور اختیار دارند که اجازه اتخاذ آنها را به مرجع داور اعطا نمایند؛ بدون اینکه با مانع نظم عمومی یا قواعد آمره مواجه شوند (امیرمعزی، ۱۳۹۳: ۱۶۶).

علاوه بر این، به استناد برخی آیات (سوره نساء، آیه ۱۲۸) و روایات، صلح - که مجرای حاکمیت اراده در فقه می‌باشد - برای حل همه اختلافات بجز آنچه که حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند، مجاز اعلام شده است (حرعاملی، ۱۴۲۷: ۹، ۸۸؛ حلی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۷۲؛ نجفی، ۱۳۷۹: ۲۶: ۲۱۱) و همه اختلافاتی که از طریق صلح قابل حل و فصل باشد، در داور قابل طرح بوده و حکم داور در این مورد به منزله صلح تلقی شده است (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۲، ۱۲۷). در حقوق ایران، اگرچه نصی در این مورد وجود ندارد، اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حل و فصل دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی از طریق صلح و داور را تحت قاعده یکسانی قرار داده و حسب مورد، آن را به موافقت مراجع خاصی موکول نموده است. بنابراین، از آنجا که اقدامات موضوع تصمیمات فوق می‌تواند میان طرفین دعوی موضوع صلح واقع شود، طرح آنها در رسیدگی داور نیز با مانعی مواجه نمی‌گردد.



۲. قلمرو تصمیمات قضاوتی پیش از صدور حکم داور

طبق فراز الف بند ۱ ماده ۱۷ قانون نمونه آنستیرال، مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داور باید تأثیر اقدام موقت را بر طرف دیگر داور در نظر بگیرد تا اطمینان یابد که اقدامی، نامتناسب نباشد. این امر در تصمیماتی که داور هنوز از ماهیت دعوا اطلاعی ندارد، پراهمیت می‌نماید. حفظ فرآیند داور، حفظ وضعیت موجود، تأمین اموال و تأمین دلایل به عنوان موارد اتخاذ تصمیمات فوق برشمرده شده است:

۲-۱. حفظ فرآیند داور

وقتی طرفین قرارداد، اختلاف یا دعوا توافق می‌نمایند که اختلافات خود در موضوع خاصی را از طریق داور حل و فصل کنند و یکی از آنها برای احقاق حقوق خود به مرجع داور رجوع می‌نماید و حتی پیش از آن، منع طرف دیگر از طرح آن در مرجع قضایی به دلایل مختلفی از جمله لزوم جلوگیری از صدور آرای معارض، اهمیت می‌یابد، فراز ب بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه داور آنستیرال به مرجع داور این اختیار را می‌دهد که از انجام هرگونه اقدامی توسط طرفین که ممکن است موجب ایجاد مانع یا تأخیر در روند داور شود، جلوگیری کند. این کار از طریق صدور دستور موقتی صورت می‌پذیرد که به موجب آن، مرجع داور به یکی از طرفین دستور می‌دهد که رسیدگی موازی از طریق دادگاه یا سایر مراجع را در همان موضوع دنبال ننماید. در قوانین داور ایران، هرچند چنین اختیاری پیش‌بینی نشده است، پس از انعقاد موافقت‌نامه معتبر داور، ضمن ایجاد صلاحیت برای مرجع داور در رسیدگی به دعوی، مطابق توافق طرفین، اصل صلاحیت مراجع قضایی برای رسیدگی به موضوع اختلاف با استثناء مواجه شده و سلب می‌گردد (درویشی هویدا، ۱۳۹۰: ۸۵؛ شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۵۵۸). با اینکه یکی از شعب دادگاه حقوقی با وجود در حال رسیدگی بودن موضوع نزد داور تعیینی و طرح دعوای متقابل از سوی خواننده، به استناد اینکه قاضی دادگاهی که دعوا نزد او مطرح شده است، مطابق اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها آیین دادرسی کشور متبوع خود را برای احراز صلاحیت خود اعمال می‌کند، بر اساس ماده ۹۷۱ قانون مدنی و ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، خود را صالح شناخته است (عابدی، ۱۳۸۵: ۹)، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی ۱۴۷۲-۸۵/۱۲/۲۵ طرح دعوی در مرجع قضایی با وجود موافقتنامه داور را به استناد مخالفت با اصل حاکمیت اراده در قراردادها و روح ماده ۱۰ قانون مدنی مردود تلقی نموده و قرار عدم صلاحیت صادر کرده است (زندى، ۱۳۸۸: ۱۱۹).



۲-۲. حفظ وضع موجود

مطابق فراز الف بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه داوری آنسترال، اقدام موقتی باید وضعیت موجود را تا زمانی که تصمیم نهایی در مورد ماهیت پرونده صادر شود، حفظ کند؛ برای مثال، چنانکه در اختلاف بین‌المللی راجع به ساخت‌وساز، کارفرما درخواست کند، از مرجع داوری، پیمانکار کل را ولو اینکه مدعی داشتن حق تعلیق آن باشد، به ادامه کار خود ملزم نماید. در همان حال، به خریدار دستور ادامه پرداخت‌هایی داده می‌شود که مطابق قرارداد، در بدهکار بودن نسبت به آنها تردیدی وجود ندارد. این نوع اقدام موقتی از توقف پرهزینه کار ساخت‌وساز در کارگاه ساختمانی در مدتی که تصمیم نهایی در مورد ماهیت پرونده معلق است، جلوگیری می‌نماید (Roth, 2012: 430).

در حقوق ایران، دو نهاد «دستور موقت» و «قرار تأمین خواسته» که شامل مقرراتی درباره لزوم حفظ وضع موجود تا صدور حکم در ماهیت دعوا می‌باشد- برای حمایت از حقوق طرفین داوری از خطر، اهمیت زیادی دارد. دستور موقت از دو واژه «دستور» که به قاعده و قانون، آیین و روش... فرمان معنی شده است (عمید، ۱۳۷۹: ۶۰۲) و «موقت» به معنای آنچه زمان ناپایدار دارد و در مدت محدود و معینی به جا ماند (دهخدا، ۱۳۷۱: ۱۳، ۱۹۲۷۱)، ترکیب یافته است؛ در اصطلاح حقوقی، نوعی رأی است که به صورت قرار صادر می‌شود و علاوه بر توقیف مال، ممکن است مشعر بر انجام فعل یا ترک فعل باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۹۰) و دعوایی را جزئاً یا کلاً از میان نمی‌برد، بلکه صرفاً به سیر دعوا و حفظ حقوق اطراف در انتظار حل و فصل ماهیت آن، مرتبط می‌باشد. از آنجاکه معمولاً یکی از دو طرف دادرسی به انجام سریع دادرسی تمایل ندارد، باید در اسرع وقت، اقدام مناسبی انجام پذیرد (تفرشی و اسدی نژاد، ۱۳۹۱: ۱۰۴). دستور موقت، اقدامی است که به تبع اصل دعوا درخواست می‌شود؛ هرچند ممکن است قبل از مطرح شدن اصل دعوا، ضمن اقامه دعوا و یا پس از آن نیز صورت گیرد و تجویز آن به منظور پیشگیری از پیامدهای زیانباری است که به علت به درازا کشیده شدن صدور حکم لازم‌الاجرا، ذی‌نفع در معرض آن قرار می‌گیرد. علاوه بر دستور موقت، یکی از موارد قرار تأمین خواسته نیز حفظ وضع موجود است. «تأمین» به لحاظ لغوی به معنای ایمن کردن، حفظ کردن، امن کردن و... (معین، ۱۳۶۰: ۱۰۱۷) و در اصطلاح حقوقی نیز وقتی با واژه «خواسته» همراه می‌شود، به معنای نگهداشتن خواسته و مراقبت از آن تا زمان صدور حکم قطعی احتمالی به نفع خواهان و اجرای آن است که به صورت قرار و به تبع دعوای اصلی طرح شده یا قابل طرح صادر می‌شود و آن در مواردی است که خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد. برخی نویسندگان حقوقی، تضییع را قرار گرفتن مال در وضعیت تلف از طریق انجام فعل و تفریط را واقع شدن آن در وضعیت تلف از طریق ترک فعل توصیف نمودند

(شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۴۳۱) که مطابق بند ۲ ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی صورت می‌پذیرد.

۲-۳. تأمین اموال

فراز ج بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه آنسیترال، این حق را می‌دهد که برای تضمین اجرای رأی نهایی، اقدامات موقتی در مورد تأمین اموال طرف مقابل اعمال شود. این امر تضمین دارایی‌هایی است که ممکن است از آنها محل اجرای رأی صادر شده بعدی تأمین شود. اقدامات در این دسته شامل صدور قرارهای موقتی است که برای جلوگیری از ضرر یا خسارت استفاده می‌شود، مانند صدور دستوری که یک طرف را از انتقال وجوه نقد به رژیم اجرایی کمتر مساعد (مانند کشورهای غیر عضو کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸ نیویورک) منع می‌کند. در حقوق ایران، یکی از کارکردهای قرار تأمین خواسته و همچنین، دستور موقت، توقیف اموال است. موضوع دعوای اصلی خواهان خواه راجع به حقوق دینی باشد یا حقوق عینی، امکان تأمین آن وجود دارد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۳، ۴۳۲). به این ترتیب، خواهان می‌تواند از همان آغاز دادرسی و قبل یا بعد از آن، خواننده را از نقل و انتقال موضوع قرار باز دارد، در مواردی نیز او را از به‌کارگیری آن محروم نماید و آن را از دسترس بستانکاران احتمالی او خارج سازد (شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۴۲۷). به عبارت دیگر، قرارهای تأمینی، تصمیماتی است که با هدف ایجاد حالت واقعی یا قانونی برای تضمین اجرای حکم ماهوی در آینده صادر می‌شود (دراوشه، ۲۰۱۳: ۱۵). در این موارد، مستندبودن خواسته به سند رسمی به دلیل احتمال بالای حقانیت متقاضی در ماهیت دعوی، مستندبودن آن به اسناد تجاری وخواست‌شده، لزوم تضمین گردش پول تجاری و همچنین، پذیرش خسارت احتمالی در سایر موارد از سوی متقاضی و حفظ وضع موجود مبنای صدور قرار تأمین خواسته می‌باشد که در قانون نمونه داوری آنسیترال مورد توجه واقع نشده است.

۲-۴. تأمین دلایل

هرچند خواهان در انتخاب زمان اقامه دعوا آزاد است، یکی از امور مهمی که در این انتخاب باید به آن توجه نماید، دلایلی است که برای پیروزی در آن به آنها نیاز دارد. طرف مقابل نیز که ادعای بالقوه یا بالفعلی، علیه او، مطرح بوده و در انتظار اقامه دعوا علیه خویش می‌باشد، باید همواره در پی تدارک دلایلی باشد که مانع شکست او در دعوای احتمالی شود. هر یک از اصحاب دعوا مکلف به ارائه دلایل اعمال و وقایعی است که ادعاهای خود را بر آن بنا نهاده است. در اعمال حقوقی، معمولاً طرفین پیش از حدوث اختلاف از طریق درج آن در سندی یا گرفتن گواه، دلایلی را برای اثبات دعوا یا دفاع در برابر دعوای احتمالی لازم باشد، برای خود فراهم می‌آورند. در حالی که در مورد وقایع حقوقی - که زمان وقوع آنها برای طرفین قابل پیش‌بینی نمی‌باشد - دلیل



از پیش فراهم شده‌ای وجود ندارد و اثبات برخی وقایع از طریق دلایلی است که پس از زمان تحقق واقعه، تدارک دیده می‌شود. از آنجا که در صورت طرح دعوا، مرجع رسیدگی از ادعایی پشتیبانی می‌کند که مقرون به دلیل باشد، نقش دلیل و حفظ آن قابل توجه جلوه می‌نماید و امکان حفظ دلیل تنها از طریق تأمین دلیل میسر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۱۰۳). به این ترتیب، برخی از قرارهای موقت شامل تصمیماتی است که هدف از آن، حفظ دلایل لازم در اثبات رسیدگی به دعوا می‌باشد. مطابق فراز د بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه آنستیرال، مرجع داوری می‌تواند «دلایلی را که ممکن است برای حل و فصل اختلاف، مرتبط و با اهمیت باشد، تأمین کند» تا از اجرای صحیح دادرسی مطمئن شود.

وجود فاصله زمانی میان منشأ حق و اقامه دعوا و رسیدگی به آن می‌تواند دلایلی را در معرض تغییر، جابجایی و یا نابودی قرار دهد؛ مانند اینکه بیم آن باشد که سندی که در اختیار ثالث قرار دارد و در اثبات دعوا مؤثر می‌باشد، از بین برود یا اشخاصی که شاهد عمل یا واقعه حقوقی بودند، از دسترس شوند. این نهاد به معنای در امنیت قرار دادن دلایلی است که ممکن است به زیان یکی از طرفین در زمان دادرسی قابل دسترسی نباشد، مخصوصاً دلایلی که در اختیار طرف مقابل قرار دارد و اینگونه دلایل را ملاحظه و صورت‌برداری نماید و وضعیت موضوع را در هنگام اجرای قرار نشان می‌دهد و در مورد آنچه پیش یا پس از آن در موضوع تأمین روی داده است، حکایتی ندارد. پس از اجرای قرار، خواهان می‌تواند خوانده را از هرگونه تغییر وضعیت منع نماید.

۳. مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری

با فرض پذیرش امکان اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در رسیدگی‌های داوری داخلی به رغم سکوت قوانین موضوعه، تعیین مرجع صالح برای انجام آن دارای اهمیت ویژه می‌باشد و این سؤال مطرح می‌شود که متقاضی چنین تصمیماتی به کدام یک از دو مرجع قضایی یا داوری می‌تواند و یا باید رجوع نماید؟ از آنجا که داوری، مرجع صالح دائمی مانند مرجع قضایی محسوب نمی‌شود، پاسخ به سؤال فوق منوط به این است چنین درخواستی پیش از تشکیل داوری یا پس از آن صورت گیرد:

۳-۱. مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از تشکیل داوری

با وجود عدم تشکیل مرجع داوری، مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در مقایسه میان قانون نمونه داوری آنستیرال و نظام داوری ایران از یک سو و مقررات داوری بین‌المللی و داوری داخلی ایران از سوی دیگر، تفاوت‌های مهمی را آشکار می‌سازد. با اینکه پیش از تشکیل مرجع داوری، ظاهراً تنها گزینه در دسترس برای اتخاذ چنین تصمیمی، مرجع قضایی می‌باشد، جایگزین‌های دیگری نیز در این مورد مطرح شده است؛ به این معنی، در برخی نظام‌های

حقوقی، مرجع داوری را حتی پیش از تشکیل مرجع داوری برای اتخاذ چنین تصمیماتی، صالح دانستند:

۳-۱-۱. فقدان مرجع تصمیم‌گیر تا تشکیل داوری

مطابق تفسیر اغلب دادگاه‌های ایالات متحده از ماده ۲ کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی ۱۹۵۸ نیویورک، از آنجا که منظور از رأی داوری، هر گونه تصمیم داور اعم از حکم و قرار می‌باشد، پس از ارجاع دعوا به داوری، مرجع قضایی از هر گونه مداخله در مسائل مربوط به دعوای داوری و از جمله اتخاذ تصمیمات مذکور، ممنوع می‌شود و رسیدگی به موضوع در قلمرو صلاحیت مرجع داوری قرار می‌گیرد (بهمنی، ۱۳۸۷: ۲۵). در چنین مواردی، به دلیل سلب صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به موضوع به طور کلی از یک سو و عدم تشکیل مرجع داوری از سوی دیگر، متقاضی تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری، چاره‌ای جز در انتظارنشتن متقاضی تا تشکیل مرجع داوری برای رسیدگی به درخواست خود ندارد. قانون نمونه داوری آنسیتال اساساً، فرض انتظار متقاضی صدور چنین قراردادی تا تشکیل مرجع داوری را نپذیرفته است. به لحاظ فقهی، با توجه به وجوب کفائی امر قضا بر اشخاص واجد شرایط و وجوب عینی آن در صورت عدم وجود متصدی این امر (گلیپاگانی، بی تا: ۱۵)، منتظر گذاشتن خواهان تا تشکیل مرجع داوری به هیچ وجه جایز نمی‌باشد. به این ترتیب، موکول نمودن اتخاذ تصمیماتی به تشکیل مرجع داوری با فلسفه وجودی چنین نهادی در تعارض بوده و هرگاه تصور شود کنوانسیون مذکور دادگاه‌ها را از انجام آن منع نموده است، در فاصله میان بروز اختلاف و تعیین داور و در نهایت، تشکیل مرجع داوری و رجوع به وی، طرفین اختلاف با خلأ دادرسی مواجه می‌مانند که به منزله حرکت برخلاف فلسفه وجودی خود بوده و نظام قضایی را در معرض اتهام خلأ رسیدگی در موارد فوری قرار می‌دهد (بهمنی، ۱۳۸۷: ۲۵).

۳-۱-۲. داور اضطراری

اگرچه هر گونه حمایت موقت از سوی مرجع داوری مستلزم آن است که مرجع داوری قبلاً تشکیل شده باشد و در شرایطی - که چنین مرجعی هنوز تشکیل نشده است - طرفین به طور سنتی برای درخواست اقدامات موقت به دادگاه‌های ملی مراجعه می‌کنند، در سال‌های اخیر در برخی نظام‌های حقوقی از جمله قواعد داوری بین‌المللی مرکز بین‌المللی حل اختلاف، قواعد داوری موسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم و قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور و قواعد جدید داوری اتاق بین‌المللی، جایگزینی پدید آمده است که به طور فزاینده‌ای، مورد استقبال واقع شده و آن، تعیین داور اضطراری^۱ است (Thuan, 2021: 54). بر اساس این قواعد، طرفی که به

^۱ - Emergency Arbitrator



دنبال حمایت فوری موقت پیش از تشکیل مرجع داوری است، می‌تواند برای تعیین داور اضطراری درخواست دهد. چنانکه مطابق بند ۱ ماده ۲۹ قواعد مرکز بین‌المللی داوری، طرفی که نیاز به حمایت فوری داشته باشد، لازم نیست منتظر تشکیل مرجع داوری بماند؛ بلکه بدون توجه به اینکه قبلاً درخواست رسیدگی داوری داده یا نداده باشد، می‌تواند برای چنین اقداماتی درخواست تعیین داور اضطراری دهد. صلاحیت داور اضطراری فقط منحصر به صدور قراردادهای موقتی است که مبنای آن، ظاهر مستندات بوده و ارتباطی به ماهیت دعوا ندارد. البته، تصمیمات داور اضطراری، مرجع داوری را- که بعداً منصوب می‌شود- ملزم نخواهد کرد. علاوه بر این، هرگاه مرجع داوری در دوره زمانی معینی تشکیل نشود، قراردادهایی که از سوی داور اضطراری صادر می‌گردد، خودبه‌خود خاتمه می‌یابد (Roth, 2012: 432). در وضعیت اضطراری مانند وقوع سیل، آتش‌سوزی و شروع به تخریب- که تهدید، قابل‌پیشگیری نبوده و حمایت فقط برای آینده مؤثر می‌شود- جان، سلامت و اموال اشخاص با تهدید بالفعل مواجه بوده و باید اقداماتی سریع برای جلوگیری از بدتر شدن وضع انجام شود. به این ترتیب، اضطرار را می‌توان به خطر بالفعل یا بالقوه، اما نزدیک برای حق مورد درخواست حمایت از طریق قراردادهای موقتی دانست که از طریق دادرسی عادی، قابل‌دستیابی نیست و ممکن است موضوع مورد درخواست حمایت تا زمان صدور حکم در ماهیت دعوی حفظ نشود.

مطابق ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مهم‌ترین رکن دادرسی فوری، احراز فوریت و تعیین تکلیف اموری است که به خواسته یا موضوع دعوای اصلی و سبب آن، ارتباط پیدا می‌نماید و بر اساس ماده ۳۱۵ قانون مذکور، تشخیص فوری بودن آن با دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۳، ۳۳۴).

زمانی که قانون نمونه داوری آنستیرال و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در مورد تعیین داور اضطراری در موارد درخواست حمایت اضطراری مقرراتی ندارد، انتظار تعیین تکلیف آن در حقوق داوری داخلی از سوی قانونگذار نیز شایسته نمی‌نماید. با این حال، در حقوق داوری داخلی هرگاه طرفین موافقتنامه داوری توافق نمایند که اختیار اتخاذ تصمیمات فوق‌الذکر از مرجع قضایی سلب شده و در اختیار مرجع داوری قرار گیرد، به استناد اصل حاکمیت اراده در قراردادها، پیش از تشکیل مرجع داوری می‌توان اقدام به تعیین داور اضطراری نمود.

۳-۱-۳. صلاحیت انحصاری مرجع قضایی

مواد ۹ و ۱۷ قانون نمونه داوری آنستیرال به طرفین قرارداد یا اختلاف اختیار داد که پیش از تشکیل مرجع داوری در آزادی کامل از هر مقام قضایی صالح، درخواست اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری نمایند؛ بدون اینکه چنین اقدامی نقض قرارداد داوری محسوب شود. مطابق

بند ب ماده ۱۷ قانون نمونه داوری آنسترال، برخی تصمیمات قضاوتی بدون دادن فرصت استماع قبلی به طرفی که این قرار، علیه او انجام شده است، صادر می‌شود؛ از یک سو، چنین تصمیماتی به دلیل اینکه معمولاً هیچ فرآیند تجدیدنظری در داوری وجود ندارد، با اصول انصاف از جمله اصل تناظر - که در رسیدگی‌های داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است - در تضاد می‌باشد و از سوی دیگر، ماهیت تصمیمات فوق برای مؤثر واقع شدن به عنصر غافلگیری نیاز دارد که مستلزم اتخاذ چنین تصمیماتی بدون برگزاری جلسه استماع (ex parte) می‌باشد تا کسی را که تصمیم علیه او درخواست شده است، از ناکام گذاشتن مرجع صادرکننده، زمانی که فرصتی برای شنیدن دفاعیات و ادله وی و همچنین، صدور حکم پیدا نماید، مانع شود. البته، داوران می‌توانند بعداً تصمیم خود را به درخواست یکی از طرفین در جلسه بعدی اصلاح نمایند (Roth, 2012: 430). چنین تصمیماتی در قالب قرارهای مقدماتی^۱ صادر می‌گردند که مشمول محدودیت‌های زمانی دقیقی بوده و در صورت عدم طرح دعوا در ماهیت، پس از مدتی منقضی می‌شوند. هرگاه طرفی که تصمیم مذکور علیه او انجام شده است، فرصت طرح دفاعیات خود را پیدا نماید، مرجع داوری می‌تواند با پذیرش یا اصلاح دستور مقدماتی، دستور موقت صادر کند. با اینکه مواد ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز به دو قرار دستور موقت و تأمین خواسته پیش از تشکیل مرجع داوری و مرجع صالح برای صدور به طور مختصر اشاره نموده و اتخاذ تصمیماتی را در اختیار مرجع قضایی صالح، یعنی دادگاه مرکز استان مقر داوری قرار داده است، این موضوع به رغم اهمیت فراوان، در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مسکوت مانده است. عده‌ای با وجود تأیید امکان اتخاذ چنین تصمیماتی در داوری داخلی، عقیده دارند که نمی‌توان پیش از تشکیل مرجع داوری برای آن در این خصوص، نفیاً یا اثباتاً صلاحیتی فرض نمود (واحدی، ۱۳۷۲: ۶۵). علاوه بر این، وقتی که قانونگذار در داوری بین‌المللی - که تحت تأثیر ملاحظات بین‌المللی تدوین گردید - پیش از تشکیل داوری، صرفاً مرجع قضایی را برای صدور چنین قرارهایی صالح می‌داند، در داوری داخلی به طریق اولی چنین قاعده‌ای باید حاکم باشد.

۲-۳. مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پس از تشکیل داوری

در مورد تعیین مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری پس از تشکیل مرجع داوری در رسیدگی‌های داوری داخلی، دیدگاه‌هایی مطرح شده است:

۱-۲-۳. صلاحیت موازی مراجع قضایی و داوری

طرفین دعوای داوری پس از تشکیل مرجع داوری نیز زمانی که اقدامات قهری مانند توقیف اموال علیه اشخاص ثالثی که دارایی‌های مورد اختلاف را در اختیار دارند، درخواست می‌شود، به مداخله

¹ - Preliminary Orders



دادگاه‌های ملی نیاز دارند (Blackay et al, 2009: 439-65). برخلاف بند ۲ ماده ۲۸ مقررات ICC - که تنها در «شرایط مناسب» پس از ارسال پرونده به دادگاه، طرفین را به درخواست اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری از آن مرجع، مجاز می‌سازد، قانون نمونه داوری آنستیرال، مراجعه به دادگاهها به این منظور را به هیچ عنوان نقض موافقتنامه داوری یا چشم‌پوشی از آن تلقی نمی‌کند و اختیار داوران برای صدور دستور آن را انحصاری نمی‌شناسد. به این ترتیب، یکی از طرفین داوری می‌تواند از دادگاه صالح در هر کشور، صرف‌نظر از اینکه داوری در کجا انجام می‌شود، درخواست اتخاذ چنین تصمیماتی نماید؛ چنانکه برای مرجع داوری امکان اتخاذ تصمیمات فوق‌الذکر - که آن را در سیر دعوای داوری مناسب و لازم می‌داند وجود داشته باشد (Roth, 2012: 433).

مطابق ماده ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مداخله دادگاه‌ها پس از تشکیل داوری نیز در اتخاذ آنها پیش‌بینی شده است؛ به طوری که برای مرجع قضایی در این مرحله، امکان صدور قرار تأمین خواسته وجود دارد، اما در صورت عدم توافق برخلاف آن، اختیار صدور دستور موقت میان مرجع قضایی و داوری تقسیم شده است. به این ترتیب، وضعیت پیش از تشکیل داوری و حتی نسبت به داوری داخلی تا حدودی، متفاوت می‌نماید.

هرچند با توجه به وجود شباهت‌های زیاد میان دو نهاد تأمین خواسته و دستور موقت، برخی با وجود فقدان متن صریح قانونی برای مرجع داوری داخلی، اختیار صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت را فرض نمودند (ابهری، محمدی و زارعی، ۱۳۸۹: ۴)، از سکوت قانونگذار در مقام بیان چنین استنباطی بعید نمی‌نماید که مرجع داوری نتواند اقدام به صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت نماید؛ زیرا اجرای اولی همیشه و اجرای دومی در برخی موارد، مستلزم بکاربردن قوه قهریه علیه اموال متعلق به اشخاص پیش از صدور حکم قطعی می‌باشد. با این حال، برخی عقیده دارند که در داوری داخلی، داور حق اتخاذ تصمیم، نسبت به درخواست تأمین خواسته و دستور موقت دارد. علاوه بر این، بر اساس اصل حاکمیت اراده و اداره داوری بر اساس توافق طرفین موافقتنامه داوری و اصل انعطاف‌پذیری در رسیدگی‌های داوری و عدم وجود دلیل قوی بر منع می‌توان چنین اختیاری را برای داور به رسمیت شناخت (جنیدی، ۱۳۷۸: ۵۷؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۱۵۴؛ درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۲۰۹). در این روش، مرجع داوری و مرجع قضایی در عرض یکدیگر قرار دارند.

۳-۲-۲. صلاحیت انحصاری مرجع داوری

با اینکه در قانون نمونه داوری آنستیرال و قانون داوری تجاری بین‌المللی، صلاحیت انحصاری مرجع داوری در اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری پذیرفته نشده است، از آنجا که اغلب دادگاههای ایالات متحده عقیده دارند هرگاه طرفین، اختلاف خود را به داوری ارجاع

دهند، داور به موجب موافقتنامه داوری، جانشین قاضی می‌شود و مرجع قضایی نیز این توافق را به رسمیت می‌شناسد و تصمیم‌گیری در این مورد پیش از تشکیل مرجع داوری را نیز غیرقابل طرح در دادگاه می‌داند (بهمنی، ۱۳۸۷: ۲۵)، پس از تشکیل مرجع داوری به طریق اولی چنین اختیاری منحصر به مرجع داوری خواهد بود. علاوه بر اصل وحدت مرجع رسیدگی، اصل عدم مداخله مرجع قضایی در رسیدگی داوری، چنین دیدگاهی را تقویت می‌نماید (مافی، و پارسا، ۱۳۹۱: ۱۱۵). با اینکه سکوت قانونگذار در داوری داخلی ممکن است این تصور را تقویت نماید، واقعیت آن است که قانون داوری تجاری بین‌المللی چنین امتیاز انحصاری را برای مرجع داوری نپذیرفته است؛ تفسیر موسع سکوت در داوری داخلی به دور از منطق حقوقی می‌نماید.

۳-۲-۳. صلاحیت انحصاری مرجع قضایی

مطابق نظام حقوقی برخی کشورها از جمله ایتالیا، تصمیمات قضات پیش از صدور رأی داوری، در صلاحیت ذاتی مراجع قضایی قرار داشته و برای مرجع داوری در این مورد، اختیاری وجود ندارد (امیرمعزی، ۱۳۹۳: ۱۶۶). ظاهر مواد ۱۰۸ تا ۱۲۹ و ۳۱۰ تا ۳۲۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی - که اختیار تصمیم‌گیری، نسبت به صدور یا رد درخواست تأمین خواسته و دستور موقت را در صلاحیت انحصاری «دادگاه» به عنوان نماینده قدرت عمومی قرار داده است - امکان صدور آنها از سوی هر مرجع دیگری غیر از دادگاه را نیز با تردید مواجه می‌سازد. حتی برخی که اصل امکان اتخاذ تصمیمات فوق از سوی مرجع داوری را پذیرفتند، عقیده دارند از آنجا که اختیارات مرجع داوری به اندازه‌ای نیست که بتواند اقدامات لازم و مورد نیاز را انجام دهد و به دلیل فقدان ضمانت اجرای دستور موقت صادره از طرف داور، طرفی که خواهان دستور موقت است، اغلب ترجیح می‌دهد تقاضای خود در این مورد را به مراجع قضایی تقدیم نماید (مافی و پارسا، ۱۳۹۱: ۱۱۵). به این ترتیب، در مورد اختیار مرجع داوری در اتخاذ تصمیمات مذکور ابراز تردید شده است (کریمی، بی‌تا: ۱۳۶). شاید دلیل چنین رویکردی، اصل صلاحیت استثنایی مرجع داوری و لزوم رعایت اصل تناظر در رسیدگی‌های داوری باشد:

۳-۲-۳-۱. استثنایی بودن صلاحیت مرجع داوری

اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دادگستری را مرجع رسمی تظلمات و شکایات معرفی نموده و دیوان عالی کشور در آراء وحدت رویه خود در موارد متعددی، صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری را از اصل مذکور، استنتاج نموده است (قربانی، ۱۳۷۲: ۴، ۳۷۱). این در حالی است که صلاحیت سایر مراجع محدود به موارد منصوص می‌باشد و در مقررات آیین دادرسی مدنی به داور فقط اجازه رسیدگی به اصل دعوا و صدور رأی در ماهیت داده شده است.



اصالة العدم- که بر اساس آن، اصل، عدم چیزی است مگر اینکه وجودش ثابت گردد (محمدی، ۱۳۷۵: ۲۸۷) - می تواند مؤید چنین رویکردی به حساب آید.

۳-۲-۲. لزوم رعایت اصل تناظر

مطابق روایت منقول از امام محمد باقر(ع) که اصل تناظر را زیربنای هر نوع رسیدگی قضایی معرفی نموده است: «هرگاه دو نفر برای قضاوت به شما مراجعه نمودند، تا دفاع دیگری را نشنیده اید، به نفع اولی قضاوت نکنید» (مکی عاملی، بی تا: ۲، ۱۵۸). از آنجا که اعتبار مطلق حضور هر دو خصم در دادرسی در مواردی موجب تضییع حقوق یکی از آنها را فراهم می آورد، رسیدگی غیابی از شمول اصل مذکور، مستثنی شده است (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۳، ۲۳۴). مبنای چنین دیدگاهی، قاعده احترام است که بر اساس آن، جان، مال، حقوق مالی، آبرو، عرض اشخاص محترم شمرده شدند (فیروزآبادی، ۱۳۹۶: ۱۰۰). به این اعتبار، اشخاص از تصرف در مال دیگری بدون إذن صاحب آن جز در موارد خاص، بازداشته می شوند (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲، ۲۰۵). در حقوق موضوعه نیز صرفاً در موارد معدود و استثنایی از جمله صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت، به دلیل ضرورت عدم رعایت بی درنگ اصل مذکور، عدول از آن مجاز شناخته شده است (قلی پور و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۳۶). به عنوان اصل کلی، دادرسی باید در حضور دو طرف دعوا انجام شده و هرگاه اصحاب دعوا برای خود وکیل تعیین کرده باشند، وکلای آنها باید از وقت رسیدگی مطلع گردند و به هر یک از طرفین دعوا یا وکلای آنها فرصت و امکان طرح ادعاها، ادله و استدلال های خود و آگاهی از دفاعیات طرف مقابل و پاسخگویی به آنها داده شود و صدور حکم باید پس از رسیدگی به ادله آنها صورت گیرد. این امر از طریق ابلاغ صحیح و داشتن امکان حضور در جلسه یا تقدیم لایحه به مرجع رسیدگی حاصل می شود (شمس، ۱۳۸۸: ۲، ۷۸). تصمیم گیری در مورد الزام شخص به انجام کار یا منع از انجام کار در قالب احکام دادگاهها قرار می گیرد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۳، ۳۳۵). اینکه در برخی موارد استثنایی، مراجع قضایی برای تأمین مصلحتی مهمتر (و ملازمه آن با به کارگیری سرعت و غافلگیری تا کسی که قرارهای مذکور، علیه او اجرا می شود، نتواند اموال خود یا موقعیتی را که اثبات آن درخواست شده است، از دسترس خارج سازد یا اینکه وضعیت موجود را تغییر دهد)، نسبت به رعایت اصل فوق معاف شدند، به خاطر تضمیناتی است که رسیدگی قضایی به طور ذاتی در مقایسه با سایر روش های رسیدگی دربردارد. این در حالی است که مرجع داوری در صورتی می تواند به دعوا رسیدگی نماید که زمان و مکان جلسه رسیدگی به اصحاب دعوا به صورت واقعی ابلاغ شده باشد و در صورت عدم اطلاع یکی از آنها از روند رسیدگی، رأی صادرشده فاقد اعتبار است. تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری ممکن است در مواردی حتی قبل از ابلاغ، اجرا شوند. در صورت اخیر، طرف دعوی فرصت دفاع و ارائه ادله خود را پیدا نمی نماید. بنابراین، به نظر می رسد که مرجع داوری

نمی‌تواند اصل تناظر را زیر پا بگذارد و اقدام به صدور قرارهایی نماید که اصل فوق در آن رعایت نمی‌شود.

بحث و نتیجه‌گیری

۱- با اینکه در رسیدگی‌های داوری داخلی، اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی- داوری در سطح قانونگذاری، رویه قضایی و دکترین همواره با ابهاماتی همراه بوده است، از مبانی فقهی و اصول فرادستی حقوق موضوعه ایران استنباط می‌شود که در مورد امکان اتخاذ چنین تصمیماتی در رسیدگی‌های داوری داخلی نباید تردیدی روا داشت.

۲- همچنان که در فرض عدم انعقاد موافقتنامه داوری میان طرفین، اتخاذ چنین تصمیماتی در صلاحیت انحصاری مراجع قضایی قرار دارد، پس از انعقاد موافقتنامه مذکور نیز تا زمانی که مرجع داوری تشکیل نشده باشد، تنها همان مرجع برای اتخاذ چنین تصمیماتی، صالح می‌باشد و به تأخیرانداختن آن تا زمان تشکیل مرجع داوری، خلاف ضرورت و فوریت توجه به تقاضای قانونی متقاضی و به منزله قبول وجود خلأ دادرسی در فاصله زمانی میان پس از انعقاد موافقتنامه داوری تا تشکیل مرجع داوری است. با این حال، هرگاه طرفین در مورد لزوم صدور چنین تصمیماتی از سوی داور توافق کرده باشند، نظر به اینکه از یک سو، هنوز مرجع داوری تشکیل نشده و از مرجع قضایی نیز در این مورد سلب صلاحیت گردید و از سوی دیگر، عدم پاسخگویی به متقاضی با فلسفه وجودی قوه قضایی منافات دارد، تعیین داور اضطراری اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

۳- از آنجا که پس از تشکیل مرجع داوری در رسیدگی‌های داوری داخلی، اتخاذ برخی تصمیمات مانند قرار تأمین خواسته به طور کلی و در دستور موقت در فرض الزام به انجام کار و الزام به عدم انجام کار و توقیف اموال، مستلزم توسل به اجبار مادی و قوه قهریه، نسبت به اشخاص و اموال مورد احترام آنها پیش از تمیز ذیحقی متقاضی می‌باشد و از سوی دیگر، با توجه به اینکه این امور بدون رعایت اصل تناظر و حق ترافع صورت می‌گیرد، چنین اختیاراتی صرفاً در موارد استثنایی به مراجع قضایی داده شده است و اصل صلاحیت عام مراجع مذکور و اصل عدم صلاحیت سایر مراجع رسیدگی از جمله مرجع داوری، این دیدگاه را تقویت می‌نماید؛ مگر اینکه طرفین دعوای داوری بر چنین امری توافق نموده باشند.



منابع

- ابن قدامه، موفق الدين (بی تا). المغنی. ج ۱۱. بی جا. بیروت: دارالفکر.
- ابهری، حمید؛ محمدی، سام و زارعی، رضا (۱۳۸۹). مقایسه دستور موقت و تأمین خواسته و روش های اعتراض به دستور موقت. پژوهش های حقوقی، ۱ (۱)، ۳-۱۸.
- https://jol.guilan.ac.ir/article_580_254c66ef5fea35d1ad6acb35e0e1b1a7.pdf
- امیرمعزی، احمد (۱۳۹۳). داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی. چاپ چهارم. تهران: دادگستر.
- امین، محمد ابن عابدین (۱۴۱۵). ردالمحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار. ج ۲. چاپ اول. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۹). فراید الاصول. ج ۲. چاپ اول. قم: انتشارات باقری.
- انصاری معین، پرویز (۱۳۸۹). قواعد بازرنگری شده داوری آنستیرال ۲۵ ژوئن ۲۰۱۰ و رسیدگی های موازی در داوری. چاپ اول. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- بهمنی، محمدعلی (۱۳۸۸). تقریرات درس داوری های تجاری بین المللی، دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران، بی جا.
- تفرشی، محمدعسی؛ اسدی نژاد و سیدمحمد (۱۳۸۷). ویژگی مقررات داوری سازمان تجارت مالکیت فکری و مقایسه آن با قانون داوری تجاری بین المللی. مطالعات حقوقی، ۳۸ (۵۸)، ۹۱-۱۰۹.
- https://jllq.ut.ac.ir/article_19421_1f440373144f2bb10e2ee20deb7d80bf.pdf
- جبعی عاملی، زین الدین (۱۳۰۸). روضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیة. ج ۲. تبریز: به خط عبدالرحیم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. چاپ ششم. تهران: گنج دانش.
- جنیدی، لعیا (۱۳۷۸). نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- حرعاملی، محمدبن حسن (بی تا). وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریع. ج ۱۸. بی جا بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام. ج ۳. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. ج ۲. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- درویشی هویدا، یوسف (۱۳۸۸). شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف، چاپ اول. تهران: نشر میزان.
- درویشی هویدا، یوسف (۱۳۹۰). نفی صلاحیت دادگاه های دولتی در صورت وجود موافقتنامه ای دی آر با تأکید بر نظام حقوقی کامن لا و رویه های بین المللی. حقوق بین المللی، ۲۸ (۴۵)، ۸۵-۱۰۳.
- https://www.cilamag.ir/article_16900_553c9d5f3f66da1b29c7810179fe910b.pdf
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۱). لغتنامه. ج ۱۳. چاپ اول. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- دراوشه، جبرئیل معتمد محمد (۲۰۰۳). الاختصاص النوعی لقاضی الامور المستعجله، دراسة مقارنة، اطروحه الماجيستر فی القانون الخاص، جامعه النجاح الوطنية فی نابلس، فلسطين
- <https://fgs.najah.edu/ar/news/2013/12/kly-ldrst-l-ly-twsy-bmnh-lbth-jbryl-drwsh-drj-lmjstyr-fy-lqnwn-lkhs>



- راتب، محمدعلی (۱۹۸۵). *قضاء الأمور المستعجلة*. القاهرة: عالم الكتب
- زندی، محمدرضا، (۱۳۹۰). *داوری، رویه دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی*. چاپ دوم. - تهران: انتشارات جنگل.
- سبجانی، جعفر (۱۴۱۸). *نظام القضاء والشهادة فی الشریعه الاسلامیه الغراء*. بی‌جا. قم: مؤسسه الامام صادق.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۸). *آیین دادرسی مدنی*. ج ۲. چاپ ششم، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۵). *آیین دادرسی مدنی*. ج ۳. چاپ هفتم، تهران: انتشارات دراک.
- شهری، غلامرضا و خرازی، محمد (۱۳۸۰). *مجموعه نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه از سال ۱۳۶۳ تا ۱۳۸۰*. چاپ اول. تهران: انتشارات روزنامه.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۵). *استفتائات قضایی*. ج ۱. چاپ دوم. تهران: نشر میزان.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۳۰). *دروس فی علم الاصول*. ج ۲. چاپ هشتم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عابدی، محمدتقی (۱۳۸۵). *صلاحیت قضایی، صلاحیت داور. حقوقی بین‌المللی*، ۲۳(۳)، ۱۴۶-۸۹
https://www.cilamag.ir/article_17824_435bbb6562c43ad4157fd562550765cd.pdf
- عمید، حسن (۱۳۷۹). *فرهنگ فارسی*. چاپ نوزدهم. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۲۲). *کتاب الخلاف*. ج ۶. چاپ دوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- قربانی، فرج الله (۱۳۷۲). *مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی*. چاپ اول. تهران: انتشارات فردوسی.
- قلی‌پور، حسن؛ احمدی، مهدی و جعفری، محمدحسن (۱۳۹۳). *بررسی اصل تعادل ترافعی (تناظر) در دادرسی قضایی و داور تجاری بین‌المللی*. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۰(۳۷)، ۱۴۶-۱۲۷.
https://journals.iau.ir/article_529906_de0429dfe2a83eae248ec46003710d7b.pdf
- کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۲). *حقوق داور داخلی*. چاپ دوم. تهران: دادگستر.
- کریمی، عباس (بی‌تا). *دوره درسی آیین دادرسی مدنی* ۳. بی‌جا. بی‌جا: دانشگاه پیام نور.
- گلپایگانی، سیدمحمد رضا (بی‌تا). *کتاب القضاء*. بی‌جا. قم: دارالقرآن الکریم.
- مافی، همایون؛ پارسا، جواد (۱۳۹۱). *دخالت دادگاههای دولتی در رسیدگی‌های داور در حقوق ایران*. علمی دیدگاههای حقوق قضایی، ۱۷(۷)، ۱۳۰-۱۰۵.
https://jlvviews.ujss.ac.ir/article_703381_6eb8dc7566af89d58db75f2840596f2d.pdf
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۷). *قواعد فقه بخش قضایی*. ج ۳. چاپ اول. تهران: نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۵). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*. چاپ ششم. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- مصطفوی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۱). *القواعد (مأه قاعده فقهیه)*. چاپ چهارم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۲۵). *اصول الفقه*. ج ۲. چاپ سوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکی عاملی، شمس الدین (بی‌تا). *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*. ج ۲. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۹). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*. ج ۲۶. چاپ پنجم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.



- نهرینی، فریدون (۱۴۰۰). آیین دادرسی مدنی. ج ۳. چاپ دوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- هوشمند فیروزآبادی، حسین (۱۳۹۶). بررسی امکان استخراج ضمان از ادله فقهی احترام. دین و قانون، ۱۶، ۹۹-۱۲۴.

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1338356>

- واحدی، جواد (۱۳۷۱). تقریرات درس آیین دادرسی مدنی. ۳. به کوشش، میرفاضل فاضلی آبلویی. بی‌چا. دانشکده حقوق دانشگاه تهران: بی‌چا.

- Born, G & Šćekić, M (2015). Pre-Arbitration Procedural Requirements 'A Dismal Swamp', Oupup Uncorrected Proof- Firstproof, <https://www.wilmerhale.com/insights/publications/2016-11-12-pre-arbitration-procedural-requirements-a-dismal-swamp>
- Blackaby, N, Partasides, C, Redfern, A & Hunter, M (2009). Redefern and Hunter on International Arbitration. 5th ed. Oxford: Oxford University Press. <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Prelim-Pages-from-Redfern-and-Hunter-5th-Edn.pdf>
- Roth, M (2012). Interim Measures, Journal of Dispute Resolution, 3(2). 225-235. <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2012/iss2/3>
- Thuan, H Q (2021). Emergency Arbitrator An Efficient Mechanism for Commercial Arbitration Development?. *Vietnamese Journal of Legal Sciences*, 5(2). 54-70.