



محدودیت‌های قراردادهای تأمینی در داوری

امین قاسم پور*

مسلم تشدیدي**

چکیده

امروزه، داوری به عنوان یکی از شیوه‌های حل اختلاف در دعاوی مابین اشخاص رایج گردیده است. طرفین یک اختلاف با اغراضی از جمله، تسریع در رسیدگی به دعوا، کاهش هزینه‌های دادرسی، اجتناب از آیین‌های رسیدگی پربریج و خم و...، با انعقاد قرارداد داوری، حق مراجعه به دادگاه‌های دولتی را از خود سلب می‌کنند.



از جمله مباحث مطرح در داوری، در دسترس بودن و سرعت و سهولت صدور قراردادهای تأمینی همچون تأمین خواسته و تأمین دلیل توسط داور و وجود ضمانت اجرای کارآمد برای قراردادهای مزبور است. قراردادهای تأمینی که می‌تواند متضمن توقیف مال یا حفظ ادله یا تأخیر و توقیف اجرای رأی باشد، زمینه اجرای حکم متعاقب را فراهم خواهد نمود و نیز احياناً باعث جلوگیری از ورود ضررهای غیرقابل جبران خواهد شد. به همین خاطر، ممکن است یکی از طرفین مخاصمه که خود را در دعوا پیروز می‌بیند برای جلوگیری از این ضررها و یا تسهیل در اجرای حکم نهایی تقاضای این قرارها را بنماید. اما سؤال این است که با توجه به تسلط و اشرافی که داور بر موضوع داوری دارد، آیا می‌تواند قراردادهای مذکور را صادر نماید یا متقاضی باید برای تحصیل آن‌ها به دادگاه مراجعه نماید؟ و در صورت وجود چنین اختیاری برای داور، آیا وی صلاحیت صدور و اجرای آن‌ها را به طور یک‌جانبه دارد؟

در این جستار، سعی ما بر مبنای تحلیل موضع قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در خصوص صدور قراردادهای تأمینی از طرف داور و محدودیت‌های آن متمرکز خواهد بود.

واژگان کلیدی

قراردادهای تأمینی، داوری، داور، محدودیت، صلاحیت.

* - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه گیلان

** - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه فردوسی مشهد

مقدمه

امروزه داوری از روش‌های رایج حل و فصل اختلافات در قراردادهای خصوصاً در تجارت بین‌المللی شده است. به همین دلیل، و به لحاظ روند رو به افزایش اهمیت داوری نسبت به گذشته، نظام‌های مختلف حقوقی و نهادهای داوری بین‌المللی اقدام به وضع و تصویب قوانین و کنوانسیون‌هایی در این زمینه کرده‌اند. داوری می‌تواند روش جایگزین مناسب به جای مراجعه به دادگاه‌ها جهت حل و فصل اختلافات فی مابین اشخاص حقیقی و حقوقی باشد. در عین حال، یکی از شرایط استقبال بیشتر از این روش جایگزین، این است که طرفین دعوا از همان امتیازات و حقوقی که در دادرسی‌های دولتی برخوردارند، در داوری نیز بهره‌مند باشند. یکی از امتیازات دادرسی‌های قضایی دولتی این است که اشخاص مختلف می‌توانند با تحصیل قراردادهای تأمینی، از ورود برخی خسارات غیرقابل ترمیم جلوگیری و زمینه اجرای هر چه بهتر حکم متعاقب را فراهم کنند، در حالی که در داوری، صدور قراردادهای تأمینی توسط داور و ضمانت اجرای آن با امانت‌آفرینان متعددی مواجه است. همچنین دادگاه‌های دولتی ابزارهای مناسبی برای اجرای انواع مختلف آراء خود از جمله تأمین خواسته یا تأمین دلیل و...، در اختیار دارند اما آیا داور نیز از چنین مزایایی برای اجرای قراردادهای خود برخوردار است؟ به علاوه، دادگاه می‌تواند بدون حضور طرفی که قرار، علیه او صادر می‌شود آن را به مورد اجرا گذارد و به نوعی او را در این امر، غافلگیر کند تا مانع اقداماتی از قبیل نقل و انتقال یا مخفی کردن و یا حتی اتلاف اموال یا ادله شود. اما آیا داور نیز می‌تواند این ویژگی را که متناسب با هدف این قراردادها است، تأمین نماید؟ در این پژوهش، بر آنیم که با بررسی قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، موضع این دو قانون را در امکان یا عدم امکان صدور قراردادهای تأمینی توسط داور و اقتضائات آن، مورد تحلیل و مذاقه قرار دهیم تا با کشف و ارزیابی خلأهای موجود، زمینه برای رفع آن‌ها فراهم شود.

۱. محدودیت‌های قانونی اختیارات داور**۱.۱. عدم امکان صدور قرار تأمین خواسته**

تأمین خواسته توقیف اموال اعم از منقول و غیر منقول است که با هدف جلوگیری از تضییع یا تفریط خواسته می‌باشد. در واقع مدعی با تقاضای قرار تأمین خواسته از ورود ضرر و زیان ناشی از اقدام خوانده ممانعت به عمل می‌آورد. (واحدی، ۱۳۸۵، ۳۱۲؛ متین دفتری، ۱۳۸۱، ج ۱، ۲۸۱) در حقیقت تأمین خواسته تسهیل‌کننده دسترسی خواهان به محکوم‌به و در امنیت قرار دادن آن می‌باشد. با صدور این قرار خواسته از هر گونه نقل و انتقال مصون و اجرای حکم آسان‌تر می‌گردد. (مهاجری، ۱۳۸۷، ۴۵؛ شمس (ب)، ۱۳۹۰، ۴۱۳). آنچه بیان شد، خصیصه قرار تأمین خواسته و اهمیت آن در دعوی حقوقی است. حال باید دید که با توجه به ضرورت این قرار، وضع طرفین در آنجا که به داوری برای رفع خصومت توافق می‌نمایند، چگونه است؟



به موجب ماده ۱۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی: «درخواست تأمین از دادگاهی می‌شود که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد.» برابر این ماده، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را داشته باشد، نیز صلاحیت رسیدگی به درخواست تأمین را خواهد داشت. لذا، متقاضی قرار می‌تواند با ارائه دادخواست تأمین خواسته از این مرجع این درخواست را بنماید. در این صورت دادگاه مطابق ماده ۱۰۸ از این قانون مکلف به رسیدگی و پذیرش می‌باشد. اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که با توجه به این که، امروزه داوری یکی از شیوه‌های رایج حل اختلافات در قلمرو قراردادهای و تجارت به حساب می‌آید، آیا داوران نیز از چنین اختیاری بهره‌مندند یا خیر؟

موضع مقنن ما در این مورد مشخص نیست؛ به عبارت دیگر قانونگذار ما در باب هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی راجع به داوری سکوت اختیار کرده است، لذا برای تبیین این موضوع باید به تحلیل قواعد شکلی موجود و ضرورت‌های منطقی پرداخت. «با توجه به آمره بودن مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، تسری حکم دادرس قضایی به داور منتهی است.» (شمس، ۱۳۸۶، ۲۱) در حقیقت، قواعد آیین دادرسی، قوانین شکلی و در عین حال آمره هستند. از آنجا که این قواعد، از جمله، مربوط به اختیار دادرس و تشریفات رسیدگی است و اکثراً با نظم عمومی ارتباط دارد، نمی‌توان آن‌ها را به اختیار اصحاب دعوا تغییر داد. (صدرزاده افشار، ۱۳۸۷، ۱۰؛ بهشتی، مردانی، ۱۳۸۶، ۲۴) همچنین نظریه شماره ۷/۴۷۱۲ مورخ ۸۰/۷/۷ اداره حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه بیان می‌دارد: «اصولاً مقررات قانون آیین دادرسی مدنی از جمله مقررات آمره است که تخلف از آن جز در موارد مصرّحه قانونی پذیرفته نیست». در واقع صدور قرار تأمین خواسته مشروط به رعایت تشریفات مراجعه به دادگاه است و از آن جهت که نمی‌توان داور را دادرس قضایی تلقی کرد، مراجعه به داور جهت درخواست قرار تأمین به معنای عدم رعایت تشریفات قانونی است. در مقابل برخی بیان داشته‌اند «در داوری‌های امروز صلاحیت موازی دادگاه داخلی و مرجع داوری جهت صدور دستورها و قرارهای موقت و حمایتی پذیرفته شده است؛ یعنی طرف دعوا اصولاً می‌تواند برای صدور چنین قرارهایی هم به دادگاه داخلی صلاحیت‌دار و هم به مرجع داوری، رجوع کند و رجوع به مرجع قضایی، اعراض از صلاحیت داور، برای رسیدگی به ماهیت دعوا، محسوب نخواهد شد. این قاعده... در قوانین جدید داخلی و مقررات نهادهای داوری و کنوانسیون‌های بین‌المللی منعکس شده...» (صفایی، ۱۳۷۷، ۱۱). به این جهت آنچه مسلم می‌نماید آن است که مقنن ایرانی ترجیح داده است که صدور قرار تأمین خواسته را منوط به رعایت تشریفات مراجعه به محکمه نماید و از آن جهت که مقایسه داور با دادرس قضایی موجه و منطقی نیست، رجوع به داور برای صدور قرار تأمین خواسته به منزله نقض تشریفات قانونی است؛ لذا عملاً به موجب قانون آیین دادرسی مدنی صدور قرار تأمین خواسته از سوی داوران ناممکن می‌نماید و صلاحیت آن به نحو انحصاری در اختیار دادگاه‌ها می‌باشد. از طرفی، به حکم ماده ۱۱۲ این قانون «در صورتی که درخواست



کننده تأمین تا ده روز از تاریخ صدور قرار تأمین نسبت به اصل دعوا دادخواست ندهد دادگاه به درخواست خواننده، قرار تأمین را لغو می‌کند. مفاد این ماده، حاکی از یک الزام قانونی برای متقاضی تأمین خواسته است؛ و این در حالی است که توافق بر حل اختلاف از طریق داوری، امکان اقامه‌ی دعوی قضایی را ناممکن می‌سازد؛ و در نتیجه ارائه دادخواست حقوقی به دادگاه منتفی است. خود این ماده نیز دلیلی دیگر برای ناتوانی داوران در صدور قرار تأمین خواسته است. در مقابل برخی معتقدند «به حکم ما «لایدرک کُله لایترک کُله» باید تا آنجا که ممکن است از اصول دادرسی و داوری کمک گرفت و اختیارات مراجع داوری و دادگاه را در کنار هم جمع کرد؛ به این صورت که طرح دعوا در مراجع داوری را هم سنگ طرح دعوا در دادگاه بدانیم زیرا منظور ماده، لزوم اقدام در ماهیت دعوا است نه اینکه این امر، صرفاً در دادگاه مطرح شود... باید طرح درخواست تعیین داور را به منزله اولین اقدام به حساب آورد و ذی‌نفع را مکلف به طرح این درخواست ظرف مهلت‌های لازم بعد از صدور دستور موقت یا تأمین خواسته دانست و نیز ذی‌نفع باید در مهلت‌های مقرر بعد از تعیین داور، دعوی ماهوی خود را در مراجع داوری طرح نماید و اگر این مواعد را رعایت نکرد، به درخواست طرف مقابل از دستور موقت رفع اثر می‌شود یا تأمین خواسته منتفی می‌شود.» (خدابخشی، ۱۳۹۱، ۲۳۱ و ۲۳۲). در همین راستا، برخی دیگر از حقوق‌دانان (عابدیان، ۱۳۸۶، ۱۴) نیز بیان داشته‌اند که «دادگاه باید گواهی اقامه‌ی دعوی اصلی در مرجع داوری را بپذیرد». اگر چه نظر اخیر با تحولات بین‌المللی داوری در خصوص اختیار داور جهت صدور قرار تأمین هم‌داستان است، اما با توجه به این واقعیت که تمسک بسیاری از دادگاه‌ها به عین منطوق مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، ممکن است نتیجه‌ی متفاوتی را برای متقاضی به بار آورد، به نظر می‌رسد مطلوب‌تر آن است که قانون‌گذار با اصلاح مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مواد مربوطه، مجال وسیع‌تری در این خصوص، برای نهاد داوری ایجاد نموده و علاوه بر انطباق با تحولات روز، زمینه را برای شکل‌گیری تفاسیر و تصمیم‌گیری‌های متفاوت و متعارض توسط دادگاه‌ها، مسدود نماید.

ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ اعلام می‌دارد «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.» به موجب این ماده، متقاضی قرار تأمین خواسته است باید این درخواست را از دادگاه مقر داوری بنماید. همچنین ماده ۱۷، به صلاحیت داور در صدور دستور موقت تصریح دارد و در خصوص تأمین خواسته مسکوت است. با این حال، از آنجا که مقررات این قانون به صراحت ماده ۱۹، آمره می‌باشد طرفین چاره‌ای جز رعایت تشریفات قانونی (مراجعه به دادگاه مقر داوری) برای دریافت قرار تأمین خواسته ندارند. هر چند که با توجه به اهمیت قرار تأمین خواسته مذکور در ابتدای این بحث، منطقی می‌نمود که قانونگذار ایرانی برای داوران، در کنار دستور موقت اختیار صدور تأمین خواسته را قائل می‌شد. چه آنکه در مطالعه قوانین داوری ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی در فصل نخست دیدیم که اکثر قانونگذاران به

اختیار داور در توقیف و بازداشت اموال برای سهولت اجرای حکم متعاقب قائل بودند. به موجب بند (c) بخش یکم ماده ۱۷ قانون نمونه آنستیرال^۱، دیوان داوری می تواند قرار توقیف اموال را جهت حفظ آن‌ها برای اجرای حکم صادر نماید. «مجاز دانستن دیوان‌های داوری در صدور قرار موقت حمایتی در رابطه با موضوع اختلاف منطبق با اختیار الزام یک طرف به فراهم آوردن وثیقه مناسب می‌باشد» (DEWAN, 2003, p.675). همچنین «بند ۴ ماده ۶ کنوانسیون ۱۹۶۱ ژنو مقرر می‌دارد: «درخواست قرار تأمین یا هر قرار دیگری از مراجع قضایی نباید به گونه‌ای تلقی شود که با قرارداد داوری منافات دارد، یا به منزله ارجاع ماهیت پرونده به دادگاه باشد» (Sammrtano, 1992, p.352). بنابراین، ضرورت و اهمیت این قرار، اقتضاء می‌کند که قانونگذار ایرانی همگام با قوانین ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی، اختیار داوران در صدور تأمین خواسته را به رسمیت بشناسد.

۲.۱. عدم امکان صدور تأمین اتباع بیگانه

یکی از طواری دادرسی، تأمین اتباع بیگانه است. ماده ۱۴۴ ق.ج. در مورد اخذ تأمین از اتباع دول خارجی بیان می‌دارد: «اتباع دولت‌های خارج، چه خواهان اصلی باشند و یا به عنوان شخص ثالث وارد دعوا گردند، بنابر درخواست طرف دعوا، برای تأدیه خسارتی که ممکن است بابت هزینه دادرسی و حق‌الوکاله به آن محکوم گردند، باید تأمین مناسب بسپارند. درخواست اخذ تأمین فقط از خواننده تبعه ایران و تا پایان جلسه اول دادرسی پذیرفته می‌شود».

مطابق این ماده، حداقل دو شرط برای اخذ تأمین باید وجود داشته باشد: (۱)- مدعی تبعه یک دولت خارجی باشد، خواه مدعی اصلی باشد یا به عنوان ثالث وارد شده باشد و (۲)- مدعی‌علیه، تبعه دولت ایران باشد. ماده ۹۷۶ قانون مدنی، اتباع دولت ایران را مشخص کرده است. دادگاه ایرانی صلاحیت دارد زمانی که یک فرد خارجی علیه یک ایرانی دعوا اقامه می‌کند (به جز موارد استثناء شده) با درخواست فرد ایرانی، به مدعی دستور ایداع تأمین بدهد. در این فرآیند، بیگانه‌ای به عنوان خواهان علیه تبعه ایرانی اقامه دعوا می‌نماید و قانونگذار ایران جهت حمایت از اتباع خود مقرر می‌کند که رسیدگی به دعوی بیگانه منوط به تودیع خسارات احتمالی است که ممکن است از این دعوا به ضرر خواننده ایرانی ایجاد شود. فلسفه قرار تأمین اتباع بیگانه حمایت از تبعه‌ی ایرانی در مقابل خارجی است، چه آنکه با حاکم شدن دعوی خارجی، وی می‌تواند محکوم به را در حق خود اجرا کند ولی در فرض عکس، ممکن است با خروج تبعه‌ی خارجه محکوم‌له ایرانی متضرر گردد. (واحدی، ۱۳۸۵، ۳۲۰؛ متین دفتری، ۱۳۸۱، ۲۸۱) اما سؤال این است که وضع در داوری به چه منوال است و آیا داور چنین صلاحیتی را دارد؟ پاسخ به این سؤال را در دو فرض داوری داخلی و بین‌المللی بررسی می‌کنیم.

1 . Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied.



در صورتی که داوری فاقد عناصر بین‌المللی باشد، داخلی و مشمول ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی مدنی محسوب می‌گردد. در نتیجه، چون هر دو طرف دعوا، از اتباع ایرانی لحاظ می‌شوند، ادعای اتباع بیگانه موضوعاً منتفی است و لذا این فرض از این حیث از بحث ما تخصصاً خارج است. (سالبه به انتفاء موضوع) و صدور قرار تأمین اتباع بیگانه از سوی داور لازم نمی‌شود. اما در فرضی که داوری واجد عنصر بین‌المللی باشد، مشمول قانون داوری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ می‌شود. در این مورد باید دید اگر طرفین داوری دارای دو تابعیت جداگانه باشند، داور در اخذ تأمین اتباع بیگانه مجاز می‌باشد یا خیر؟ دو فرض متصور است:

یکی از طرفین داوری، تبعه ایران و دیگری تبعه‌ی خارجه است. مثلاً قرارداد تجاری بین یک تاجر ایرانی و یک تاجر فرانسوی منعقد شده است. حال اگر مقر داوری، ایران باشد، آیا تاجر ایرانی می‌تواند علیه تاجر فرانسوی تقاضای تأمین کند؟ قانون داوری تجاری ایران در خصوص اخذ تأمین از اتباع بیگانه ساکت است. این سکوت قانونگذار خود حاکی از آن است که مقنن ما در مقام بیان و اعلام اراده بر اخذ این تأمین نبوده است و گرنه بر آن تصریح می‌کرد. (عدم البیان دلیل العدم) لذا داور نمی‌تواند بر طبق قانون ما، اقدام به صدور این قرار کند. از طرفی تبعه ایرانی نمی‌تواند از دادگاه ایران هم چنین درخواستی داشته باشد، چرا که اساساً داوری بین‌المللی ایجاد شده است تا اشخاص را از تکلیف مراجعه به دادگاه‌های ملی طرف مقابل رها سازد. عمدتاً در داوری‌های بین‌المللی، متداعیین دارای تابعیت‌های مختلفی هستند؛ لذا اساس و مبنای داوری بین‌المللی، بر اختلاف عناصر خارجی استوار شده است و سخن گفتن از تأمین اتباع بیگانه سنخیتی با وصف «بین‌المللی» داوری ندارد. فرض دیگر آن است که هر دو طرف داوری، خارجی هستند. علاوه بر استدلال‌ات فوق، چون شرط ایرانی بودن مدعی علیه منتفی است، صدور تأمین از سوی داور ناموجه می‌نماید. در قوانین ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز از این نوع «تأمین» یاد نشده است و به نظر می‌رسد که با توجه به مطالب منصوص در این گفتار، پیش‌بینی آن معقول نبوده است.

اما فرضی که در پایان شایان است مورد اشاره قرار بگیرد، موردی است که یکی از طرفین داوری دارای تابعیت مضاعف است. مثلاً یک ایرانی با یک ایرانی دیگر که تابعیت انگلیسی هم دارد طرف دعوای داوری قرار بگیرد. آیا در این صورت مدعی علیه ایرانی می‌تواند برابر ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی مدنی از خواهان تقاضای تأمین کند؟ درست است که در این ماده از دادگاه به عنوان مرجع صلاحیت‌دار اخذ تأمین یاد نشده است اما جمع بین ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی با ماده ۱۴۴ این قانون نشان می‌دهد که غیر از مراجع مذکور در ماده ۱ (دادگاه‌های عمومی، انقلاب و...) هیچ مرجع دیگری نمی‌تواند خواهان را مکلف به سپردن تأمین اتباع بیگانه کند و لذا داور نیز چنین اختیاری نخواهد داشت.

۱. «و لعل هذا من جهة عدم الوجدان الدليل بعد الفحص فإنها أماره على العدم لما عليم من بناء الشرع على التبليغ فظن عدم الوجود مستلزم الظن بعدم الوجود...» (دزفولی، ۱۴۱۹، ۹۶)



۳.۱. عدم امکان صدور تأمین دعوای واهی^۱

اصولاً در حقوق ما، تقاضای تأمین از سوی خواهان دعوا می‌شود. لکن همیشه وضع این گونه نیست که قرار تأمین به نفع خواهان صادر شود. بلکه ممکن است در مواردی قرار تأمین صادره علیه او باشد. «در حقوق، دعوای واهی شروع یا ادامه دعوای قضایی است که فاقد ماهیت مشروع و قانونی می‌باشند و در آن موارد شانس پیروزی نیست^۱». ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص بیان می‌دارد که: «در کلیه دعوای مدنی اعم از دعوای اصلی یا طاری و درخواست‌های مربوط به امور حسبی به استثنای مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است، خواننده می‌تواند برای تأدیه خسارات ناشی از هزینه دادرسی و حق‌الوکاله که ممکن است خواهان محکوم شود از دادگاه تقاضای تأمین نماید».

به موجب این ماده، خواننده در صورت احراز واهی بودن دعوای خواهان می‌تواند از دادگاه تقاضای تأمین نماید. دادگاه نیز با پذیرش این حقیقت که در صورت رسیدگی به ادعای خواهان حقی برای او ثابت نمی‌شود و محکوم علیه قرار می‌گیرد، مبادرت به صدور قرار مزبور می‌نماید. مثل آن که دعوا را به قصد فرار از انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن و یا ایداء خواننده اقامه کند. حال آیا داور صلاحیت صدور چنین قرار را به درخواست خواننده دارد؟ در فصل اول مشخص گردید که قوانین داوری ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی همچون آنستیرال، نیویورک، ICC و امثال این‌ها این قرار را مورد استفاده قرار نداده‌اند. به نظر می‌رسد که در حقوق ما نیز صدور این قرار از سوی داوران منتفی باشد. دلایل این پاسخ به سؤال فوق به شرح زیر می‌باشد.

نخست آن که صرف وجود قرارداد داوری یا شرط داوری که در آن طرفین بروز اختلافی را در آینده پیش‌بینی کرده و آن را تا حدی به رسمیت شناختند که مکانیسم حل اختلاف مزبور را نیز به دقت مورد تصریح قرار داده‌اند، نشان می‌دهد که طرفین اقرار ضمنی بر این مطلب داشته‌اند که احتمال بروز اختلاف موثر و دارای اساس و مبنا وجود دارد؛ و لذا ادعای واهی بودن دعوا خلاف مدلول قرارداد داوری است که قبلاً منعقد نموده‌اند و اکنون هیچ کدام از طرفین نمی‌توانند برخلاف توافقات و اقرار سابق، توصیف واهی نسبت به ادعای طرف مقابل داشته باشد. آنچه ظاهر می‌نماید آن است که ادعای که با اقرار معارض باشد قابل استماع نیست. «مراد آن است که آیا انکار را می‌توان اقرار به حساب آورد یا خیر؟ مخصوصاً هنگامی که اقرار مثبت [در اینجا: توافق‌نامه داوری] در مقابل آن وجود داشته باشد و دلیلی برای معتبر بودن انکار وجود

1. Frivolous action.

2. (In law, frivolous litigation is the practice of starting or carrying on law suits that, due to their lack of legal merit, have little to no chance of being won. The term does not include cases that may be lost due to other matters not related to legal merit. www.encyclopedia.com)



ندارد تا انکارکننده را بتوان ملتمز به انکار خود دانست^۱ (مراغی، ۱۳۱۷، ۶۳۵؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۱۹۶-۱۹۷). بنابراین انکار توان معارضه با اقرار را ندارد تا بتواند آن را از اعتبار بپندازد.

ثانیاً قانونگذار در ماده ۱۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی به ذکر مستثنیات قرار تأمین دعوای واهی می‌پردازد. به موجب این ماده، در دعاوی که مستند آن چک، سفته، برات و... باشد، خواهان از دادن تأمین معاف است. به نظر می‌رسد وجود چک، سفته و... در ید خواهان خود آماره‌ای است بر مدیونیت صادرکننده آن. حکم شماره ۱۳۲۶- ۲۸/۷/۲۰ شعبه ۳ دیوان عالی کشور موید آن است: «حکم به استرداد وجه چک علیه گیرنده آن در صورتی صحیح است که استحقاق صادرکننده در استرداد وجه چک بر دادگاه ثابت گردد و استناد به اصل برائت و همچنین استناد به ماده ۲۶۵ قانون مدنی برای اثبات امر مزبور کافی نخواهد بود.» ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی در تعریف آماره می‌گوید: «آماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود.» در نظر قانونگذار زمانی که شخصی سند تجاری را صادر می‌کند و تعهد به پرداخت مقداری پول می‌کند، این پرداخت حاکی از وجود دین بوده است چه آنکه ماده ۲۵۶ ق.م. ظاهر را در عدم تبرع می‌داند؛ لذا ادعای واهی بودن دعوای دارنده سند موجه نیست. همان‌گونه که وجود چک، سفته و برات مانع از توصیف واهی برای دعوا می‌شود موافقت‌نامه‌ی داوری نیز که بروز اختلاف را از قبل پیش‌بینی نموده است می‌تواند چنین دلالتی داشته باشد. در حقیقت مرجع رسیدگی کننده بایستی بر اساس ماده ۱۰۹ ق.ج. با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات دعوا را واهی تشخیص دهد و وجود موافقت‌نامه‌ی داوری، دعوا را در وضعی قرار می‌دهد که مانع از توصیف واهی برای آن می‌شود. با توجه به آنچه گفته شد به نظر ما صدور قرار تأمین دعوای واهی در این شیوه حل اختلاف متنی است.

ثالثاً اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد که: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید...». آنچه از این اصل استنباط می‌شود، اصل استحقاق دادخواهی است و تقاضای تأمین دعوای واهی خلاف اصل مزبور بوده است و شمول آن با توجه به عدم ذکر قانونگذار بایستی تفسیر مضیق شود.

رابعاً همچنان که پیش‌تر اشاره شد ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی قلمرو این قانون را مشخص کرده است. به همین لحاظ جمع ماده یک و ماده ۱۰۹ این قانون نیز مفید این معناست که صدور قرار تأمین دعوای واهی منحصرأ از اختیارات دادگاه‌هاست و داوران در این زمینه اختیاری ندارند.

خامساً اصل رفتار مساوی با متداعیین اقتضاء دارد که پذیرش قرار تأمین واهی جزء استثنائات این اصل لحاظ شود. ماده ۱۸ قانون داوری ایران بیان می‌دارد که: «در رفتار با طرفین به

۲. «فلما أشرنا إليه من الشبه في كون النفي داخلأ في الإقرار أم لا، سيما إذا كان في مقابله إثبات، ولا دليل على حجية الإنكار بنفسه حتى يلتزم به صاحبه»



نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارایه دلایل داده شود» در نتیجه باید این ماده را تفسیر مضیق کرد و تا حد ممکن از پذیرش این قرار جهت برخورداری خواهان از حق اقامه دعوا امتناع ورزید.

۴.۱. بررسی محدودیت یا عدم محدودیت صدور قرار تأمین دلیل

یکی از موارد تقاضای تأمین، تأمین دلیل است. به موجب ماده ۱۴۹ قانون آیین دادرسی مدنی: «در مواردی که اشخاص ذی‌نفع احتمال دهند که در آینده استفاده از دلایل و مدارک دعوای آنان از قبیل تحقیق محلی و کسب اطلاع از مطلعین و استعلام نظر کارشناسان یا دفاتر تجاری یا استفاده از قرائن و امارات موجود در محل و یا دلایلی که نزد طرف دعوا یا دیگری است، متعذر یا متعسر خواهد شد، می‌توانند از دادگاه درخواست تأمین آن‌ها را بنمایند. مقصود از تأمین در این موارد فقط ملاحظه و صورت برداری از این گونه دلایل است.» در واقع، تأمین دلیل ایمن نگه داشتن آن است. دادگاه از ادعایی حمایت می‌کند که آن را مقرون به دلیل بداند. ادعای بدون دلیل نه تنها پذیرفته نمی‌شود بلکه چه بسا سبب مسئولیت مدنی مدعی نیز گردد؛ و در پاره‌ای از موارد حفظ دلیل با تأمین دلیل میسر می‌باشد. (شمس (ب)، ۱۳۹۰، ۴۷۸؛ مهاجری، ۱۳۸۷، ۱۷۰) با توجه به نقش و اهمیت این قرار، متقاضی می‌تواند آن را طبق ماده ۱۵۰ قانون مذکور در هنگام دادرسی یا قبل از اقامه دعوا درخواست کنند. ماده ۱۴ بیان می‌دارد: «درخواست تأمین دلایل و امارات از دادگاهی می‌شود که دلایل و امارات مورد درخواست در حوزه آن واقع است.» البته در نقاطی که شورای حل اختلاف تشکیل شده است به موجب بند ۵ قسمت (الف) ماده ۷ آیین‌نامه‌ی اجرایی ماده (۱۸۹) قانون برنامه سوم توسعه... ارائه دادخواست به آن مرجع می‌باشد. اما آیا برای داور چنین امکانی هست؟

بند (d) بخش اول ماده ۱۷ قانون نمونه آنسترال^۱ به داوران اختیار صدور قرار تأمینی را به منظور حفظ ادگه می‌دهد که ممکن است مهم و مرتبط با حل اختلاف باشد. ماده ۳۸ قانون داوری انگلستان نیز به داوری اختیار صدور قرار موقت در رابطه با حفظ ادگه را می‌دهد. «نگهداری وضع موجود الزاماً مستلزم نیاز به شناسایی دارایی، یا حفظ ادگه‌ی که برای اثبات پرونده حیاتی است می‌باشد.» اکثر قرارهای موقت با هدف وضع موجود و در امنیت قرار دادن دارایی است^۲. اما برخی کشورها اهداف دیگری را متصور شدند از قبیل: حفظ ادگه^۳ (KELALI, 2006, p.310).

نمونه‌های رایج این قرارها شامل: قرارهای حفظ ادگه مرتبط با موضوع اختلاف، فروش کالاهای فاسد شدنی برای به حداقل رساندن خسارات و... (RUNEE BUCY, 2010)

1 . Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

2 . Greek code of civil procedural at art.683.

3 . See e.g. Greek code of civil procedural at art.725.



(P.586) اهداف دیگر قرارهای موقت شامل: اجتناب از تشدید یا توسعه اختلاف و تضمین حفظ ادگه می‌باشد. (Brown, 2002, p.274) همچنین در این باره آمده است: «برداشت وسیعی را می‌توان از ماهیت قرارهای موقت داشت، این قرارها در موضوعاتی است که بیشتر ماهیت شکلی دارند، از قبیل: حفظ ادگه و در نهایت شناسایی احکام» (BENSAUDE, 2005, P.363).

در حقوق ما، از دو ماده قانونی می‌توان اختیار داور را در صدور قرار تأمین دلیل استنباط کرد. بند ۲ ماده ۲۰ قانون داوری ایران بیان می‌دارد که: «داور می‌تواند برای شور بین اعضا، استماع شهادت شهود و کارشناسان طرفین، یا بازرسی کالا و سایر اموال و یا اسناد و مدارک، در هر محلی که خود مقتضی بداند تشکیل جلسه دهد، مگر طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.» به موجب این ماده، در غیر تراضی طرفین، داور می‌تواند برای کشف حقیقت جهت صدور حکم اقدام به جمع‌آوری ادگه کند. در واقع، داور می‌تواند برای تحصیل دلیل در هر مکانی که مناسب بداند جلسه را تشکیل بدهد، شهادت شهود را استماع کند، به معاینه محل پردازد، به بازرسی کالا اقدام کند و... که همه این‌ها موثر در صدور حکم نهایی است. از ماده ۴۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز می‌توان اختیار داور در فراهم آوردن اسباب تأمین دلیل را استنباط کرد. «طرفین باید اسناد و مدارک خود را به داوران تسلیم نمایند...» در صورت درخواست داور، مخاطب آن باید اسناد و مدارکی را که موثر در رسیدگی‌های ماهوی می‌باشد را در اختیار داور قرار دهد. استفاده از نظر کارشناس برای داور جهت تأمین دلیل ممکن است. «... و اگر برای اتخاذ تصمیم جلب نظر کارشناس ضروری باشد، کارشناس انتخاب نمایند.» یکی از نویسندگان حقوقی (شمس ب، ۱۳۹۰، ۵۴۷) در کسب ادگه از سوی داور می‌نویسد که: چنانچه معاینه محل با مانعی روبه‌رو نشود، داور می‌تواند به آن اقدام نماید. اما اقداماتی از قبیل: تحقیق محلی، استماع گواهی گواهان و درخواست ارسال اسناد از ادارات دولتی برای داور غیر مقدور است.

نظر مذکور محل تأمل است. از آن جهت که قرا تأمین دلیل از طریق تحقیق محلی و استماع گواهی گواهان قائم به شخصیت دادرس و نیازمند به وسائل ویژه‌ای نیست. داور به عنوان یک مرجع حل اختلاف باید بتواند از این اختیار برای کشف حقیقت استفاده کند. از طرفی چگونه می‌توان انتظار داشت که یک دادرسی عادلانه صورت بگیرد و حق مدعی احقاق شود. در حالی که نتوان ادگه‌ای را حفظ کرد که در صدور حکم نهایی موثر است. اگر شارع مقدس، قاضی تحکیم^۱ و قانونگذار، داور را می‌پذیرد، چگونه می‌توان انتظار داشت آن‌ها رسیدگی عادلانه داشته باشند در حالی که مستند حکم آن‌ها ناقص باشد. مگر جز این است که خداوند متعال می‌فرماید: «و إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء / ۵۷) محدود کردن داور در انجام

۳- «قاضی التحکیم و هو الذی تراضی به الخصمان لیحکم بینهما» (امینی، ۱۳۸۶، ۱۴۳).



این امورات خلاف مصلحت و حکم شرع است. فلذا نباید سکوت قانونگذار را حمل بر عدم پذیرش دانست بلکه به خاطر بدیهی بودن آن است. نتیجتاً باید از دامنه محدودیت‌های داور در صدور قرار تأمین کاست و از تفاسیر مضیق جداً اجتناب کرد. چه آنکه اجرای این قرار به اسباب خاصی که در اختیار حکومت باشد، ندارد. آنچه که در باب اختیار داور در خصوص قرار تأمین دلیل بیان گردید نمی‌بایست باعث بروز این تصور شود که تأمین دلیل در فرض وجود شرط داوری با هیچ مشکلی و مانعی مواجه نخواهد بود. بر اساس مقررات قانون آیین دادرسی مدنی حتی پیش از اقامه‌ی دعوا نیز می‌توان از دادگاه تقاضای قرار تأمین دلیل نمود. اما باید توجه داشت که قبل از تشکیل دیوان داوری نمی‌توان از داور تقاضای تأمین دلیل نمود. این حقیقت عمدتاً به این دلیل است که هیأت داوری برخلاف دادگاه‌ها مرجع دائمی حل اختلاف نیستند. تا زمانی که دیوان داوری تشکیل نشده و قبول سمت نکرده باشد اساساً هیچ گونه صلاحیتی نسبت به طرفین ندارد از جمله: صلاحیت صدور قرار تأمین دلیل. اگر ذی‌نفع قرار تأمین دلیل بخواهد فرآیند تشکیل دیوان داوری را قبل از درخواست تأمین دلیل تعقیب نماید این امر در بسیاری از موارد با فوریت درخواست تأمین دلیل سازگاری ندارد. زیرا تا زمانی که فرآیند تشکیل دیوان داوری طی شود این احتمال وجود دارد که دسترسی به ادله‌ی مزبور متعذر یا متعسر شود. به همین لحاظ در چنین مواردی به نظر می‌رسد مطلوب‌ترین گزینه برای ذی‌نفع قرار تأمین دلیل این است که فوراً از شورای حل اختلاف قرار تأمین دلیل مورد نظر خود را تحصیل نماید و بعداً تشکیل هیأت داوری را تعقیب نماید.

۵.۱. عدم امکان صدور قرارهای تأخیر و توقیف اجرا

از جمله دیگر قرارهای تأمین، به «قرارهای تأخیر و توقیف اجرا» می‌توان اشاره کرد. در مورد صدور این قرارها گفته شده است که: «قرارهای تأخیر و توقیف اجرا در مواردی صادر می‌شوند که اقدامات اجرایی مربوط به برگ لازم‌الاجرای (برای مثال، رأی دادگاه، اجراییه‌ی ثبت) در شرف جریان می‌باشد و شخصی که اقدامات علیه اوست از دادگاه درخواست تأخیر یا توقیف اقدامات را می‌نماید» (شمس‌الف، ۱۳۹۰، ۲۵۳).

ماده ۴۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، از «قرار توقف اجرای» رأی داور می‌گوید. به موجب این ماده: «اعتراض به رأی داور مانع اجرای آن نیست، مگر آنکه دلایل اعتراض قوی باشد. در این صورت دادگاه قرار توقف اجرای آن را تا پایان رسیدگی به اعتراض و صدور حکم قطعی صادر می‌نماید و در صورت اقتضاء تأمین مناسب نیز از معترض اخذ خواهد شد.» از نص ماده فوق برمی‌آید که صدور «قرار توقف» برای رأی داور در صلاحیت دادگاه است. شاید دلیل آن واضح و موجه باشد؛ چرا که به حکم ماده ۴۸۸ قانون مذکور «دادگاه ارجاع‌کننده به داوری و یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد مکلف است به درخواست طرف ذی‌نفع

۵- قرار توقیف اجرا مربوط به مرحله‌ای است که عملیات اجرایی شروع گردیده است و بخشی از آن اجرا گردیده، اما در قرار تأخیر اجرا هنوز اجرای حکم صادره شروع نگردیده است تا متوقف گردد.



طبق رأی داور برگ اجرایی صادر کند. آنچه مسلم می‌نماید این است که همان مرجع اجراکننده، صلاحیت دخالت در اراده خود را دارد. توقف عملیات اجرایی دادگاه از سوی داور نقض برتری اراده حکومت است؛ لذا صدور این قرار از سوی داور به صلاح دیده نمی‌شود. اگرچه ماده ۴۹۳ ق.ج. صراحتاً صحبتی از قرار تأخیر اجرا نکرده است اما باید پذیرفت که دادگاه‌ها اختیار صدور قرار تأخیر اجرای رأی داور را نیز عندالاجتضاء دارا می‌باشند. این موضوع علاوه بر اینکه با وحدت ملاک بین قرار توقیف اجرا و تأخیر اجرا هماهنگ است با الفاظ ماده ۴۹۳ ق.ج. نیز سازگار دارد چرا که در این ماده هم از اصطلاح «توقف» و هم «منع» استفاده شده است. از سوی دیگر با منطق حقوقی و عدالت سازگار نیست که دادگاه بتواند قرار توقف اجرا صادر کند اما تأخیر اجرا را نه. چه آنکه به مصلحت نیست ابتدا بخشی از اقدامات اجرایی تحقق پیدا کند و بعداً متوقف شود. زیرا شایسته می‌نماید که از همان ابتدا جلوگیری گردد.

۲. محدودیت‌های قراردادی اختیارات داور

اختیارات داور، ناشی از توافقی است که طرفین در ضمن قرارداد داوری می‌نمایند و این واقعیت، یکی دیگر از محدودیت‌های اختیارات داور را نمایان می‌کند. یکی از سؤالات مهم در این خصوص، این است که صدور قراردادهای تأمینی از سوی داور چه اثری نسبت به اشخاص ثالث دارد و تا چه حد اجرای این قراردادهای داور برای اشخاصی که طرف قرارداد داوری نبوده‌اند، الزام‌آور تلقی می‌شود؟ در پاسخ به این سؤال باید توجه داشت که قاعدتاً هر قرارداد فقط نسبت به طرفین آن موثر است و برای اشخاص خارج از قرارداد ایجاد الزام نمی‌کند؛ لذا باید دید که آیا قرارداد داوری نیز از همین قاعده پیروی می‌کند یا خیر؟ سؤال دیگری که لازم است به آن پاسخ داده شود این است که با توجه به سکوت قانون آیین دادرسی مدنی در مورد صدور قراردادهای تأمینی توسط داور، آیا طرفین قرارداد داوری می‌توانند در قرارداد خود، شرط کنند که برای صدور این قراردادها، به داور مراجعه نمایند؟ هر یک از دو سؤال فوق، به ترتیب مورد بحث و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱.۲. بطلان شرط مراجعه به داور جهت درخواست قراردادهای تأمینی

ممکن است طرفین، ضمن توافق داوری، مراجعه به داور جهت درخواست قراردادهای تأمینی از جمله: تأمین خواسته و تأمین دلیل یا توقیف و تأخیر اجرا را که محل صدور در داوری را دارد، شرط کنند. حال، آیا چنین شرطی از منظر حقوقی نفوذ و معتبر است؟ قانونگذار در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی از اقسام شرط سخن می‌گوید. شرط مراجعه به داور جهت درخواست قراردادهای مزبور با هیچ یک از دو بند ماده ۲۳۳ و نیز بندهای ۱ و ۲ ماده ۲۳۲ قانون مزبور، منافاتی ندارد و تنها بندی که در این زمینه، ممکن است جای بحث داشته باشد، بند ۳ ماده ۲۳۲ این قانون است. به موجب بند ۳، شرط نامشروع، باطل است. در تعریف شرط نامشروع حقوقدانان بیان داشته‌اند که: «منظور از مشروع بودن شرط، ممنوع نبودن آن به حکم قانون است نه اعلام مجاز بودن آن در قانون؛ همچنین منظور از شرط نامشروع این نیست که ارتکاب آن جرم باشد،



بلکه منظور هر عمل بدون مجوز قانونی است که در برابر روح مقررات، عملی ناپسند باشد.» (شهیدی، ۱۳۸۷، ۱۰۱) «شرط نامشروع اعم است از آنکه انجام امری باشد که قانون جرم شناخته باشد و یا آنکه عدم انجام امری باشد که تکلیف قانونی است» (امامی، ۱۳۷۹، ج ۱، ۲۷۸) در حقیقت، شرطی که در تعارض با اخلاق حسنه، نظم عمومی یا قواعد امری باشد نامشروع تلقی می‌گردد (صفایی، ۱۳۸۲، ۱۸۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۷۲).

بنابراین، شرط نباید مورد منع صریح قانون امری یا روح آن، واقع شده باشد. از آن جا که مقنن درج چنین شرطی (شرط مراجعه به داور جهت درخواست قراردادهای تأمین) را در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین، منع نکرده، لذا می‌توان گفت شرط مزبور، مورد منع صریح قوانین واقع نشده است. اما آنچه که باقی می‌ماند این است که شرط، نباید مغایر با روح قانون باشد. قواعد شکلی و تشریفاتی، به خصوص مقررات مربوط به صلاحیت ذاتی، اصولاً مربوط به نظم عمومی است و به همین جهت پیشتر گفته شد که مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، اصولاً مقررات آمره تلقی می‌شوند و لذا توافق طرفین برخلاف مقررات قانون مذکور، باطل می‌باشد. به دلالت مواد ۳۱۰، ۳۱۱، ۳۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی فقط دادگاه صلاحیت دارد قراردادهای موقت صادر کند و طرفین نمی‌توانند با تراضی، مقررات آمره را به عنوان روح حاکم بر قانون نادیده بگیرند؛ لذا به نظر می‌رسد که درج شرط مراجعه به داور جهت درخواست قراردادهای تأمین، به علت نامشروع بودن، کأن لم یکن و بی‌اثر باشد.

۲.۲. محدودیت ناشی از اصل نسبی بودن قراردادها^۱ و قرارداد داوری

ماده ۲۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است، مگر در مورد ماده ۱۹۶» مفاد ماده ۲۳۱ قانون مدنی، بیانگر نسبی بودن قرارداد است. به موجب ماده ۲۳۱ قانون مزبور، مفاد قرارداد نمی‌تواند هیچ‌گونه تعهدی به ضرر شخص ثالث، ایجاد نماید «اصل نسبی بودن قرارداد این است که قرارداد فقط درباره طرفین موثر است و نمی‌تواند نسبت به اشخاص ثالث اثری داشته باشد.» (صفایی، ۱۳۸۲، ۶۶) «... و اعمال حقوقی قاعدتاً نباید نسبت به اشخاص ثالث که اراده ایشان یا اراده نماینده ایشان در ساختن این ماهیت اعتباری دخالتی نداشته است، اثری داشته باشد... یعنی نباید برای این اشخاص حق یا تکلیفی به وجود آورد.» (شهیدی، ۱۳۸۶، ۲۹) حال باید دید اثری که قراردادهای تأمین صادره از طرف دادرس نسبت به اشخاص دارد، آیا در فرض داوری نیز متصور و قابل دفاع است یا خیر؟

مبحث ششم از فصل دوم قانون اجرای احکام مدنی، به توقیف اموال منقول محکوم علیه «نزد شخص ثالث»، اختصاص یافته است. به موجب مواد ۸۷ به بعد این قانون، دادگاه می‌تواند به ثلثی که محکوم علیه، نزد او مال یا طلبی دارد، دستور توقیف آن را بدهد و ثالث مکلف به اجرای دستور دادگاه است. شخص ثالث، در صورت تخلف مطابق ماده ۸۸ این قانون، مسئول جبران



خسارت وارده به محکوم‌له می‌باشد. «در خصوص ارائه اسناد و مدارک دادگاه می‌تواند به اشخاص ثالث و حتی مراجع عمومی دستور دهد ادگه یا اسناد و مدارکی را که در اختیار دارند، افشا نمایند» (مصلحی، ۱۳۸۴، ۲۵۹)

از آن جا که اختیارات دادرسی، ناشی از قدرت حاکمیت است و مقنن صراحتاً اثر این قرارها را نسبت به ثالث پیش بینی کرده است، نهایتاً اگر قرار تأمینی توسط دادگاه صادر شود، مفاد این دستور به دلالت نص، علیه شخص ثالث قابل اجرا است. اما داور منصوب از طرف حاکمیت نیست بلکه اختیارات داور مقتبس از اراده طرفین است. در خصوص الزام ثالث به ارائه مدارک و اسناد بیان داشته‌اند که: «اگر یکی از طرفین یا شخص ثالث از ارائه این اسناد یا مدارک امتناع نماید، دیوان داوری قادر به اجبار آنها نخواهد بود، زیرا از پشتیبانی قدرت حاکمیت بی‌بهره است» (همان، ۲۵۹) «به طور کلی، محدودیت اختیارات و اجازه دیوان داوری در مورد دسترسی به ادگه، ناشی از ماهیت خصوصی و غیردولتی داوری است.» (سفی، ۱۳۷۷، ۶۷) «آن جایی که داور به موجب قرارداد مابین طرفین، صلاحیت صدور اقدامات تأمینی را می‌یابد، اعمال آن تنها علیه کسانی ممکن است که صلاحیت او را پذیرفته‌اند. ثالثی که در انعقاد قرارداد داوری و انتخاب داور مداخله‌ای نداشته است، نمی‌تواند متأثر از دستور صادره دیوان داوری شود» (Adhipathi, 2003, 55). ممکن است در مقابل، گفته شود که با توجه به اینکه قانونگذار، تاسیس حقوقی داوری را مورد شناسایی قرار داده است، بنابراین «اصل نسبی بودن قراردادها» در صدور قرارهای تأمینی توسط داور، قابل اعمال نیست و داور نیز در کنار دادگاه‌ها حق صدور چنین قرارهای را ناظر به شخص ثالث نیز دارد. با توجه به اینکه عدول از اصول مسلم حقوقی همانند اصل نسبی بودن قراردادها، نیاز به دلایل بسیار قاطع و غیرقابل خدشه دارد، پذیرش دیدگاه اخیرالذکر، از لحاظ حقوقی، دشوار به نظر می‌رسد.

۳. محدودیت‌های داور در رعایت ویژگی غافلگیری قرارهای تأمینی

در موضوعاتی که به داوری ارجاع می‌شود، اختیار داور، به نحو یکسان، منبعث از اراده هر دو طرف بوده و به همین لحاظ، تمام رسیدگی‌ها در داوری باید به صورت توافقی باشد. در مورد هر اقدامی که یکی از طرفین انجام می‌دهد از قبیل تقدیم لایحه، ابراز سند، تقاضای قرار و سایر اقدامات، داور بایستی قبل از ترتیب اثر دادن به آن اقدام، طرف مقابل را در جریان اقدام پیش گفته قرار دهد. در حالی که در دادگاه‌های دولتی، تمامی رسیدگی‌ها به صورت توافقی انجام نمی‌شود. مثلاً در ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، مقرر شده است که دادگاه بدون اخطار به طرف مقابل می‌تواند قرار تأمین خواسته را صادر یا آن را رد کند.

یکی از اهداف تأمین خواسته یا تأمین دلیل، این است که با صدور و اجرای این قرارها، طرف مقابل، از تصرف در مال مورد نظر یا انجام معاملات ناقله و اتلاف ادگه بازداشته شود. در بسیاری موارد، این هدف، صرفاً با غافلگیری طرف مقابل، تأمین می‌گردد. در چنین مواردی، اقصاء ویژگی غافلگیری در قرارهای تأمینی این است که دستور مزبور، بدون اطلاع به طرف

مقابل صادر و حتی اجرا شود. به همین دلیل در حقوق کامن لا نوعی از اقدامات تأمینی پیش بینی شده که بدون حضور خوانده «ex parte» صادر می‌شود. «قرارهای موقت حمایتی یک‌جانبه قرارهایی هستند که علیه یک‌طرف، قبل از این که آن قرار ابلاغ شود و بدون اطلاع وی یا فرصت استماع اظهارات، صادر می‌شود.» (Sugg, 2008, p.402) «در این شرایط، صدور قرار موقت، بدون ابلاغ به خوانده بوده و به او مهلت اعتراض یا حتی حضور در جلسه رسیدگی داده نمی‌شود» (امیرمعزی، ۱۳۸۸، ۱۶۵).

قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز صدور قرارهای تأمینی به صورت یک‌جانبه را در مواردی که فوریت اقتضا کند در مواد ۳۱۴، ۱۱۵، ۱۵۲ برای دادگاه‌ها، پیش بینی کرده است. اما باید دید که آیا داور نیز می‌تواند اقدامات تأمینی را صرفاً با درخواست یک طرف و بدون اطلاع طرف دیگر صادر کند؟ همچنین بر اساس ماده ۱۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی، در مواردی، نظر به فوریت کار، دادگاه می‌تواند مقرر دارد که قرار تأمین خواسته صادره، قبل از ابلاغ به خوانده، مورد اجرا قرار گیرد. اما آیا داور نیز چنین اختیاری دارد؟ پاسخ این سؤالات را تحت عنوان اقتضانات قرارهای تأمینی در داوری، ذیل بخش‌های بعدی خواهیم دید.

یکی از اصول حاکم بر رسیدگی‌های ترفعی، رعایت «اصل تناظر» می‌باشد. در تبیین اصل مزبور، برخی گفته‌اند: «این اصل اقتضای آن را دارد که طرفین بتوانند ادعاها، استدلال‌ها و ادله‌ی خود را به آگاهی قاضی برسانند و این اصل ناظر بر حقوق دفاع اصحاب دعواست؛ و اگر آن‌ها ایراد و اعتراضی داشته باشند، بنمایند تا حقیقت برای دادگاه روشن شود» (شمس (الف)، ۱۳۹۰، ۱۲۵؛ شمس، ۱۳۸۱، ۶۳؛ صدرزاده افشار، ۱۳۸۷، ۲۱۶).

در واقع غافلگیر کردن طرف مقابل، گاهی اقتضاء دارد بدون این که او از جریان امر آگاه شود و یا فرصت و امکان دفاع در اختیار او قرار گیرد، قرار علیه او صادر گردد. این مطلب، منطبق با مقتضای قرار تأمینی می‌باشد که عبارت است از جلوگیری از ورود خسارت‌های غیرقابل جبران و فراهم آوردن شرایط مطلوب جهت اجرای حکم متعاقب از طرُقی همچون جلوگیری از نقل و انتقال و مخفی کردن اموال یا اتلاف ادله.

اکنون باید دید موضع قانون آیین دادرسی در رعایت غافلگیری در قرارهای تأمینی، به چه نحوی تنظیم شده و در موردی که داور قرارهای موقت صادر می‌کند، آیا او نیز می‌تواند از این موضع، استفاده نماید یا خیر؟

۱.۳. غافلگیری در هنگام صدور قرارهای تأمینی

در خصوص تشریفات رسیدگی به درخواست قرار تأمین خواسته، ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، بیان می‌دارد که: «در صورتی که درخواست تأمین شده باشد مدیر دفتر مکلف است پرونده را فوری به نظر دادگاه برساند، دادگاه بدون اخطار به طرف، به دلایل

1. Available at BLACK'S LAW DICTIONARY, page 657. (On or from one party only, without notice to or argument from the adverse party.)



درخواست‌کننده رسیدگی نموده، قرار تأمین صادر یا آن را رد می‌نماید.» به دلالت ماده فوق‌الذکر، در این مورد، دادگاه بدون دعوت از خواننده اقدام به صدور قرار مزبور می‌نماید و این به این معنا است که در هنگام صدور، اصل تناظر رعایت نمی‌شود و خواننده را با غافلگیری مواجه می‌نماید. غافلگیر کردن خواننده در صدور تأمین خواسته، هدفی است که مقنن در مواردی که فوریت مضاعفی وجود دارد، در پی تأمین آن است، زیرا تأخیر بی‌جهت و آگاه نمودن خواننده و فرصت دادن به او، ممکن است سبب ورود خسارات غیر قابل جبران شود. به همین دلیل، قانونگذار به دادرس اجازه داده است، بدون رعایت «اصل تناظر» و دعوت از خواننده، با تشخیص وجود شرایط عمومی و اختصاصی قرار تأمین، اقدام به صدور آن کند.

همانطور که پیشتر گفته شد اختیارات دادرس ناشی از قدرت حاکمیت است و در این گونه موارد نیز او بر مبنای اختیارات قانونی عمل می‌کند. دادرس نه توسط طرفین تعیین و نه با اراده ایشان، دارای صلاحیت می‌شود. اما آیا داور چنین موقعیتی دارد؟ قطعاً پاسخ منفی است. داور مأمور و منصوب از طرف حاکمیت نیست. انتصاب و صلاحیت‌دار شدن او به اراده هر دو طرف اختلاف، منتسب است و به همین دلیل، رسیدگی‌های او باید به نحو ترافعی و با رعایت قلمرو اختیارات اعطایی طرفین باشد. طبق نظر یکی از نویسندگان (خدابخشی، ۱۳۹۱، ۲۲۵) صلاحیت داور خلاف اصل است. دادگاه ابتداء صلاحیت اصولی داشته است و در صورت تردید این امر استصحاب می‌گردد اما در صورت تردید صلاحیت داور، عدم صلاحیت استصحاب می‌شود.

صدور قرار تأمین خواسته قبل از ابلاغ برابر قسمت اخیر ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، فقط در اختیار دادگاه است اما داور، دادرس دادگاه نیست و قیاس این دو شخص در این خصوص، قیاس مع‌الفارق است، زیرا که یکی از ارکان قیاس معتبر، آن است که سبب حکم که اصطلاحاً آن را «جامع» یا «علت» گویند در هر دو موضوع یکی باشد. (حیدری، ۱۳۸۹، ۵۴۱) در حالی که اختیار خروج از اصل تناظر و قاعده‌ی ترافعی بودن رسیدگی‌ها توسط قانونگذار فقط به دادرس داده شده که این امر هم به این دلیل بوده که اختیارات دادرس در این زمینه، همان اختیارات حاکمیت، تلقی می‌شود. اما داور اختیارات خود را نه از قانونگذار و نه از یک طرف ترافع، بلکه از اراده هر دو طرف اختلاف گرفته است هر چند داور مزبور، داور اختصاصی یکی از طرفین بوده باشد؛ در واقع، داور اختصاصی منصوب یکی از طرفین نیز اختیارات خود را از موافقت‌نامه داوری دریافت کرده و اراده هر دو طرف، به یک نسبت، در تشکیل آن موافقت‌نامه، ایفای نقش نموده است. وانگهی صدور قرار تأمین خواسته بدون دعوت و اطلاع خواننده، حکمی استثنائی است و در موارد استثنائی، با توجه به اینکه قیاس گرفتن از مقبس‌علیه ممنوع است، بایستی با تفسیر مضیق قانون، به قدر متقین اکتفا نموده و حکم قانون را محدود به حدود نص دانست. فقدان تصریح طرفین اختلاف نسبت به صلاحیت داور در صدور قرار مزبور بدون ابلاغ به طرف مقابل، سبب می‌شود داور مکلف به دعوت از خواننده جهت رسیدگی به درخواست قرار تأمین خواسته شود. در بند دوم از ماده ۱۷ قانون نمونه آنستیرال، نوعی «قرار

مقدماتی^۱ پیش بینی شده که با «قرارهای تأمینی» یک تفاوت عمده دارد و تفاوت مزبور، این است که صدور این قرار منحصرأً به درخواست یک طرف است. یعنی آنجایی که دیوان بنا بر اظهارات یک طرف تشخیص می‌دهد که طرف دیگر با دانستن موضوع صدور دستور موقت، اقدامی جهت ممانعت از اجرای آن مانند مخفی کردن اموال، از بین بردن مدارک و... خواهد کرد، بدون اطلاع وی، مبادرت به صدور آن می‌نماید. مدت این قرار بیست روز است که بعد از آن دیوان ممکن است قرار تأمینی را با اطلاع خواننده صادر کند (Moses, 2008, p.102).

با توجه به ضرورت‌های فوق‌الذکر، به نظر می‌رسد شایسته بود که قانونگذار ایران نیز اختیار صدور چنین قراری را هم در داوری‌های داخلی و هم در داوری‌های بین‌المللی، برای داور پیش بینی می‌کرد. در حالیکه با فقدان چنین نصی، داور اصولاً نه می‌تواند قرار مقدماتی و نه قرار تأمینی را به صورت یک‌جانبه صادر کند.

۲.۳. غافلگیری در هنگام اجرای قرارهای تأمینی

ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌دارد که «هیچ حکم یا قراری را نمی‌توان اجرا نمود مگر اینکه ... به طرفین یا وکیل آنان ابلاغ شده باشد...». ماده ۲ قانون اجرای احکام مدنی نیز اجرای حکم را پیش از ابلاغ آن ممنوع می‌کند. این مقررات حاکی از آن است که قانونگذار اصل «ابلاغ قبل از اجرا» را پذیرفته است. اما واقعیت این است که این اصل نیز مانند بسیاری دیگر از اصول و قواعد حقوقی، بدون استثناء باقی نمانده است. درست است که صدر ماده ۱۱۷ و قسمت پایانی ماده ۱۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی، همگام با قاعده مذکور در ماده ۳۰۲ همین قانون، مقرر می‌دارد که: «قرار تأمین باید فوری به خواننده ابلاغ و پس از آن اجرا شود...»، اما با این حال، ذیل ماده ۱۱۷ قانون مذکور، به دادگاه اجازه می‌دهد که «نظر به فوریت کار»، مقرر دارد که قرار تأمین، قبل از ابلاغ، اجرا شود. بنابراین قسمت اخیر ماده ۱۱۷ ق.ج. یکی از استثنائات مقررات ماده ۳۰۲ همین قانون است. ماده ۱۵۲ ق.ج. نیز این استثناء را در موارد فوری پذیرفته است. به موجب این ماده: «در اموری که فوریت داشته باشد دادگاه بدون احضار طرف، اقدام به تأمین دلیل می‌نماید».

تشخیص فوریت مذکور در مواد ۱۱۷ و ۱۵۲ قانون فوق‌الذکر، با دادگاه است. اگر دادگاه، با توجه به واقعیت‌هایی همچون «وضعیت ابلاغ بر گه‌های قضایی و طول مدت آن و تناسب کار با فوریت لزوم اجرای فوری را احراز کند می‌تواند مقرر دارد که دستور موقت بدون ابلاغ به خواننده، اجرا شود.» (شمس (الف)، ۱۳۹۰، ۴۱۱) این اختیار دادگاه نیز ناشی از قدرت حاکمیت است. اما داور با توجه به ملاحظات که پیش‌تر ذکر آن گذشت، نمی‌تواند قبل از ابلاغ، مقرر دارد که قرارهای تأمینی صادره اجرا شود. چه آنکه اختیارات داور، متخذ از اراده طرفین است و طرفین نیز چنین اختیاری را به او نداده‌اند. مقایسه داور با دادرسی ناموجه و منع صلاحیت‌ها و اختیارات آن‌ها با یکدیگر متفاوت است؛ لذا تسری حکم قسمت اخیر ماده ۱۱۵ و ۱۵۲ قانون

1. Preliminary order.



پیش گفته نیز به داور، با توجه به استثناء بودن حکم مزبور، مغایر با اصول حاکم بر مقررات مربوطه است. به همین جهت باید گفت که داور بایستی قبل از اجرای قراردادهای تأمین ابتدای آن را به کسی که قرار علیه او صادر شده، ابلاغ کند و این امر، ممکن است در مواردی، صدور اقدامات تأمین را بی‌فایده گذارد.

نتیجه

با توجه به اهمیت جایگاه داوری در حل و فصل اختلافات و به رسمیت شناختن این نهاد توسط قانونگذار، شایسته بود تمام اختیارات لازم برای داور، جهت عملکرد مطلوب نهاد مزبور، مورد شناسایی قرار می‌گرفت. چه آن که با سکوت قانون و مقررات آمره در داوری‌های داخلی و بین‌المللی عملاً امکان صدور قراردادهای تأمین جز قرار تأمین دلیل که ممکن است آن هم با اما و اگرهای مواجه باشد توسط داور، منتفی است و این محدودیت‌ها سبب کاهش تمایل افراد جهت حل اختلافات خود از طریق داوری خواهد شد. از طرفی با فرض قبول صلاحیت داور در صدور برخی از قراردادهای تأمین مشکلاتی وجود دارد. یکی از مشکلات مذکور این است که خصیصه «غافلگیری» که احیاناً یکی از کارکردها و اهداف اقدامات تأمین می‌باشد، در مورد قرار تأمین صادره توسط داور، مفقود است. با توجه به اینکه اختیارات دادگاه، ناشی از قدرت حاکمیت است، دادرس می‌تواند قرار موقت تأمین را صرفاً به درخواست یک‌طرف و بدون اطلاع طرف دیگر صادر و یا آن را اجرا نماید. اما از آنجا که اختیارات داور منبث از اراده طرفین است و رسیدگی‌های داور، باید توافقی باشد، وی نمی‌تواند هدف مزبور را تأمین نماید و این حقیقت، یکی از ضعف‌های نهاد داوری را در کشور ما آشکار می‌کند؛ لذا شایسته است که قانونگذار ایرانی نیز همگام با نیازهای داوری و تحولات بین‌المللی در جهت اصلاح قوانین خود اقدام نماید تا بتواند با ترغیب افراد به حل اختلافات از این طریق، سنگینی بار مسئولیت دادگاه‌ها و مراجعه اشخاص به این مرجع را کاهش دهد.

منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتاب فروشی الاسلامیه، چاپ ۲۱، ج ۱، ۱۳۷۹.
- ۳- امیرمعزی، احمد، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، نشر دادگستر، چاپ ۲، ۱۳۸۸.
- ۴- بهشتی، محمدجواد، مردانی، نادر، آیین دادرسی مدنی، تهران، نشر میزان چاپ ۳، ج ۱، ۱۳۸۶.
- ۵- حیدری علامه، علی نقی، اصول استنباط فی اصول الفقه و تاریخه باسلوب جدید، قم، انتشارات پیام نوآور، چاپ ۲، ۱۳۸۹.
- ۶- خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱، ۱۳۹۱.
- ۷- دزفولی، مرتضی بن محمدامین (شیخ انصاری)، فرائدالاصول، قم، مجمع الفکرالاسلامی (ج ۲۶ از مجموعه آثار شیخ الاعظم الانصاری)، ج ۳، ۱۴۱۹.
- ۸- سیفی، سیدجمال، «قانون داوری تجاری بین‌المللی همسو با قانون نمونه داوری آنستیرال»، نشریه حقوق بین‌المللی، ۱۳۷۷، شماره ۲۳.
- ۹- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات دراک، چاپ ۱۶، ج ۱، ۱۳۸۶.
- ۱۰- شمس، عبدالله، (الف)، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات داراک، چاپ ۲۰، ۱۳۹۰.
- ۱۱- شمس، عبدالله، (ب)، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات داراک، چاپ ۲۰، ۱۳۹۰.
- ۱۲- شمس، عبدالله، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۱، شماره ۳۵-۳۶.
- ۱۳- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، تهران، انتشارات مجد، چاپ ۲، ج ۴، ۱۳۷۸.
- ۱۴- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چاپ ۳، ۱۳۸۶.
- ۱۵- صدرزاده افشار، محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ ۱۰، ۱۳۸۷.
- ۱۶- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، چاپ ۱، ج ۲، ۱۳۸۲.
- ۱۷- صفایی، سید حسین، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسائی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، شماره ۴۰.



- ۱۸- عابدیان، میرحسین، «داوری در امور تجاری»، ماهنامه تعالی حقوق، ۱۳۸۶، شماره ۱۸.
- ۱۹- امینی، علیرضا، آیتی، محمدرضا، تحریرالروضه فی شرح اللمعه، تهران، انتشارات سمت، چاپ ۱۲، ج ۱، ۱۳۸۶.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ۲، ج ۳، ۱۳۷۶.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، تهران، نشر میزان، چاپ ۷، ج ۱، ۱۳۹۰.
- ۲۲- متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ج ۱، ۱۳۸۱.
- ۲۳- مراغی، عبدالفتاح، العناوین، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ ۱، ج ۲، ۱۴۱۷.
- ۲۴- مصلحی، جلال، «حدود مداخله دادگاه‌های ملی در روند داوری»، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۴، شماره ۱۶-۱۵.
- ۲۵- مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات فکرسازان، چاپ ۱، ج ۲، ۱۳۸۷.
- ۲۶- واحدی، قدرت الله، بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، تهران، نشر میزان، چاپ ۶، ۱۳۸۵.

27. Adhipathi, Sandeep. (2003). Interim Measures in International Commercial Arbitration past, present and future, Digital commons@ Georgia Law.

28 BENSUAUDE, Denis. (2005). Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, vol 22.

29 Brown, Chester. (2002). International Tribunal for the Law of the sea, the international journal of marine and coastal law, vol 17.

30. DEWAN, Nakul. (2003). INTERIM MEASURES IN ARBITRATION: A Comparative Analysis of Indian and English Arbitration Acts, INTERNATIONAL BUSINESS LAW.

31- KELALI, PANAGIOTA. (2006). PROVISIONAL RELIEF IN TRANSNATIONAL LITIGATION IN THE INTERNET ERA: WHAT IS IN THE BEST INTEREST? , JOURNAL OF COMPUTER & INFORMATION LAW, volume 24.

32. MosesL., Margaret. (2008). the principles and practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press.

33. Sammartano, Mauro Rubino. (2001) International Arbitration Law and Practice, Kluwer Law International, second edition.



34. Sugg, Jeremy. (2008). Interim Relief and International Commercial Arbitration in North Carolina: where we are and where we should be looking, CAMPBELL LAW REVIEW, volume 30.

35 RENE BUCY, DANA. (2010). HOW TO BEST PROTECT PARTY RIGHTS: THE FUTURE OF INTERIM RELIEF IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION UNDER THE AMENDED UNCITRAL MODEL LAW, International Law Review, volume 25.

36. Yearbook of Commercial Arbitration, 1985, vol 10.