

بررسی اقدامات تأمینی اعم از دستور موقت و تأمین خواسته در قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶

زهرا شفیعی ، علی تقی خانی، مهشید سادات طبائی، فریبا مشیرپور

دانشجوی کارشناسی ارشد ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهر قدس
استادیار، ایران، تهران ، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دماوند
استادیار، ایران، تهران ، دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیکی
استادیار، ایران، تهران ، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهر قدس

چکیده

هدف این مقاله قرار تأمین خواسته و دستور موقت در داوری های بین المللی است. تصویب قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب سال ۱۳۷۶ خود مؤید پیشرفت و اهمیت داوری در سال های اخیر است. قانون مزبور از قانون نمونه آنسیترال الگوبرداری شده و سعی شده است همراه با تحولات داوری در عرصه بین المللی قانونگذاری شود که با توجه به نقص های بسیار آن، نوآوری هایی نیز در آن به چشم می خورد که موضوع مورد بررسی این مقاله یکی از این موارد به شمار می رود، زیرا در حقوق داوری داخلی نهاد دستور موقت وجود ندارد. با توجه به اینکه تنها یک ماده (ماده ۱۷) در قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ به این موضوع اختصاص یافته است، در این پژوهش مبانی و مفاهیم مقدماتی بر مبنای اصول حقوقی و با تکیه بر حقوق داخلی تعریف شده است. به دو نوع از اقدامات تأمینی، که دستور موقت و تأمین خواسته است، به تفصیل پرداخته شد و صلاحیت و شرایط صدور آن ها و نحوه اجرایی شدن دستورها نیز بررسی شده است. به منظور تحقق هدف تحقیق از روش کتابخانه ای و ابزار فیش برداری استفاده شد.

واژگان کلیدی: داوری تجاری بین المللی، دستور موقت، تأمین خواسته، اقدامات تأمینی

۱- مقدمه

داوری امروز رجحان یافته ترین طریق حل و فصل مشکلات فی مابین تجار در عرصه بین المللی است. به همین جهت سازمان ملل متحد نیز اقداماتی برای تدوین قانونی متحدالشکل انجام داده است. از مواردی که در اغلب نشست ها و گروه کارها مورد نظر بوده است موضوع اقدامات تأمینی به علت اهمیت آن در فراهم نگه داشتن زمینه ای برای اجرای رأی داور بوده است. در قانون داور تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ نیز در ماده ۱۷ به این بحث پرداخته شده است و از آنجا که این قانون اولین تجربه ایران بوده است این ضرورت حس می شود که ماده به ماده این قانون به نقد کشیده شود تا انبوهی از سؤالات را، که قانونگذار جواب آنها را در قانون نداده است، پاسخ داده شود.

در کل علم داور در ایران نسبت به شقوق دیگر حقوق بسیار نوپا و جوان است و عده بسیار کمی داور ایرانی وجود دارد که آشنا به مسائل داور بین المللی باشند و متأسفانه اکثر قضات دادگاه های عمومی، که متولی امرند، آشنایی چندانی با داور و مسائل و ظرائف آن ندارند، از سوی دیگر سال های سال است که دولت درگیر با مسائل داور به ویژه در دیوان داور بین المللی دعاوی ایران و آمریکا است بیانیه های الجزایر) و همچنین به جهت توسعه تجارت نیز، تجار ایرانی هر روزه با مشکلات داور مواجهند.

با این تفصیل انجام پژوهشی در مورد یکی از مهم ترین مسائل قانون داور تجاری بین المللی یعنی اقدامات تأمینی ضرورت دارد. لازم به ذکر است که این نهاد در قانون داخلی داور ایران وجود ندارد و تأسیسی جدید در عرصه داور و هماهنگ با قوانین روز بین المللی است، لذا تا زمانی که مجدداً قانونگذاران این خلاءها را پر نکنند وظیفه رویه قضایی و پژوهشگران حقوقی است که این مسیر ناهموار را هموار سازند.

۲- سؤالات تحقیق

از آنجا که ماده ۱۷ قانون تجارت بین المللی ایران مصوب سال ۱۳۷۶ یک نوآوری به شمار می رود پرسش های فراوانی حول این محور مطرح است که این مقاله در پی پاسخ به سؤالات ذیل می باشد:

سؤال اول: اساساً داور صلاحیت صدور تأمین خواسته و دستور موقت (اقدامات تأمینی) را دارد یا خیر؟ و این صلاحیت تابع چه ضابطه ای است؟

سؤال دوم: تودیع تأمین در مکانیسم صدور دستور موقت و تأمین خواسته جهت جبران خسارت احتمالی اختیاری است یا الزامی؟

سؤال سوم: فلسفه صدور اقدامات تأمینی در فرآیند مباحث داور چیست؟

۳- تعریف مفاهیم

۳-۱- مفهوم اقدامات تأمینی: با به کارگیری این اقدامات، خواهان توانایی آن را دارد که از همان ابتدای طرح دعوا در دادگاه و یا داور و یا حتی قبل از آن، با توقیف خواسته دعوی، آنرا در حاشیه امنیت قرار دهد، لذا هر امری که امکان تحقق این خواسته را فراهم کند اقدامی تأمینی است. اقداماتی مانند منع از نقل و انتقال یا جابجایی خواسته و یا حتی از دسترسی سایر بستانکاران دور نمودن و در مجموع هر اقدامی که موجب حفظ خواسته و جلوگیری خوانده و یا ثالث از آن استفاده کند اقدامی تأمینی خوانده می شود. در حقوق ایران این اقدامات دو نوع هستند که شامل دستور موقت و تأمین خواسته می باشد.

۳-۲- مفهوم دستور موقت: به منظور کسب مفهومی درست از دستور موقت مصادیق آن در قوانین داخلی بررسی می شود و این مفهوم در بحث داور و به ویژه داور تجاری بین المللی ایران مصوب سال ۷۶ به تفصیل بررسی می شود. عمده ترین مصداق، ماده ۳۱۰ قانون آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ است که مختصراً به اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد. «لذا دادرسی فوری نوعی از رسیدگی اجمالی است که به مرافعات با تشریفات رسیدگی سبک که نتیجه آن، صدور رأی در ماهیت نیست، بلکه قرار است که از آن تعبیر به دستور موقت می شود و این قرار جنبه موقت دارد و دادگاه ضمن رسیدگی بعدی خود در ماهیت دعوی می تواند بر خلاف دستور موقت رأی بدهد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۴۷۹)

آنچه در این تعریف مد نظر بوده، آن است که این تصمیم قرار است، لذا در ذات خود «موقتی بودن» را دارد و از «اعتبار امر مختومه» برخوردار نیست و در امور توافقی امکان صدور دارد و آنچه اکثریت حقوقدانان بدان اتفاق نظر دارند آن است که دستور موقت امکان صدور در امور غیر توافقی مانند امور حسبی را ندارد. آنچه ریشه در مفهوم دستور موقت دارد آن است که این یک اقدام احتیاطی است برای حفظ حق و یا برای وصول موقت مدعی به یعنی ضرورت ندارد که دستور موقت به منظور دفع ضرر باشد (همان، ۴۷۹).

۳-۲-۱- ویژگی های دستور موقت

(۱) **تبعی بودن دستور موقت:** ویژگی نخست دستور موقت آن است که دستور موقت یک اقدام تبعی است که «به تبع اصل دعوا درخواست می شود و مواد ۳۱۲، ۳۱۷، ۳۲۲ و ۳۲۵ قانون آ.د.م ۱۳۷۹ به روشنی گویای تبعی بودن دستور موقت می باشد و این اقدام، اقدامی است حاشیه ای در جریان اصل دعوا». (شمس، ۱۳۸۴: ۳۸۴)

اولین خاصیت تبعی بودن دعوا زمان طرح دستور موقت است که در خصوص نهاد داوری در فصول آینده بحث خواهد شد و به اختصار می توان گفت هر وقت اصل دعوا مطرح شده باشد و یا این که قابلیت طرح را داشته باشد دیگر می توان این اقدام حاشیه ای را انجام داد. اثر مهم دیگر تبعی بودن دستور موقت آن است که خواسته دستور موقت نمی تواند همان خواسته دعوی اصلی باشد چرا که این منطقی به نظر نمی آید که خواسته اصلی به واسطه این درخواست خواهان در اختیار او قرار گیرد، و مصادیق ماده ۳۱۶ قانون آ.د.م که شقوق دستور موقت را بیان نموده است که «توقیف مال تنها موجب می شود که نقل و انتقال آن غیر ممکن یا ممنوع شود، اما مال توقیف شده به خواهان داده نمی شود و این امر مستلزم صدور حکم قطعی و اجرای آن است و موارد دیگر ماده نیز به قرینه بازداشت مال، عمل و اموری است که ذینفع را به خواسته نمی رساند. (همان، ۳۸۶)

آنچه از بیان این خصیصه بر می آید اهداف کوچک دیگری را نیز به ذهن متبادر می کند و آن اینکه این اقدام تبعی، جلوگیری از تکرار و افزایش دعوا را به همراه دارد چرا که مسیری که خواهان طی می کند تا به حکم قطعی برسد مسیری طولانی است و اگر انتقال حق مورد موضوع خواسته اصلی خواهان در این بین صورت گیرد، خود باعث شده است تا مجبور به افزایش دعوا و ناظر شدن آن به دیگری نماید و حکم را با شکست مواجه کند و با فرض این مطلب که دستور موقت دادگاه به هیچ وجه تأثیری در اصل دعوا ندارد (آنچه در ماده ۳۱۷ قانون مذکور بیان شده است) به این معنی که حتی با صدور این اقدام تبعی ممکن است خواهان محکوم به بی حقی شود، می توان حصول نتیجه منطقی از امر صدور دستور موقت گرفت.

(۲) **موقتی بودن دستور موقت:** این اقدام انتهایی دارد و «اثر آن حداکثر زمان صدور رأی نهایی است (در خصوص اصل دعوا) لذا با دستور موقت نباید اقدامی را مقرر نمود که ماهیت همیشگی داشته باشد» (همان، ۳۸۸) یعنی آنچه برای خواهان متصور است که از موقعیت خود رهایی یابد، خروج موقتی از وضعیت نامطلوب و محافظت خواسته او از تحمیل زیان های مادی و معنوی تا صدور حکم نهایی است.

۳-۳- **مفهوم تأمین خواسته:** تأمین خواسته عبارت است از توقیف اموال بدهکار اعم از منقول یا غیر منقول 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 می خواهد و اگر این وثیقه را پس از صدور حکم بخواهد، تأمین را در این مورد تأمین محکوم به، نامند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۲۸۶)

تأمین خواسته دارای این اثر می باشد که تا زمانی که مال در بازداشت می باشد از هر گونه انتقالی مصون می ماند و هیچ ترتیب اثری بر آن انتقالات بعدی داده نمی شود (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۲۸۶)

این اقدامات احتیاطی در اکثر مواقع فوریت دارد و اگر بخواهیم با روند آیین دادرسی پیش برویم با سرعت بسیار کمی رو به جلو می رود و به سرانجام هم نمی رسد این قواعد بالتبع (با فلسفه تأمین که فوریت را اقتضاء دارد)، ناسازگار است و این تأمین بایستی به حکم ضرورت و فوریت قبل از اقامه دعوی، درخواست گردد.

«پس باید تابع قواعد ویژه ای باشد و یا اینکه پیش از دعوت از طرف مقابل یا ابلاغ به وی، نسبت به اجرای تأمین اقدام شود تا بتوان از خسارات احتمالی جلوگیری کرد در قانون سابق کاستی های بسیاری در جهت اجرا و صدور تأمین خواسته به چشم می خورد که با تصویب آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ این کاستی تا حد زیادی برطرف شده، مثلاً تودیع خسارات احتمالی قبل از صدور قرار تأمین خواسته در راستای جلوگیری از تضییع حقوق احتمالی خواننده را پیش بینی کرده است» (شمس، ۱۳۸۴: ج ۳؛ ۳۱۰)

۴- بررسی شرایط صدور دستور موقت در قانون داورى تجارى بين المللى

در قانون داورى مصوب سال ۱۳۷۶ در دو ماده صدور دستور موقت جایز برشمرده شده است. در ماده ۹ قانون مذکور صدور آن توسط دادگاه پیش بینی شده است و در ماده ۱۷ این اختیار به داور واگذار شده است. شرایطی که از منطوق ماده ۱۷ برداشت می شود آن است که این امر باید از اموری باشد که احتیاج به تعیین تکلیف فوری داشته باشد و درخواستی از ناحیه یکی از طرفین مطرح شود و در آخر این که متقاضی تأمین مناسبی که داور مقرر می دارد، بپردازد. در بدو امر باید تأکید شود که شرایط مربوط به صدور دستور موقت در هر دو مورد ماده ۹ و ۱۷ یکسان است یعنی چه دستور موقت از دادگاه درخواست شود و صادر گردد، چه از داور، این شرایط کلی و یکسان است.

در منطوق ماده ۱۷ از کلمه «می تواند» این اختیار برای داور برداشت می شود که نشانگر میزان صلاحدید قضایی و یا شبه قضایی داور در صدور این دستور است». (همان، ۴۱۷).

لذا قانونگذار برای صدور دستور موقت، به داور، هم صلاحیت و هم صلاحدید اعطا نمود. لذا اجباری به صدور آن ندارد که این امر می تواند در فروضی مشکل ساز هم باشد، برای مثال در موردی که همه شرایط دیگر مذکور در ماده ۱۷ فراهم باشد و داور با همین صلاحدید خود دستور موقت را صادر نکند. حال به طور کلی داور، یا به این درخواست توجه نمی کند یا این که فقط درخواست را می پذیرد ولی با توجه به اختیار صلاحدید خود آن را اجباری نمی داند.

در فرض عدم توجه به نظر می رسد می توان برای او قائل به مسئولیت شد، ولی در فرض دیگر در صورتی که درخواست معقول و منطقی باشد و به رغم آن، داور از صدور دستور استنکاف نماید در حالیکه بطور متعارف هر داور یا قاضی دیگری اقدام به صدور آن کند، این جاست که نیازمند یافتن پاسخی برای آن در رویه قضایی خواهد بود.

چرا که در مواردی ممکن است این صلاحدید به واسطه عدم صدور دستور موقت منشاء خسارت شود. و آنچه از صلاحدید برداشت می شود تصمیم بدون منطق و اختیار بی حد حصر نیست، بلکه مواردی چون اوضاع و احوال درخواست ذینفع و احتمال ورود ضرر و زیان نیز باید در تصمیم داور نقش داشته باشند.

در مرحله بعدی آنچه از منطوق ماده ۱۷ قانون فوق الذکر برداشت می شود این است که دستور باید مربوط به موضوع مطروحه در داورى باشد و به جهت خصیصه تبعی بودن دستور موقت، باید موضوع آن در ارتباط با موضوع دعوای اصلی باشد و بدون وجود این ارتباط صدور دستور امکانپذیر نیست. نکته ای که در این جا مطرح می باشد آن است که داور نباید راجع به امری نامشروع و یا غیر قانونی دستور صادر کند.

حال در داورى «این بحث بسیار وسیعتر است، زیرا همه موضوعات و اختلافات قابل ارجاع به داورى نیست» (جنیدی، ۱۳۸۷: ۵۰).

باید توجه کرد که خود طرفین هم در قرارداد داورى می توانند قلمرو داورى را مشخص کنند و این به معنای محدودیتی مضاعف می باشد. فلذا در زمان صدور دستور موقت باید به ارتباط موضوع درخواست شده با این دایره محدود داورى، توجه کرد.

و همچنین در انتهای ماده ۱۷ قانون مذکور به طرفین داورى اجازه داده شده است که خلاف موارد ذکر شده در ماده ۱۷ با هم توافق کنند پس این مورد هم باید در زمان صدور در نظر گرفته شود که اساساً این حق از داوران به موجب شرطی، سلب و یا محدودیتهایی برای آن در نظر گرفته نشده باشد.

در خصوص امور محتاج به تعیین تکلیف فوری باید گفت که دادرسی فوری امری است که در موارد نادر قابل اعمال است و همان طور که بحث شد عنصر ذاتی دستور موقت است البته این مفهوم بسته به شرایط و اوضاع و احوال می تواند متفاوت باشد. در داوری منظور از فوریت خطری است که خواسته اصلی که مطروحه در داوری است را تهدید می کند و احراز فوریت با مبانی ذکر شده باید توسط داور صورت گرفته و دستورات لازم را در این خصوص صادر نماید و این فوریت را در زمانی تشخیص دهد که به درخواست رسیدگی می کند و آن را باقی تلقی کند.

در ماده ۱۷ قانون مذکور موضوع درخواست یکی از طرفین است به این معنا که داور نمی تواند رأساً اقدام به صدور دستور موقت نماید بلکه در صورت درخواست یکی از طرفین داور به مورد رسیدگی کرده، تصمیم اتخاذ می نماید. لازم به ذکر است زمان طرح این درخواست می تواند قبل، همزمان یا بعد از ارجاع امر به داوری باشد.

در مورد طرح درخواست دستور موقت قبل از رسیدگی داور، این مسأله شایان توجه است که با جریان داوری و رسیدگی به اختلافات حاصله شروع نشده لذا صدور دستور موقت هم وجهتی ندارد و حتی در ماده ۴ قانون داوری تجاری بین المللی شروع جریان داوری را بعد از انجام تشریفات ابلاغ می داند بنابراین به نظر نمی رسد امکان صدور دستور موقت پس از انتخاب داوران فاقد اشکال باشد.

«ولی دستورهای قبل از تشکیل هیأت داوری و اقامه دعوا در داوری تماماً از دادگاه درخواست می شود و بعد گواهی شروع داوری تقدیم مرجع صادر کننده دستور می گردد» (همان، ۵۳).

در قانون داخلی فقط خواهان، قادر به طرح این درخواست است درحالیکه در ماده ۱۷ قانون مذکور ذینفع می تواند این درخواست را بکند، لذا وجود یا عدم وجود نفع در دستور موقت وابسته به این امر در دعوای اصلی است و در داوری هر دو طرف به علت وجود قرارداد داوری ذینفع محسوب می شوند.

بحث دیگر در خصوص سپردن تأمین مناسب است، که همان طور که مطرح شد اخذ تأمین از طرف داور اختیاری است. نکته ای که در این جا مطرح می باشد موضع ماده ۹ قانون مذکور در این خصوص است. در این ماده بحثی از تکلیف یا اختیار صورت نگرفته است ولی در آیین دادرسی مدنی، در صورتی که دادگاه صالح شرایط درخواست دستور موقت را احراز کند مکلف به صدور است و مکلف به اخذ تأمین جهت جلوگیری از خسارت احتمالی که از دستور موقت حاصل می شود، می باشد. لذا به نظر می رسد با توجه به سکوت ماده ۹ قانون مذکور باید به ماده ۳۱۹ آیین دادرسی مدنی که بیانگر کلیات حقوق داخلی است مراجعه شود.

آخرین مطلب در این قسمت آن است که آیا صرف صدور دستور برای اخذ خسارت احتمالی کافی است یا این که دستور باید اجرا شود. مواد ۹ و ۱۷ قانون مذکور در این باب ساکت هستند ولی در ماده ۳۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی دستور موقت را بعد از ابلاغ قابل اجرا دانسته البته نظر به فوریت، دادگاه می تواند قبل از ابلاغ نیز اجرا کند پس با استفاده از ملاک این ماده صرف صدور دستور برای اخذ خسارت احتمالی کافی است. در مقام مقایسه شرایط صدور دستور موقت در قانون تجاری بین المللی با قانون نمونه آنسیترال باید گفت: در ماده ۹ قانون اخیرالذکر تقاضای صدور دستور موقت از ناحیه طرفین امکانپذیر است و این امر می تواند به دادگاه صالح ارائه شود و در ماده ۱۷ آن قانون هم دیوان داوری را صالح برای پذیرش این درخواست می داند البته دیوان داوری می تواند مقرر کند که هر کدام از طرفین جهت انجام اقدامات تأمین مناسب بسپارند (همان، ۵۸).

لذا شرایط دستور موقت در قانون نمونه دقیقاً همان شرایط قانون داوری تجاری بی نالمللی است البته لازم به ذکر است آنجا که ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین المللی به بحث چگونگی رفع اثر هم پرداخته است کاملتر از ماده ۱۷ قانون نمونه آنسیترال می باشد.

۵- بررسی مواد ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ بحث داوری در جایگاه مرجعی صلاحیت دار برای صدور اقدامات تأمینی

در ابتدای امر مواد قانونی بحث داوری در جایگاه مرجعی صلاحیت دار برای صدور اقدامات تأمینی مورد بررسی قرار می گیرد.

لازم است چند نکته درباره تفاوت ماده ۹ و ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ بیان گردد. در ماده ۹ قانونگذار صدور قرار تأمین و دستور موقت توسط دادگاه پیش بینی نموده است و در ماده ۱۷ به داور این اختیار داده شده است که دستور موقت صادر نماید.

آنچه در مباحث مربوط به دستور موقت ذکر گردید، این مطلب است که دستور موقت اعم از توقیف مال است در حالیکه با توجه به آنچه در بحث قرار تأمین خواسته مطرح شد آن را فقط ناظر بر توقیف مال دانستیم و چیزی که در این جا به داور اجازه داده شده است بحث صدور دستور موقت است که اعم از بحث توقیف می باشد. در حقوق کشور سوئیس داوران مجاز هستند که قرار تأمین خواسته و دستور موقت را هم زمان صادر نمایند (میرزایی، ۱۳۸۸: ۵۵۵).

ولی از جهات دیگر دستور موقت اگر مبنی بر توقیف مال باشد محدود به مورد خواسته است در حالیکه تأمین خواسته توقیف مال جهت رسیدن به خواسته به نحو مستقیم یا غیر مستقیم است. به عبارت دیگر در تأمین خواسته خواهان تأمین به واسطه طلبی که از خوانده دارد می خواهد مالی را که ممکن است عین خواسته باشد یا نباشد توقیف کند، ولی در دستور موقت ممکن است طلبی وجود نداشته باشد و خواهان دستور موقت حقی نسبت به عین معین نداشته باشد بلکه درصدد حفظ منافع خود است، و دیگر اینکه صدور دستور موقت در اختیار دادگاه است ولی درخواست تأمین حق اصحاب دعوی است، بنابراین در تفسیر مواد ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ باید گفت که امکان صدور قرار تأمین توسط داور وجود ندارد بلکه صرفاً دستور موقتی مجاز است که محدود به مورد خواسته باشد. ولی صدور قرار توقیف مال به منظور فروش نهایی و اجرای حکم داوری مجوزی ندارد. زیرا مطابق ماده ۱۷ قانون داوری تجاری صدور دستور موقت بایستی مربوط به موضوع اختلاف باشد بنابراین خواهان باید صدور قرار تأمین خواسته را از دادگاه موضوع ماده ۶ بخواهد و از آنجا که صلاحیت داور یک صلاحیت استثنایی است باید به تفسیر مضیق آن اکتفاء کرد.

در خصوص امکان طرح زمان این درخواست باید گفت که صدور دستور موقت داوران قبل از رسیدگی داوری، امکانپذیر نیست، زیرا در ابتدا باید روند داوری شروع شود و پس از طی مرحله ابلاغ و مرحله تعیین داوران امکان صدور دستور موقت ممکن است و چون در حقوق داخلی بحث شد که دستور موقت اثری تبعی دارد و دعوایی مقدماتی است و ممکن است در مورد صلاحیت صدور این نهاد از طرف داور، این ایراد مطرح شود که، این دستور قبل از شروع جریان داوری، در عمل غیر قابل اجرا باشد و آنچه سیستم دادگستری تکلیف به اجرای آن دارد حکم داور است.

در پاسخ به این ایراد می توان گفت که مراجع اجرایی دادگستری به اجرای رأی داور مکلف اند و رأی اعم از حکم و قرار می باشد و آنچه در متن ماده ۱۷ قانون داوری تجاری تجویز شده است با علم به اجرای این حکم است و در غیر این صورت نسبت دادن عمل لغو به قانونگذار است که قبیح خواهد بود.

نکته دیگر، توافقتنامه داوری سندی است که بر اساس آن موضوع های اختلاف به داوری ارجاع می گردد و موجب سلب صلاحیت از دادگاه برای صدور اقدام تأمینی نمی گردد و خواهان می تواند به جای درخواست دستور موقت از داور، از دادگاه صالح تقاضای صدور این اقدام تأمینی را نماید. ماده هشتم قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب سال ۱۳۷۶ بیان می دارد «دادگاهی که دعوی موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است، باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه دعوی طرفین را به داوری احاله نماید.»

این موضوع به ذهن متبادر می شود که احاله دعوی به داوری ممکن است موجب سلب صلاحیت از آن مرجع گردد، یعنی آن چیزی که در مورد ماهیت اتفاق می افتد، ولی در خصوص اقدامات تأمینی با لحاظ ماده ۹ همان قانون این بحث صحیح به نظر نمی آید. و ملاک قانون آیین دادرسی مدنی همان طور که بحث شد در مواقع ابهام مبنای تفسیر قانون داوری تجاری بین المللی باید قرار گیرد و در این جا به تقویت این بحث می پردازد که در بحث آیین دادرسی مدنی داخلی امکان صدور دستور موقت از طرف دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را ندارد، وجود دارد.

«کنوانسیون اروپایی سال ۱۹۶۱ داوری نیز مقرر می دارد که درخواست صدور قرارهای مقدماتی ممکن است از دادگاه های ملی خواسته شود و این امر منافاتی با قرارداد ندارد.» (همتکار، بی تا: ۵۲)

ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به امکان مراجعه هر یک از طرفین به دادگاه موضوع ماده ۶ همان قانون برای درخواست اقدام تأمینی قبل یا حین رسیدگی اشاره دارد. در ماده ۹ قانون نمونه داوری آنسیترال نیز همین موضوع مطرح شده است که میان درخواست صدور دستور موقت از دادگاه و موافقتنامه داوری هیچ مغایرتی وجود ندارد و این تفاوت اصلی آن با بحث ماده ۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران است.

به نظر می‌رسد آنچه مورد بحث قانون نمونه در ماده ۹ می‌باشد این مطلب است که طرف تقاضا کننده دستور موقت در چهارچوب موافقتنامه داوری تقاضای صدور دستور موقت را نماید. زیرا با توجه به ماده ۸ قانون نمونه که در مقام بیان آثار موافقتنامه داوری است، آن را شامل دو اثر مهم می‌داند، اول جنبه ایجابی این اثر، طرفین را مکلف به مراجعه به داوری می‌کند و جنبه سلبی آن این است که طرفین نباید به دادگاه مراجعه کنند. (سیفی، ۱۳۸۸: ۴۳)

لذا با لحاظ ماده ۸ قانون نمونه باید در عمل به ماده ۹ همان قانون دقت بسیار داشت و این بحث از نتایج بحث تبعی بودن دستور موقت در نظام حقوقی ایران است.

۶- تودیع تأمین

صدور دستور موقت بدون رسیدگی ماهوی ممکن است موجب خساراتی شود بنابراین اخذ تأمین، تضمینی برای جبران خسارت است و از سوءاستفاده‌های احتمالی از این تأسیس جلوگیری می‌کند و اگر دعوای اصلی رد شود خواهان مسئول جبران خسارت ناشی از اجرای دستور موقت است و خوانده (با توجه به قانون داخلی) می‌تواند برای مطالبه خسارت از تأمین در مهلت معین اقامه دعوا نماید و الاً تأمین به خواهان مسترد می‌گردد. لذا برای اخذ تأمین می‌تواند اهداف زیر را در نظر گرفت:

- ۱- تضمین یا دریافت وثیقه برای جبران خسارات احتمالی ناشی از اجرای قرار دستور موقت.
 - ۲- «جلوگیری از تقاضای دستور موقت بی جا و بی مورد و سوءاستفاده از این تأسیس» (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۱۸۹)
 - ۳- «جمع دو مصلحت و دوحق: اولی حق قانونی و عقلایی خواهان در اخذ دستور موقت بدون رسیدگی ماهوی و دومی حق خوانده در تدارک خسارت احتمالی و مجاز بودن اقداماتی که خلاف قانون نباشد و اصل براءت» (خالقیان، ۱۳۸۵: ۱۷۹)
- همان مرجعی که صلاحیت صدور دستور موقت را دارد، صلاحیت صدور دستور اخذ وثیقه از خواهان را نیز دارد و با توجه به آنچه در مورد زمان طرح درخواست دستور موقت ذکر شد صلاحیت مرجع صالح تعیین و در مورد اخذ تأمین هم تعیین تکلیف می‌گردد.

۶-۱- اختیاری یا الزامی بودن اخذ تأمین

ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی چنین نوشته شده است: «دادگاه مکلف است برای جبران خسارات احتمالی که از دستور موقت حاصل می‌شود از خواهان تأمین مناسب اخذ کند، در این صورت دستور موقت منوط به سپردن تأمین است.»

پس در حقوق داخلی قانونگذار اخذ تأمین را در تمامی موارد دستور موقت اجباری دانسته است. و نظری وجود دارد مبنی بر اینکه «در مواردی که در قوانین دیگر مانند ماده ۶۴ آیین نامه اصلاحی اخذ تأمین اختیاری است، دادگاه مکلف به اخذ تأمین می‌باشد زیرا قانون آیین دادرسی مدنی قانونی آمره و عام و حاکم بر دیگر قوانین شکلی دادرسی است» (همان، ۱۸۹).

ولی نظر مخالف هم وجود دارد که از ماده ۳۱۹ قانون مذکور نوع دیگری برداشت می‌کند و آن اینکه «نظر مقنن در تکلیف دادگاه، صرفاً با اخذ تأمین مناسب بر نمی‌گردد، بلکه در صورتی لازم الرعایه است که از دستور موقت، خسارتی به بار آید، فی الواقع باید به نحو دیگری ماده ۳۱۹ قانون مذکور را قرائت کرد به عبارت دیگر حسب عبارات و منطوق مندرج در ماده ۳۱۹ قانون مذکور، دادگاه در صورتی مکلف است از خواهان، تأمین مناسبی اخذ کند که از دستور موقت و اجرای آن، خسارتی حاصل شود یا ورود خسارتی قابل تصور باشد چه از عبارت و نص قانونی اینگونه فهمیده می‌شود که اگر به نظر دادگاه از اجرای دستور موقت، خسارتی حاصل و متصور نگردد، دادگاه نه تنها هیچ تکلیفی ندارد بلکه نباید از خواهان تأمینی جهت جبران خسارت احتمالی اخذ کند» (نهرینی، ۱۳۸۷: ۲۳۰).

بر عکس اخذ تأمین از خواهان، اخذ تأمین از خواننده اختیاری است اگر خواننده با سپردن تأمین تقاضای رفع اثر از دستور موقت را بنماید دادگاه در صورت مصلحت میزان آن را تعیین و با اخذ آن از خواننده از دستور موقت رفع اثر می نماید. و در ماده ۱۷ قانون داور تجاری بین المللی ایران در متن ماده درج شده است «داور می تواند مقرر نماید که متقاضی، تأمینی مناسب بسپارد» بدین ترتیب ماده ۱۷ هم در مورد صدور اصل دستور و هم اخذ یا عدم اخذ تأمین و هم در مورد میزان آن از لحاظ مناسب بودن و یا نبودن به داور صلاحدید قضایی اعطا کرده است یعنی در اینجا بحث اختیار مطرح است، چرا که لفظ «می تواند» در متن ماده ۱۷ قانون فوق الذکر، اخذ تأمین را به صلاحدید قضایی داور و این که داور بررسی نماید که خسارت محتمل می باشد یا نمی باشد واگذار نموده است. لذا در قانون داور تجاری بین المللی شرط اخذ تأمین یک شرط همیشگی و مستمر و الزامی برای صدور دستور موقت نمی باشد و از این لحاظ با قانون آیین دادرسی مدنی به کلی متفاوت است چرا که در مورد اخیر تکلیف برای قاضی وجود دارد.

۷- نتیجه گیری

بحث نخست موضوع صلاحیت داور در صدور اقدامات تأمینی است و مطابق نص ماده ۱۷ قانون داور تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ داور این اختیار را دارد که دستور موقت صادر کند و همچنین در ماده ۹ قانون مذکور این امکان برای طرفین داور پیش بینی شده است که به دادگاه هم برای صدور دستور موقت مراجعه کنند، لذا صلاحیت موازی برای هر دو، یعنی هیئت داوران و یا دادگاه وجود دارد این صلاحیت ها در عرض هم می باشند و طرفین به انتخاب می توانند به هر یک مراجعه کنند، البته طرفین داور می توانند در توافقنامه داور این شرط را پیش بینی کنند و بدین وسیله صلاحیت را به داوران اعطا کنند. بنابراین، در پاسخ به سؤال اول تحقیق گفته می شود، داوران در کنار دادگاه، ولی هر کدام به طور مجزا، صلاحیت صدور دستور موقت را دارند و اختیار هیچکدام، نافی، اختیار دیگری نیست و این صلاحیت در انحصار هیچیک قرار ندارد. دومین سؤال مطرح شده موضوع این اقدامات و ارتباط آن با موضوع اصلی است که در داور مطرح می شود. موضوع دستور موقت ارتباط مستقیم با موضوع دعوای اصلی دارد و محافظت از این موضوع اصلی است که متقاضی را وادار می کند که خواستار اقداماتی از این دست شود و با توجه به اینکه این اقدامات، ذاتاً، اقداماتی تبعی اند، پس به تبع موضوع اصلی مطرح شده در داور می آیند و اما موضوع دستور موقت نباید همان موضوعی باشد که در داور بدان رسیدگی می شود، بلکه باید همسو و همجهت با آن باشد. آنچه در ماده ۱۷ قانون داور تجاری بین المللی ذکر شده، امری است که به موضوع اختلاف مربوط اند و احتیاج به تعیین تکلیف فوری دارند، بنابراین موضوع دستور موقت خواهند بود. مفهوم فوریت خود تابعی از موضوع دستور موقت است و به طور مع الواسطه فوریت تابعی از موضوع دعوای اصلی می شود. لذا، برای آنکه بتوان فوریت را اثبات و احراز کرد، می بایست علاوه بر ارائه ادله و جهاتی که مثبت فوریت امر است، موضوع دستور موقت را، به تناسب دعوای اصلی، به نحوی تعیین کرد که بتوان از آن فوریت را احراز کرد و در بررسی های انجام شده به این نتیجه رسیدیم که فوریت امری حکمی و موضوعی است که بدون آن نمی توان دستور موقت را صادر کرد و اینکه موضوع تحت رسیدگی از مصادیق فوریت است یا خیر؟ امری موضوعی است که تشخیص آن به عهده مرجع رسیدگی کننده یعنی دادگاه یا داور است که با لحاظ موضوع اصلی داور و ارتباط مستقیم با آن امکانپذیر خواهد بود. در مورد سؤال سوم، این نتیجه حاصل شد که به صدور دستور موقت قبل از رسیدگی داور توسط داوران امکان پذیر نمی باشد، زیرا در ابتدا باید جریان داور شروع شود. قبل از طی مرحله ابلاغ و مرحله تعیین داوران صدور دستور موقت توسط آنان ممکن نیست. و از دیگری سوی، آنچه سیستم دادگستری تکلیف به اجرای آن دارد حکم داور است و قبل از این که نهاد داور تشکیل شود، این امکان فراهم نیست که دستور موقتی صادر شود. در این مرحله، طرفین با توجه به ماده ۶ و ۹ قانون داور تجاری بین المللی ایران باید این اقدامات را از دادگاه درخواست کنند و چون در ماده ۹ این تأسیس وجود دارد می توان دستور موقت را از دادگاه درخواست کرد و در آینده موضوع اصلی را در داور مطرح کرد.

منابع

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، تهران، دوره پنج جلدی، ج سوم، انتشارات امیر کبیر، چاپ چهارم، سال ۱۳۷۵.
۲. جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷
۳. خالقیان، دکتر جواد، تأمین خسارت احتمالی، انتشارات مهاجر، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۱۷۹
۴. سیفی، سید جمال، صلاحیت موازی قاضی و داور برای صدور دستور موقت، مباحثی از داوری های بین المللی مجموعه همایش های مرکز منطقه ای داوری تهران، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی، جلد نخست، مرداد ۱۳۸۸.
۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره سه جلدی، جلد سوم، انتشارات دراک، چاپ دوم، پاییز.
۶. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، دوره دو جلدی، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸
۷. میرزایی، علیرضا، قواعد داوری از منظر حقوق تطبیقی، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸
۸. نهرینی، فریدون، دستور موقت در حقوق ایران و پژوهش در حقوق تطبیقی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷
۹. همتکار، حسین؛ صدور دستور موقت و قرار تأمین توسط داور. مجله بصیرت، انتشارات دانشگاه اصفهان، شماره 23 و 24.

Review security measures, including temporary order and garnishment in Iran's International Commercial Arbitration Act enacted 1997

Zahra Shafiee ¹, Ali Taghikhani ², Mahshid Sadat Tabaey ³, Fariba Moshirpur ⁴

1. MA student, Iran, Tehran, Tehran, Islamic Azad University of Shahr-e- Qods Branch

2. Assistant Professor, Iran, Tehran, Islamic Azad University, Damavand Branch

3. Assistant Professor, Iran, Tehran, Islamic Azad University, Electronic Branch

4. Assistant Professor, Iran, Tehran, Islamic Azad University, Shahr-e- Qods Branch

Abstract

The purpose of this article is garnishment and temporary order in international arbitrations. Iran's International Commercial Arbitration Act, enacted 1997 proves the progress and the importance of arbitration in recent years. The mentioned Law is modeled of UNCITRAL model and tried to be legislated along with arbitration developments in the field of international, which due to its many defects, innovation is also seen that subject of this article is considered one of these cases, because there isn't temporary order in the domestic arbitration law. Considering that only an Article (Article 17) in International Commercial Arbitration Act, enacted 1997 is dedicated to this issue, in this study, the primary foundations and concepts are defined based on legal principles and on the basis of domestic law. Two types of security measures that are temporary order and garnishment were discussed in detail and the qualifications and conditions of their issuance and how to execute orders has been investigated. In order to fulfill the purpose of research, library and note taking tool was used.

Keywords: international commercial arbitration, temporary order, garnishment, security measures.
