

زهرة فهیمی

دانش‌آموخته‌ی کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

عبدالله خدابخشی^۱

استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران.

رضا معبودی

استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران.

شناسایی و اجرای دستور موقت در داوری تجاری بین‌المللی

چکیده

دستور موقت در قانون نمونه آنسیترال اصلاحی ۲۰۰۶، قواعد داوری آنسیترال اصلاحی ۲۰۱۰، قوانین بسیاری از نظام‌های ملی و قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران پیش‌بینی شده است. قانون آیین دادرسی مدنی ایران در این خصوص ساکت است و بین نویسندگان و رویه قضایی، اختلاف نظر وجود دارد. مسائل مختلفی در این خصوص مطرح می‌شود؛ مانند آثار دستور موقت در رابطه با طرفین، مرجع داوری و دادگاه‌های ملی؛ کیفیت اجرا، ضمانت اجرا و شناسایی آن؛ تفاوت دستور موقت با نهادهای دیگر و از جمله پیش‌دستور؛ برخی از این مسائل در قواعد داوری آنسیترال و قوانین ملی منعکس و برخی نیز در دکتترین مورد بحث است. قانون نمونه آنسیترال، نهاد «پیش‌دستور» را نیز پیش‌بینی کرده است. مسأله مهم در رابطه با دستور موقت، تلقی آن به‌عنوان رأی داوری و اجرای آن در عرصه بین‌المللی و ملی است. همچنین شناسایی اصلی و تبعی آن از دیگر مسائل قابل توجه است. با توجه به قواعد عمومی دستور موقت و نیز با عنایت به اهداف آن؛ امکان اجرا و شناسایی دستور موقت وجود دارد. همچنین پاره‌ای ضمانت اجراهای مستقیم و غیرمستقیم مانند مراجعه به دادگاه برای اجرایی کردن دستور موقت وجود دارد. موضوع مقاله حاضر ضمن اشاره به

^۱khodabakhshi1356@yahoo.com

برخی از ویژگی‌های دستور موقت و پیش دستور، بحث در باب شناسایی و اجرای این دستورات است.

واژگان کلیدی: داوری، دستور موقت، پیش دستور، شناسایی، اجرا.

بیان مسأله و اهداف تحقیق

داوری یکی از شیوه‌های موفق و مرسوم حل اختلاف در تجارت بین‌المللی است. به دلیل اهمیت داوری و لزوم توسعه آن، علاوه بر قواعد ملی، قوانینی در سطح بین‌المللی نیز تصویب شده که قانون نمونه آنسیترال از آن موارد است. مراکز بین‌المللی مانند مرکز داوری اتاق بین‌المللی دادگستری نیز در توسعه داوری واجد نقش مهمی هستند و آرای این مراکز مورد توجه علاقه‌مندان قرار دارد. یکی از نگرانی‌ها در زمینه داوری، تلاش برای اجرای آرای آن است که با تصویب کنوانسیون نیویورک (۱۹۵۸) تا حد بسیاری مرتفع شده است اما مسأله اجرای دستورات موقت یا اقدامات احتیاطی همچنان خالی از ابهام نیست و شناسایی و اجرای آن، در نظام‌های ملی وضعیت یکسانی ندارد. با الحاقاتی که در قانون نمونه ۲۰۰۶ صورت گرفت، برخی از این ابهامات مرتفع شد و ضروری است ایران نیز بر اساس این اصلاحات، قواعد داخلی لازم را تصویب نماید تا هماهنگی بین‌المللی بهتری حاصل آید. اینکه دستور موقت با چه شرایطی صادر و چگونه اجرا شود، همواره یکی از مشکلات مراجع داوری بوده است. برخی نظام‌های ملی برای این منظور از دادگاه‌ها کمک می‌گیرند و برخی نیز عدم اجرای دستور را قرینه‌ای علیه مستنکف تلقی می‌کنند. با توجه به سکوت مقررات ایران در این زمینه لازم است بعد از بررسی شرایط دستور موقت و پیش دستور که در اصلاحات ۲۰۰۶ قانون نمونه برای نخستین بار مورد استفاده قرار گرفت، وضعیت شناسایی و اجرای این دستورات مورد تحلیل قرار گیرد.

مقدمه

مرجع داوری علاوه بر رسیدگی به اصل موضوع، گاه باید اقدامات موقتی مانند جلوگیری از فروش کالا و یا تسلیم آن و یا ارائه مدرک را نیز در اختیار داشته باشد. در مراجع قضایی در چنین مواردی از طریق دستور موقت اقدام می‌شود. در اینکه آیا داوری نیز چنین نهادهایی را در اختیار دارد، نظام‌های عمده داوری، پاسخ مثبت داده‌اند؛ از جمله، قانون نمونه و قواعد داوری آنسیترال حاوی مقرراتی در این خصوص است. یکی از مباحث مهم در زمینه دستور موقت، شناسایی و اجرای آن است. موضوعی که با وجود تصویب و تصریح در قانون نمونه، هنوز در حقوق برخی کشورها مورد اختلاف است و شیوه‌ها و ضمانت اجرا آن مبهم به نظر می‌رسد. ایران نیز چنین وضعی دارد زیرا علاوه بر اینکه سکوت قواعد داوری داخلی، شناسایی و اجرای آن نیز در رویه قضایی منعکس نشده و از این‌رو، نیازمند بررسی تطبیقی است تا با شناخت بیشتر از این موضوع،

راهکارهای منطقی مورد اقتباس قرار گیرد. به این منظور، در این نوشته، بعد از مفهوم شناسایی و تبیین مهمترین شرایط دستور موقت و پیش دستور، شناسایی و اجرای این دستورات مورد توجه قرار خواهد گرفت.

در حقوق ایران هر چند داوری سابقه‌ای طولانی دارد اما به نظر می‌رسد با تحولات روز دنیا، همراه نیست و بسیاری از ابهامات به‌ویژه در داوری‌های داخلی وجود دارد. با تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی (۱۳۷۶) که بر اساس قانون نمونه بود، مهمترین قواعد داوری و از جمله دستور موقت در آن پیش‌بینی شده است اما با توجه به تغییرات بعدی در سال ۲۰۰۶ و نیز تغییرات سال ۲۰۱۰ قواعد داوری آنسیترال، می‌توان گفت هم به لحاظ قانون‌گذاری و هم به جهت ادبیات دکتربین، تلاش‌های چندانی در این زمینه به عمل نیامده و از این‌رو، حقوق داوری ایران با قواعد بین‌المللی فاصله قابل توجهی دارد؛ هر چند که ایران در میان کشورهای همسایه از جایگاه قابل توجهی برخوردار است.

در این مقاله با عنایت به حداقل تلاش‌های نویسندگان، مقررات قانونی، قواعد عمومی درصدد تبیین این فرضیه‌ها هستیم که اولاً دستور موقت در داوری‌های داخلی و بین‌المللی امری بایسته و قابل دفاع است، ثانیاً این دستورات با وجود ضمانت اجرای خفیف‌تر نسبت به دستورات دادگاه، قابل اجرا و تضمین هستند، ثالثاً مرجع داوری نیز حق دارد بر اجرای دستور موقت خود نظارت نماید و در مواردی، عدم اجرای آن را قرینه صحت ادعای طرف مقابل بداند؛ رابعاً دستور موقت در داوری‌های بین‌المللی از زمره آرای قابل شناسایی و قابل اجرا محسوب می‌شوند و از جمله مشمول کنوانسیون نیویورک (۱۹۵۸) که ایران در سال ۱۳۸۰ آن را تصویب نموده، هستند. بدیهی است روش تحقق به‌صورت توصیفی و تحلیلی است که با مراجعه به کتب، مقالات و اسناد به‌گرددآوری و پژوهش در مورد موضوع مقاله حاضر پرداخته شده است.

۱- مفهوم، اقسام، شرایط عمومی، مزایا و اشکالات دستور موقت

۱-۱- مفهوم و اصطلاحات مربوط به دستور موقت

رسیدگی در مراجع قضایی و داوری، بدون اقدامات موقتی، ممکن است عدالت را به مخاطره اندازد و نتایج نامطلوبی برای طرفین داشته باشد. اگر داور قادر به ارزیابی وضع موجود، بررسی دلایل طرفین در موقعیت مناسب، مانع شدن از شدت نزاع و مانند آن نباشد، هدف نهایی خود

(رأی) را نیز به خوبی بدست نخواهد آورد. از این رو، اقدامات تأمینی از اصول کلی حقوق داوری است و کمتر کشوری است که به نحوی از انحاء، متعرض قواعد آن نشده باشد.

مفاهیم اقدامات احتیاطی و دستور موقت، با همه گستردگی در حقوق داوری، چندان روشن نیستند. برای مثال در معنای عام و گسترده، اقدامات احتیاطی، هر اقدامی است که به منظور حفظ حقوق طرفین اختلاف تا زمان تصمیم نهایی، اتخاذ می‌شود. دادگاه اروپایی حقوق بشر در یکی از دعاوی (Reichert and Others v Dresdner Bank)، اقدامات احتیاطی و موقت را مکانیسمی تعریف که موقعیت قانونی یا حقوق طرفین را حفظ می‌کند. این مرجع به اوصافی مانند سرعت، کارایی و اجرای آرای داوری برای صدور اقدامات احتیاطی، اشاره می‌کند (Cuniberti, 2000, p. 26) همچنین در تعریف آن گفته شده است که اقدامات مذکور، آن دسته اموری است که موقعیت عملی و قانونی را به منظور حفظ حقوق طرفین، مدیریت می‌کند. (Kennett, 1999, P150)

هدف از این اقدامات، تسهیل جریان رسیدگی داوری و مؤثر بودن آن به منظور حصول نتیجه رأی نهایی داور است. در داوری تجاری بین‌المللی، اقدامات احتیاطی و موقت^۱ را با عناوین مختلفی مانند، امور حمایتی^۲، امور موقتی^۳، راهکار موقت^۴، امور نگاهدارنده^۵، اقدامات مقدماتی^۶، اقدامات منع‌کننده^۷، اقدامات احتیاطی^۸، اقدامات موقت^۹، اقدامات فوری^{۱۰} و مساعدت موقتی^{۱۱} معرفی می‌کنند. (Lawrence., Hanessian, 2008. P.53)

۱-۲- مهمترین مصادیق دستور موقت

^۱- provisional measures.

^۲-protective measures.

^۳-interim measures.

^۴-interim relief.

^۵-conservatory measures.

^۶-preliminary measure.

^۷-preliminary injunctive measures.

^۸-precautionary measures.

^۹-holding measures.

^{۱۰}- urgent measures.

^{۱۱}- Provisional Relief.

با مطالعه قواعد داوری و گزارش دعاوی در این زمینه، می‌توان مهمترین موارد دستور موقت را در حالات زیر ملاحظه کرد:

۱- اقدام در جهت محافظت از اقلام و کالاهایی که موضوع دعواست: دستور به انبارکردن آن اقلام در محل خاصی، دستور به تودیع آن اقلام نزد شخص ثالث، دستور به فروش اقلام فاسدشدنی (سوابق دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده به‌ویژه قضیه بهرنگ)؛
۲- ممانعت از دعاوی موازی: دستور به توقف دعوا در محاکم داخلی، دستور به توقف جریان داوری (دیوان داوری دعاوی ایران- علیه پاکستان نزد دیوان داوری مرکز داوری بانک جهانی)؛

۳- حفظ وضع موجود در خصوص موضوع دعوا: دستور ممانعت از فروش یا حراج عمومی اموال موضوع اختلاف، دستور تعلیق جریمه یا مجازات‌های کیفری ناشی از قوانین مالیاتی، دستور عدم تغییر کاربری مال موضوع دعوا، دستور عدم اجرای اسناد اعتباری موضوع اختلاف، دستور ادامه ایفای تعهدات قراردادی موضوع اختلاف، دستور توقف تبلیغات منفی علیه یک طرف. (پرونده الف ۴ نزد دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده)؛

۴- اقدامات اعلامی که نیازی به اجرا ندارد: دستور موقت به اینکه یک طرف ملزم به ادامه ایفای قرارداد نیست، دستور به اینکه یک طرف از کارگزاری طرف دیگر معزول است؛
۵- حفظ و تامین ادله و اسنادی مهم و موثر در دعوا: دستور نگهداری دقیق اسناد موثر در دعوا، دستور بازرسی اقلام و بناهای موضوع اختلاف، دستور معرفی شهود، دستور حفظ اسرار و محرمانه بودن مدارک (پرونده وکوم سالت علیه غنا، مرکز داوری بانک جهانی (اکسید)، دستور موقت مورخ ۱۴/ژوئن ۱۹۹۳)؛

۶- درخواست تامین هزینه دعوی: چنین درخواستی بندرت پذیرفته می‌شود. (پیران، ۱۳۹۰، صص ۲۷۲ و ۲۷۳).

۱-۳- شرایط عمومی دستور موقت

اقدامات تأمینی یا دستور موقت که به منظور رسیدن به اهدافی مانند جلوگیری از ضرر غیر قابل جبران (TokiosTokelés v Ukraine, 2005)، حفظ دلایل و حفظ وضع

موجود^۱ صادر می‌شود، یکی از مباحث دقیق، جالب توجه و مؤثر در حقوق داوری تجاری بین‌المللی است. اهمیت این بحث به نحوی است که همراه با شکل موافقتنامه داوری، یکی از دو موضوع مهم در اصلاحات قانون نمونه آنسیترال در سال ۲۰۰۶ بود. با بررسی قواعد بین‌المللی و ملی، می‌توان دریافت که این دستور باید در شرایط ویژه مانند قابلیت پیروزی در دعوا و با اساس بودن آن، (K. Lenaerts and D. Arts, 1999, p.299) احراز فوری، (Gary Born, 2011, P. 833) رعایت اصل تناسب^۲ بین ضرر مورد ادعای متقاضی دستور موقت و ضرری که در نتیجه صدور آن، به طرف مقابل وارد می‌آید، صادر شود. (Berger Klaus, 1993, PP. 336-337) همچنین براساس دکترین انصاف و همان‌گونه که خواهان باید دست‌های پاک^۳ داشته باشد، مرجع داوری نمی‌تواند دستور موقتی صادر کند که در جریان داوری، ابهام، تقلب، اجبار، جرم، اشتباه و مانند آن دیده می‌شود. در یکی از آرای داوری که یکی از طرفین، متعهد به عدم رقابت مشابه با موضوع قرارداد شده بود، دیوان داوری در رابطه با درخواست دستور منع از رقابت اعلام می‌دارد: «تصمیم به اینکه قرار منع صادر شود با مرجع داوری است. به‌طور معمول، مرجع داوری در جایی که احراز نماید متقاضی دست‌های پاک ندارد، چنین دستوری صادر نخواهد کرد». (ICC Partial Award 7972 (1997)).

۱-۴- مزایای و مضرات دستور موقت

در دفاع از این اقدامات می‌توان گفت که بدون این دستورات، داوری بی‌معناست و مراجع داوری قادر به صدور رأی نیستند یا رأی آنها بدون اجرا باقی می‌ماند. این ضرورت بویژه در مورد داوری، روشن‌تر از دادگاه است زیرا طرفین با انتخاب شیوه داوری، به دنبال یافتن راه حل بهتری از برای رفع اختلاف هستند و لذا نباید اختیار مرجع داوری یا اثر بخشی آن را از بین ببرند. دستور موقت برای اثبات دعاوی، حفظ حقوق طرفین، پرهیز از استمرار اختلاف یا شدت آن و مانند آن مفید بنظر می‌رسد و از این‌رو، تحولات حقوق داوری به سمت توسعه این اختیارات است.

^۱ - در یکی از دعاوی ایران و امریکه درخواست دستور موقت برای حفظ سوخت هسته‌ای شده بود. اما از آنجا که این سوخت، قبلاً به فروش رسیده بود، مرجع داوری چنین دستوری را فاقد مینا و بی‌بهره دانست (Macglashan, 1988, p.173).

^۲ Proportionality principle.

^۳ clean hands.

در مقابل، برخی معتقدند که دستور موقت یا سایر اقدامات احتیاطی، گاه سبب توسعه اختلاف، موضع‌گیری طرف مقابل در مقابل مرجع داور، غیرقابل اجرا بودن برخی دستورات و بی‌اعتباری مرجع داور، مشکلات اجرایی دستور موقت و مانند آن می‌شود که در مجموع به نهاد داور زیان وارد می‌آورد. با مقایسه دلایل طرفین، به نظر می‌رسد منافع دستور موقت، غیرقابل انکار است و اگر در مواردی نیز اشکالاتی وجود دارد، به جهت اقتضای مرجع داور و توان اجرایی آن است و ارتباطی با اصل مفید بودن دستور موقت ندارد. برای مثال مرجع داور، دستور موقتی صادر و لزوم بررسی کالایی را اعلام می‌دارد. در این صورت، امتناع طرف مقابل، نمی‌تواند مانع اجرای آن شود زیرا در زمان صدور رأی نهایی، ممکن است مرجع داور آن اقدام را قرینه‌ای به زیان ممتنع بداند.

۱-۵- اشکالات و محدودیت‌های دستور موقت

دستور موقت که در همه نظام‌های حقوقی، برای دادگاه‌ها و مراجعین به مراجع قضایی، نام‌آشناست، در حقوق داور اعم از داور داخلی و بین‌المللی، واجد اشکالات دقیق حقوقی و نیز موانع عملی است. مختصر آنکه در نظام‌های ملی، مقررات موضوعه در باب دستور موقت، قواعد نسبتاً روشنی دارند که با کمک رویه قضایی مشکلات طرفین اختلاف را در موارد فوری، حل می‌کند. مرجع صدور، صلاحیت، تضمین لازم، اجرای دستور موقت، غیابی یا حضوری بودن دستور، نظارت مراجع بالاتر، نقض و عدول از دستور موقت، خسارات ناشی از آن و دیگر قواعد، مسئولیت دادگاه‌ها را در این زمینه معلوم می‌کند و در سکوت این مقررات نیز تفسیر قضایی راهگشاست. نویسندگان حقوقی هم با انتشار کتب و مقالات متعدد، به رویه قضایی یا اصلاح قانون در صورت نیاز، کمک می‌کنند و به‌طور کلی، منابع حقوقی خوبی در اختیار مراجع قضایی است. اما در حوزه داور و وضع به نحو دیگری است زیرا تقریباً تمام آنچه برای دادگاه‌ها، عادی و روشن است برای داور یا داوران و مرجع داور، توأم با سکوت یا ابهام است. برای مثال، اینکه اساساً مرجع داور بتواند دستور موقت صادر نماید؛ ضمانت اجرای چه باشد؛ چه شرایطی برای آن مهیا باشد؛ تضمین از متقاضی به چه شکل و کیفیت باشد؟ قالب دستور موقت و نحوه نظارت بر آن به چه شکل باشد؛ خسارات ناشی از آن به چه صورت تحلیل و مسئولیت مدنی با چه مبنایی، ارزیابی گردد و ده‌ها سوال فرعی و اصلی دیگر که در حقوق داور، جلوه‌گری

می‌کند. این مهم، وقتی پای در عرصه بین‌المللی می‌گذارد، دوچندان می‌شود زیرا در حقوق ملی، حداقل وابستگی مراجع داوری به یک سیستم ملی، کم و بیش حمایتی را به دنبال دارد و تصمیمات داوری خود را به نحوی قابل اجرا نشان می‌دهند اما در زمینه بین‌المللی، همین وابستگی نیز منتفی است و هر چند مقررات جهانی یا منطقه‌ای در این زمینه تصویب شده و بسیاری از کشورهای به آن ملحق شده‌اند، اما مسائل فرعی یا اصلی مذکور همچنان مطرح و اشکالات خود را خواهند داشت. نتیجه تحقیقات بین‌المللی نشان می‌دهد که در دعاوی داوری، به شدت از دستور موقت استقبال می‌شود. برای مثال در سال ۲۰۰۲ تحقیقی در یکی از مراکز جهانی حل اختلاف^۱ نشان داد که از ۶۰ پرونده، حدود ۵۰ مورد همراه با صدور دستور موقت بود. همین وضعیت را آنسیترال نیز در سال ۲۰۰۰ گزارش داده است. (Werbicki, 2010, p. 90). با این حال، دستور موقت از ناحیه مرجع داوری، خالی از محدودیت نیست. اهم محدودیت‌ها عبارت است از:

- ۱- مراجع داوری قادر به صدور دستور موقت علیه اشخاص ثالث نیستند. برای مثال نمی‌توان به بانک دستور داد وجهی را تا زمانی مشخص، حفظ کند؛
- ۲- دستور موقت تا زمانی که مرجع داوری، قانوناً و رسماً تشکیل نشده باشد قابلیت صدور را ندارد. این درحالی است که دادگاه‌ها از پیش تشکیل شده و لذا هر زمان می‌توان به آنها مراجعه کرد.
- ۳- برخی از مراجع داوری، مقررات خاصی برای صدور دستور موقت دارند که در عمل سبب محدودیت می‌شوند. برای مثال باید هیأت داوری به اتفاق به نتیجه برسد یا مقدماتی رعایت گردد. به‌منظور پرهیز از این امر، برخی کشورها مقرراتی وضع کرده‌اند که تا حدودی محدودیت‌ها را کم اثر کنند. برای مثال در هلند، مطابق مقررات برخی از نهادهای داوری این کشور، حتی در مواردی که هیأت داوری حضور دارند، سرداور، به تنهایی می‌تواند دستور موقت، حتی قبل از تشکیل مرجع داوری، صادر نماید.
- ۴- نظام شناسایی و اجرای دستور موقت نیز روشن نیست زیرا قواعدی که از آرای داوری ملی یا بین‌المللی به‌عمل می‌آورند، نوعاً مربوط به آرای نهایی اعم از جزئی و کامل است و در مورد دستور موقت، گذشته از اینکه مقید به مهلت هستند و باید فوراً اجرا شوند، شناسایی آن نیز خالی از اشکال بین‌المللی و ملی نیست.

^۱.Global Center for Dispute Resolution Research.

۲- قواعد مربوط به شناسایی و اجرای دستور موقت

۲-۱- شناسایی دستور موقت

۲-۱-۱- شناسایی در معنای عمومی

شناسایی رای، فرایندی در دادگاه ملی است که به تصمیم قضایی منتهی می‌گردد که اغلب روانا خوانده می‌شود. این رسیدگی در بسیاری از موارد، کامل و تمام عیار نیست بلکه اختصاری است. روانا وجود داوری را مورد تصدیق قرار می‌دهد و تصمیم هیئت داوری را به رسمیت می‌شناسد. شناسایی به‌عنوان فرایندی دفاعی نیز توصیف شده است. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۶۸۹) در واقع، توسعه داوری، مستلزم صلاحیت جهانی برای اجرای آرای مراجع داوری است. به این معنا که داوران در هر کشوری رأی صادر کنند، باید امکان شناسایی و اجرا آرای آنها وجود داشته باشد. در مورد آرای ماهوی داوری، کنوانسیون‌هایی برای شناسایی و اجرا وجود دارد که اهم آن، کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ است. در غیاب این متن جامع بین‌المللی، قوانین و رویه قضایی هر کشوری، قاعده خود را دارد. برخی رأی داور را اجرا می‌کنند و برخی نگرش منفی دارند و تنها تحت شرایط خاص حاضر به قبول آرای داوری هستند. این وضعیت، در مورد دستور موقت، هم از لحاظ شکل دستور و هم از لحاظ شمول کنوانسیون بر آن، مشهودتر است. اجرای آرای داوری و در بحث ما، دستور موقت، در مواردی حائز اهمیت است که دستور، باید توسط کشوری اجرا شود که خواننده دعوا در آن اموالی دارد تا برای مثال با توقیف وجه، امکان اجرای نهایی رأی برای پیروزی دعوا، فراهم آید (Briggs, Rees 2015, PP. 658- 659) طرف مقابل، حاضر به اجرای دستور نشود، باید دید آیا خود مرجع داوری، ابزاری برای اجرای دستور موقت دارد و به دنبال آن باید دید می‌توان از طریق دادگاه ملی یا از طریق سیستم بین‌المللی شناسایی رأی داوری (برای مثال کنوانسیون نیویورک)، دستور موقت داور را شناسایی کرد؟

رای داور در مفهوم موسع و عام کلمه، شامل قرارها از جمله دستور موقت نیز می‌شود. منظور از شناسایی رای داور این است که به رای مزبور ارزشی مشابه با حکم صادره از دادگاه‌های کشور محل درخواست اجرا داده شود. شاید مهمترین هدف شناسایی این است که محکوم علیه از تحصیل حکم متعارض دیگر نسبت به همان موضوع منع گردد

(خدابخشی، ۱۳۹۲، ص ۵۹۵). با توجه به اینکه مراجع داوری، فاقد قدرت اجرایی‌اند، قدم اول در جهت اجرای دستور موقت این است که دادگاه‌ها صدور چنین قرار یا رأی را از طرف داوری می‌پذیرند تا جهت اجرای آن اقدام نمایند یا خیر؟ در واقع، از طرق مختلف می‌توان به ارزیابی قضایی یا اعتبار بخشیدن به رأی داور، به منظور اقدامات اجرایی، در کشور دیگر اقدام کرد: ۱- محکوم له، درخواست دارد که بر طبق آن عملیات اجرایی شروع و تعقیب شود که در این صورت، متقاضی باید به دادگاه رجوع کرده و درخواست اجرا نماید؛ ۲- محکوم له، می‌تواند صرفاً از دادگاه بخواهد که صدور و اعتبار رأی را که از سوی دادگاه خارجی یا داور صادر شده است، تایید یا تنفیذ کند و در واقع، مورد شناسایی اصلی قرار دهد؛ ۳- شخصی که به موجب حکم دادگاه یا داور، محکوم شده، ممکن است دعوایی را در همان موضوع و به طرفیت محکوم له آن رای، مطرح نماید. در این وضعیت، خواننده دعوا با ارائه رای به دادگاه، صلاحیت آن را در ورود مجدد ممنوع می‌داند. در این وضع متقاضی، در صدد شناسایی طاری رأی است. مسائلی که در داوری‌های داخلی مطرح می‌شود نیز چندان تفاوتی با مسائل فوق ندارد. زیرا بعد از صدور رای داور، یا درخواست اجرای آن می‌شود یا در مقابل دعوایی که مطرح شده است، ایراد می‌کنند که داور در سابق، رأی صادر نموده و دادگاه نمی‌تواند مجدداً دخالت کند. در برخی موارد نیز ممکن است محکوم له رای داور، از دادگاه درخواست دارد که اعتبار رای داور را اعلام نماید. برای مثال داور، رای بر اعلام فسخ قرارداد صادر کرده است و ذینفع، از دادگاه می‌خواهد که با شناسایی آن، تردیدهایی را که ممکن است در برخی روابط حقوقی یا ادارات، نسبت به این رای وجود داشته باشد، مرتفع سازد. با اینکه روح حاکم بر شناسایی رای خارجی و داخلی یکسان است اما در مورد آرای خارجی به دلایل مختلف، امکان شناسایی دشوارتر است زیرا دادگاه در برخی موارد، از این کار ممنوع می‌باشد و آن در وضعیت‌هایی است که یا از نظر دادگاه، رای مورد درخواست، در قلمرو کنوانسیون‌های مربوط نباشد یا قانون ملی اجازه اعتبار بخشیدن به امور حکمی و موضوعی داور خارجی را منع کرده باشد یا اساساً موضوع شناسایی را در صلاحیت خود نداند، در حالی که در مورد رای داوری داخلی، تنها این ایراد ممکن است مطرح شود که آیا خواهان در مورد درخواست شناسایی رای داور، نفعی دارد یا اینکه چون دستور راجع به اجرای رای داور، مستلزم شناسایی هم می‌باشد، صرف درخواست شناسایی را از متقاضی نمی‌پذیرند و اگر هدفی دارد باید در

قالب درخواست اجرای رای داور مطرح کند؛ حتی اگر این رای، ماهیت اعلامی مانند فسخ قرارداد داشته باشد؟ (همو، همان، صص، ۵۹۵ و ۵۹۶).

۲-۱-۲- ابطال پذیری دستور موقت

از فروع شناسایی دستور موقت داور این پرسش است که آیا دستور موقت مرجع داوری قابل اعتراض در دادگاه است و شیوه اعتراض چگونه خواهد بود؟ در قواعد داوری آنسیترال بحثی در این باره وجود ندارد و به حقوق ملی کشورها واگذار شده است. برخی نظام‌های حقوقی به آن تصریح دارند که برای مثال می‌توان به بند ۴ ماده ۱۰۶۴ قانون آیین دادرسی هلند اشاره داشت که اعتراض به دستور موقت را تنها با اعتراض به رأی نهایی ممکن می‌داند. در ایران مستندی برای این امر وجود ندارد و بعید بنظر می‌رسد که رویه قضایی ایران، موارد ابطال رأی داور را به دستور موقت نیز تسری یا اساساً آن را قابل اعتراض بداند. بدیهی است در صورتی که دستور موقت رأساً قابل ابطال باشد، امر شناسایی تبعی آن دشوار نخواهد بود زیرا خواننده دعوا در دفاع از ادعای بطلان، شناسایی تبعی را در خواست می‌کند و رد در خواست ابطال همراه با شناسایی تبعی خواهد بود.

۲-۲- اجرای دستور موقت

۲-۲-۱- اجرای دستور موقت توسط مرجع داوری

تقریباً می‌توان گفت مرجع داوری، ابزار مستقیمی برای اجرای دستور موقت خود ندارد. از این‌رو، از آنجا که دستور موقت باید قابلیت اجرا داشته باشد، گاه مرجع داوری تشخیص می‌دهد که صدور دستور موقت را به تعویق اندازد تا زمینه اجرای آن فراهم آید. برای مثال در یکی از دعاوی (ICC Case 5835,.... P.102)، دیوان داوری (ICC) از صدور دستور موقت مبنی بر منع خواننده دعوا (دولت)، از اعمال مقررات در زمینه معادن، امتناع می‌کند و در رأی نهایی اعلام می‌دارد چنین دستوری، عملاً بلا اثر باقی می‌ماند. با این حال، نباید مرجع داوری را کاملاً ناتوان از اجرا دانست زیرا در این خصوص می‌توان چند وضعیت را تصور کرد.

۲-۲-۱-۱- اجرای ارادی

به اعتقاد برخی، خواست طرفین و اجرای ارادی، بهترین ضمانت اجرا دستور موقت در عرصه داوری است. برای مثال، نتیجه تحقیقی در مورد آرای مرکز داوری امریکا^۱ نشان می‌دهد که بیش از ۹۰ درصد دستورات موقت، به خواست طرفین، اجرا شده‌اند (Keer, 2001, P.26). همچنین در سال ۲۰۰۰، دستورات موقت مرکز داوری بین‌المللی منطقه ای قاهره^۲ که بالغ بر ۵ فقره بود، به خواست طرفین، اجرایی شدند (Abu -Enein, 2002, P.334; Berger; 1993, no. 81). افرادی که به داوری مراجعه می‌کنند، از لزوم همکاری با یکدیگر و نیز با مرجع داوری، نیک آگاهند و می‌دانند در صورت عدم همکاری، اختلاف به خوبی حل نخواهد شد. انگیزه دیگری نیز در این خصوص وجود دارد و آن، کاهش خسارات احتمالی و نیز اجتناب از شدت اختلاف است (Misteris, 2003. p.60; Hadithen, 2000, P.272). همچنین این نگرانی وجود دارد که چون قرار است ماهیت دعوا را نیز همان داورانی که دستور موقت صادر کرده‌اند، تعیین تکلیف نمایند، از این رو نباید با دستورات مرجع داوری مخالفت کرد! زیرا می‌دانند آن دستورات، خواست داوران بوده و لذا احترام به آن اهمیت دارد تا عدم اجرای دستور، مبدا در رأی نهایی اثرگذار باشد؛ به عبارت دیگر، طرفین نوعاً به چشم‌های داوران خیره می‌شوند تا از خسارات آتی یا احتمالات دیگر برحذر باشند! دادگاهی در امریکا در دعوی در سال ۱۹۹۱ (Pacific reins Mgt.Corp v Ohio Corp, 1991) از این ضمانت اجرا این‌گونه یاد می‌کند که دستور موقت را باید اجرا کرد زیرا بدون آن، گاه اصل داوری بیهوده خواهد شد! (Diora, 2015, p.303) نوعی تهدید نرم که به طرفین هشدار می‌دهد از مخالفت با دستورات موقت، دوری کنند.

۲-۲-۱-۲- اجرای غیرمستقیم (ضمانت اجرای دستور موقت)

گفته شده که مرجع داوری راهکارهای متنوعی برای اجرای دستور موقت، در این فرض دارد، با این حال، هیچ یک از این راهکارها قطعی نیست: ضمانت اجرایی مانند تعیین خسارت و تحمیل هزینه‌ها و نیز صدور رأی در ماهیت به زیان طرف متهم!

¹. American Arbitration Association (AAA).

². Cairo Regional centre for International Arbitration.

برخی از مقررات ملی، به منظور تحقق یک رسیدگی عادلانه، مقرراتی برای طرفین وضع کرده‌اند که اعمال ضمانت اجرای مشخص از جمله ارزیابی رفتار آنها را در رأی نهایی، اجازه می‌دهد. برای مثال بخش ۴۱ قانون ۱۹۹۶ داوری انگلستان در این باره مقرر می‌دارد: «بخش ۴۱- اختیار مرجع داوری در صورت تقصیر یکی از طرفین: ۱- طرفین می‌توانند در مورد اختیارات مرجع داوری در فرض کوتاهی از آنچه برای یک داوری سریع و مطلوب، ضروری است، توافق نمایند؛ ۲- جز در موردی که خلاف آن توافق شود، مقررات زیر اعمال می‌شود؛ ۳-...، ۴-...، ۵- در صورتی که یکی از طرفین، بدون عذر موجه، از انجام دستور یا تدابیر مرجع داوری خودداری نماید، مرجع مذکور می‌تواند دستوراتی قاطع با تعیین مدت صادر نماید؛ ۶- اگر دستور قاطع مذکور به منظور تأمین هزینه‌ها باشد و یکی از طرفین از آن سرپیچی نماید، مرجع داوری می‌تواند رأی به رد درخواست او صادر کند؛ ۷- در مورد سایر دستورات قاطع، مرجع داوری با حفظ اختیارات مصرح در بخش ۴۲ (در مورد دادگاه) می‌تواند به این نحو عمل کند: ۱-۷- اینکه طرف مقصر استحقاق این را ندارد که در مورد اصل اختلاف، ادعایی را مطرح یا بر آن اساس، ادعای حقی نماید؛ ۷-۲- امتناع طرف مقصر را از جمله اوضاع و احوال موجه، برای اقدام متقابل علیه آن شخص بداند؛ ۷-۳- رأی مقتضی صادر نماید؛ ۷-۴- امتناع را مبنایی برای تحمیل هزینه‌های داوری تلقی نماید».

در برخی کشورها مانند انگلستان، بلژیک (که در اصلاحات ۲۰۱۳ این اختیار، نسخ گردید) و هلند،^۱ جریمه تأخیر روزانه یا ماهانه نیز مقرر شده است؛ به این صورت که برای اجرای دستور، جریمه ای^۲ تعیین می‌شود تا در صورت عدم اجراء، از ممتنع وصول گردد.^۳ در فرانسه، رویه قضایی (.... Paris Court of Appeals, 8 June 1990, Rev. arb, 1990)

^۱ ماده ۱۰۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی هلند در این خصوص مقرر می‌دارد: «در هر مورد که دادگاه‌ها اختیار تعیین جریمه برای امتناع از دستورات را دارند، مرجع داوری نیز از این اختیار برخوردار است...».

^۲ Astringe remedy.

^۳ جریمه تأخیر در ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۱۸) ایران نیز تصریح شده بود. این ماده قانون اجرای احکم مدنی مذکور است و بعد از نسخ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۱۸) و عدم تصریح به آن در قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹)، بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد که آیا ضمانت اجرای مذکور، هنوز به قوت خود باقی است یا نسخ شده است؟

917 at) و دکتربین به اعمال جریمه تأخیر در مرجع داوری، هم برای آرای نهایی و هم دستورات صادره در جریان داوری، اعتقاد دارند.

۲-۲-۲- اجرای دستور موقت از طریق دادگاه

در اینکه آیا دستورات موقت را می‌توان مشمول مقررات آرای ماهوی داوری از جمله کنوانسیون نیویورک و نیز مقررات قابل حمایت ملی دانست، اختلاف نظر است. مقررات ملی برخی کشورها اجرای دستور موقت را اجازه می‌دهد. برای مثال، علاوه بر مواردی که سابقاً بیان شد، بند ۲ ماده ۱۶ قانون داوری کراسی (مصوب ۲۰۰۱) به این موضوع اشاره دارد.^۱

از نظر شمول کنوانسیون نیویورک، به اعتقاد برخی، کنوانسیون نیویورک مربوط به آرای ماهوی که اختلاف را جزئی یا کامل، حل می‌کنند؛ بنابراین برای اجرای دستور موقت، باید به دادگاهی که قرار است اجرا در آن صورت گیرد، مراجعه کرد. در واقع، شمول کنوانسیون بر دستورات و اقدامات موقت، منوط به این است که پاراگراف ۳ ماده ۲ کنوانسیون را واجد صلاحیت خاص مرجع داوری برای صدور دستور موقت بدانیم؛ امری که نظام‌های حقوقی نپذیرفته اند

(Association for International Arbitration Series, 2017, P.21). در این رابطه، دادگاه عالی کوئینزلند استرالیا، در یکی از آرای مشهور خود به ارزیابی این مسأله می‌پردازد که آیا دستور موقت داوری، قابل انطباق با کنوانسیون نیویورک است یا خیر؟ نظر دادگاه، منفی بود زیرا ویژگی غیر ماهوی و غیر نهایی این دستورات، مانع از اعمال کنوانسیون می‌شود (Ibid, P. 21). «ون دن برگ» از شارحین معروف کنوانسیون نیویورک معتقد است که نگرش منفی قضات کوئینزلند، به پاره ای از مقررات داخلی استرالیا (قانون داوری ۱۹۷۴ این کشور) مربوط می‌شود. به اعتقاد ایشان، کنوانسیون نیویورک صراحتی در منع دستورات موقت ندارد و طرف ذینفع می‌تواند از ظرفیت آن استفاده نماید زیرا این دستورات، در جریان داوری حائز اهمیت هستند، روابط قرارداد بین طرفین را در کشورها تسهیل می‌کنند و نیز در آرای نهایی داوری، مؤثرند (Ibid, p.19). نویسندگان کنوانسیون

^۱.Article 16 (1) ... (2) If a party to which interim measures relate does not agree to undertake them voluntarily, the party that made the motion for such measures may request their enforcement before the competent court.

نیز، درصدد تعریفی از رأی داوری (award) نبوده‌اند زیرا این امر به قانون حاکم بر داوری بستگی دارد. با توجه به اینکه در حقوق داوری، مفهومی گسترده از رأی، مد نظر است که از جمله آرای نهایی، موقت، تأمینی، جزئی و مقدماتی و نیز آرای توأم با رضایت (گزارش‌های اصلاحی) را دربر می‌گیرد، بنابراین می‌توان دستورات موقت را نیز مشمول حمایت‌های داوری دانست. البته اینکه رأی داور را به نظام‌های ملی وابسته نماییم، اشکالی به دنبال خواهد داشت؛ به این صورت که در نظام‌های حقوقی، مفهوم واحدی از آرای داوری، وجود نداشته باشد. برای مثال، آرای جزئی (partial award) در کشورهای گروه حقوق نوشته، به‌عنوان دستورات (آرای) موقت در کشورهای کامن‌لا شناخته می‌شود. در رویه قضایی برخی از دادگاه‌ها نیز دستورات موقت را اجرا کرده و به شمول کنوانسیون نظر داده‌اند. برای مثال دادگاه عالی ایالات متحده، دستور موقت مرجع داوری را که مستلزم ارائه برخی اطلاعات بود، اجرا نمود. در هر حال، در سکوت کنوانسیون و با وجود مخالف نویسندگان و نیز پاره‌ای از آرای قضایی، حداقل می‌توان گفت که یک نهضت جهانی برای اینکه دستور موقت مرجع داوری را بتوان شناسایی یا اجرا کرد، وجود ندارد (Ibid, P. 25-26). تلاش و دلایل موافقین نیز تاکنون نتوانسته در تغییر نگرش مؤثر باشد.

برخی از نویسندگان (یکی از داوران شیلیایی)^۱ با این استدلال که قالب رأی، توسط داوران تعیین می‌شود و آنها بهترین شکل را می‌توانند برای رأی تعیین کنند، پیشنهاد کرده (و در نهایت نیز آن را تأیید نموده است) که رأی داور در هر قالبی صادر شود، قابل اجرا خواهد بود؛ همچنان‌که پاره‌ای از قوانین ملی و نیز قانون نمونه آنسترال به صراحت، اطلاق رأی داور را به دستور موقت صادق می‌دانند. با این حال، رویه قضایی برخی کشورها که فرصت بررسی این مسأله را داشته‌اند، چندان موافق این پیشنهاد نیستند. برای مثال، دادگاه عالی کلمبیا نیز در دعوایی (Mercketalv. Tecnoquímicas)، دستور موقت مرجع داوری را قابل انطباق با آرای مشمول کنوانسیون ندانست و از اجرای آن امتناع کرد زیرا به باور دادگاه، تنها آرای ماهوی مشمول این کنوانسیون هستند (<http://djarbitraje.com/pdf>).

۲-۳- وضعیت‌های خاص در اجرای دستور موقت

^۱ Dyalá Jiménez Figueres.

۲-۳-۱- نقش ماهیت داوری در اجرای اقدامات احتیاطی

امکان انجام اقدامات احتیاطی بسته به اینکه ماهیت داوری را به اراده طرفین یا اجازه قانون، منتسب نماییم، متفاوت خواهد بود زیرا از آنجا که داوری برخلاف رسیدگی‌های قضایی، منوط به اراده طرفین است، طبیعی است که دستورات موقت و اقدامات احتیاطی نیز از این خصوصیت برخوردار هستند لذا در متون داوری اعم از بین‌المللی و ملی، این اقدامات منوط به توافق طرفین یا حداقل، عدم مخالفت آنها است. برخی معتقدند که مبنای داوری، توافق طرفین نیست بلکه داوری ماهیت قضایی دارد و طرفین، تنها شرط تحقق آن را فراهم می‌آورند. در برخی کشورها، دادگاه‌ها دشمن داوری بودند. در سال ۱۹۶۵ رابلین دویچی^۱ تئوری ماهیت قضایی داوری را طراحی و پیشنهاد کرد زیرا مرز معینی بین مرجع داوری و مرجع قضایی وجود ندارد (Dezalay & Garathy, 1996, P.23).

از آثار این تحلیل، این است که دادگاه‌ها بر فرایند داوری نظارت دارند و آرای مراجع سرزمینی را می‌پذیرند و طرفین نیز صرفاً براساس اختیاری که قانون داده است می‌توانند به داوران اختیار رسیدگی دهند (Onyema, 2010, P. 33-36). امروزه ماهیت قراردادی داوری از اقبال بیشتری برخوردار است اما در مورد دستورات موقت، هرگاه مراجع داوری یا قضایی احساس کنند که دستور بر خلاف نظم عمومی است یا برخلاف حقوق اشخاص ثالث است، به صرف توافق طرفین مبنی بر اقدامات احتیاطی در زمینه‌های مختلف، آن را اجرایی نمی‌کنند. برای مثال دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) در زمانی که مرجع داوری در کشور سوئیس بود، معتقد بود که مطالبه خسارات تنبیهی برخلاف قانون سوئیس است، از این رو، از صدور دستور موقت نیز در رابطه با دعوا خودداری کرد. همچنین در دعوی (Mitsubishi. v. Soler Chrysler Plymouth) که در رابطه با نقش مقررات ضد تراست، در امریکا مطرح بود، این بحث مطرح شد که داوری همانند دادگاه حق دخالت همانند مراجع قضایی ندارد. برای مثال حق ندارد شخصی را به دادرسی فراخواند و الزاماً بعنوان شهادت، اظهارات را استماع نماید (Herinckx, 2014, P.92).

۲-۳-۲- اجرای دستور موقت غیابی

^۱. Rubellin-Devichi.

این نوع دستور^۱ در مواردی استفاده می‌شود که فوریت امر، با دعوت طرف مقابل منافات دارد زیرا در صورت اعطای فرصت، ممکن است زمینه دستور از بین برود و مراجعه به داوری، لغو باشد (Association for International Arbitration, op.cit, p.84) روشن است این نوع دستور، خلاف قواعد کلی است و حق دفاع را محدود می‌کند. از این رو، مقررات داوری، موضع متفاوتی در این خصوص دارند. بیشتر مقررات داوری کشورها، چنین امری را تجویز نمی‌کنند که می‌توان به قانون ۲۰۰۵ اتریش اشاره داشت (Redfern, Hunter, 2014, P.338) با این حال، برخی دیگر، این دستور را اجازه می‌دهند. برای مثال در بند ۱ ماده ۲۶ قواعد کرواسی معروف به «قواعد زاگرب»^۲ بعد از تصریح به اینکه مطابق قاعده، دستور موقت باید بعد از اطلاع طرف مقابل باشد، اجازه می‌دهد با اثبات ضرورت امر، صدور آن را قبل از اطلاع طرف مقابل نیز درخواست کنند و مرجع داوری نیز دستور دهد. در این موارد، متقاضی باید ضرورت را با توجه به شرایط دعوا ثابت کند و متعهد شود که مسئول همه خسارات وارده است. همچنین طرف مقابل می‌تواند با اثبات خلاف آن، از مرجع داوری درخواست نماید که در دستور موقت، تجدیدنظر نماید. براساس بند ۲ ماده ۲۶ قواعد زاگرب، دستور موقت، جز در موارد خاص که فوریت دعوا ایجاب می‌کند، باید همراه با تبیین ادله صدور باشد زیرا این دستور باید از سوی دادگاه مجری بررسی شود و همچنین طرف مقابل باید بداند دستور بر مبنای کدام دلایل بوده که بتواند دفاع لازم بعمل آورد.

۲-۴- اجرای دستور موقت در قواعد آنسیترال و قانون نمونه

ماده ۱۷ قانون نمونه در باب شناسایی و اجرای دستور موقت، نکاتی را پیش‌بینی کرده است:

۱- دستور موقتی که مرجع داوری صادر می‌کند، صرف نظر از اینکه در چه کشوری صادر می‌شود، به‌عنوان یک دستور الزام‌آور شناسایی خواهد شد و جز در صورتی که مرجع داوری طور دیگری مقرر کرده باشد، به درخواست متقاضی از دادگاه صالح، اجرا خواهد شد.

^۱. Ex parte orders.

^۲. Zagreb Rules, 2002.

۲- در صورتی که دادگاه کشوری که شناسایی و اجرای دستور از آن درخواست شده، مناسب تشخیص دهد، می‌تواند دستور دهد که متقاضی شناسایی و اجرا تامین مناسب بسپرد، به شرط آن که مرجع داورى تا آن زمان درباره اخذ تامین، تصمیمی نگرفته باشد و نیز در مواردی که اخذ تامین برای حفظ حقوق اشخاص ثالث ضروری باشد. از آنجا که قواعد آنستیرال، برخلاف قانون نمونه به منظور داورى‌های موردی و با انتخاب طرفین است لذا گروه کاری آنستیرال در زمان اصلاحات قواعد، قبول کرد که نیازی به مقررات مربوط به اجرای دستور موقت نیست و از این‌رو، در قواعد مذکور، بحثی در این باره به عمل نیامد. قانون نمونه، مقرراتی را در باب شناسایی و اجرای دستور موقت و نیز دستورات صادره از دادگاه، در خود جای داده است در حالی که قواعد آنستیرال، کاملاً ساکت است. در واقع، شناسایی و اجرای دستور موقت، از اختیارات ویژه دادگاه‌ها است و با هیچ قرارداد خصوصی نیز نمی‌توان این اختیار را نفی کرد. بدین‌سان، از ابتدا تصمیمی به پیش‌بینی مقرراتی در خصوص اجرای دستور موقت، در قواعد آنستیرال نبود و این امر، به کارایی قواعد مذکور نیز خللی وارد نمی‌آورد. به این ترتیب، در جایی که کشوری قانون نمونه را تصویب نموده یا مقرراتی همسان با آن وضع کرده باشد، به آسانی امکان اجرای دستور موقت، در داورى‌هایی که بر اساس قواعد آنستیرال مدیریت شده‌اند، وجود دارد اما متأسفانه دولت‌های کمی قانون نمونه را تصویب کرده‌اند و بنابراین یکی از اهداف مهم اصلاحات متقارن و همسو در این دو متن داورى، کم‌رنگ شده است (Tucker 2011, P.).

17

۳- «پیش دستور» و اجرای آن

۳-۱- مفهوم پیش دستور

مرجع داورى با تقاضای هر طرف می‌تواند بدون ابلاغ به طرف دیگر و همراه با تقاضای دستور موقت، پیش دستور صادر کند. این دستور به اعتبار مقدمه دستور موقت، «پیش دستور» نام دارد. هدف این است که طرف مقابل، دستور اقدامات تامینی را منتفی نکند. بسیاری از نظام‌های حقوقی و قواعد نهادهای داورى، هیچ تصریحی به صدور دستور موقت، در غیاب یکی از طرفین داورى، ندارند. برخی (مانند مؤسسه داورى امریکا) مخالف صدور آن هستند و برخی که این دستور را تصریح کرده‌اند نیز با اشاره به اینکه رسیدگی داورى

در تمام مراحل باید با رعایت حق دفاع باشد، صدور پیش دستور را خلاف اصل می‌دانند. در مخالفت با دستورات غیابی، به اعتقاد برخی، باید بر اصول انصاف و عدالت نیز تأکید داشت زیرا بر خلاف تصمیمات قضایی، در داوری که استیناف از آرای داوری وجود ندارد، باید به رعایت حق دفاع و استماع اظهارات طرفین توجه بیشتری داشت و این امر ایجاب می‌کند از هر تصمیمی در غیاب یک طرف، خودداری شود (Roth, 2012, P.430). برای مثال به موجب ماده ۷ مجموعه مقررات دستور موقت (مؤسسه داوران حرفه‌ای)^۱ در باب غیابی بودن دستور موقت: «۱- دستور موقت را می‌توان در غیاب یک طرف یا بعد از ابلاغ به طرفین، صادر کرد؛ ۲- دستور موقتی که غیباً صادر شده است، با استماع بعدی اظهارات طرف مقابل، قابل بازبینی است». با این حال، در بند ۴ ماده ۱ این قواعد، از لزوم رعایت حق دفاع طرفین و اعطای فرصت کافی، به‌عنوان یک قاعده یاد شده است و موارد خاص و استثناء را با معیارهای خاص خود، در مواد دیگر تصریح می‌کند که دستور غیابی از آن موارد است.

۳-۲- ویژگی‌های پیش دستور

«ضرورت حاد»، «لزوم پیش دستی و غافل‌گیری»، «محرمانگی»، «امکان ضرر بسیار» و عناوین دیگری که در متون داوری برای تبیین و توجیه دستور غیابی استفاده شده، در واقع نشان می‌دهد که این دستور باید در شرایطی کاملاً هدفمند و بسیار فوری که فراتر از دستور موقت عادی است، صادر شود به نحوی که بدون آن، گاه حتی امکان صدور دستور موقت نیز فراهم نمی‌شود و هدف آن منتفی می‌گردد! بدین سان، مرجع داوری علاوه بر قواعد عمومی دستور موقت، باید ضرورت خاصی را نیز احراز نماید که نشان دهد

^۱. Chartered Institute of Arbitrators (CIARB).

مؤسسه‌ای خصوصی با قلمرو فعالیت بین‌المللی که قواعد یکنواختی برای دستورات موقت، در قالب متن نمونه، تهیه و پیشنهاد داده است که در نوع خود، جالب توجه است. این مؤسسه در سال ۱۹۱۵ تأسیس شد و در سال ۱۹۷۹ در انگلستان به عنوان یک مؤسسه خیره، با دارا بودن ۱۴ هزار عضو از ۱۳۳ کشور و ۳۷ شعبه در جهان، ثبت شده است. قواعد این مؤسسه در مورد دستورات موقت با اصلاحات سال ۲۰۱۶ حاوی مقررات جالب توجهی است که با عبارات دیگر و البته مختصرتر، در متون رسمی داوری ملی و بین‌المللی، دیده می‌شود اما ویژگی قواعد مؤسسه مذکور، جمع‌آوری مقررات دستور موقت است که همراه با شرح مختصری منتشر شده است. قواعد مؤسسه شامل: مقررات عمومی (ماده ۱)، معیار صدور دستور موقت (ماده ۲)، محدودیت‌های دستور موقت (ماده ۳)، رد دستور موقت (ماده ۴)، انواع دستور موقت (ماده ۵)، شکل و قالب دستور موقت (ماده ۶)، دستور موقت غیابی (ماده ۷)، داوران امور فوری (ماده ۸) هستند.

بعد از اطلاع طرف مقابل، نمی‌توان دستور موقت دیگری نیز صادر کرد یا اساساً هدف از داوری منتفی می‌گردد.

۳-۳- دفاع بعدی و بازبینی دستور غیابی

نظام‌های حقوقی که پیش دستور را اجازه می‌دهند، به منظور رعایت حق دفاع، امکان بازبینی و عدول از آن را با استماع اظهارات طرف مقابل، حفظ می‌کنند. قواعد آنسیترال نیز اینگونه است (Castello, 2003, P. 68).

۳-۴- محدودیت زمانی و عدم قابلیت اجرا

برای پیش دستور باید مهلت مشخص نمود. این ویژگی، سبب می‌شود بعد از مدت مذکور، خود به خود منتفی گردد. همچنین پیش دستور، قابلیت اجرا از طریق دادگاه را ندارد زیرا مدت کوتاهی خواهد داشت (Roth, 2012, P. 431). بدین سان بحث از شناسایی و اجرای آن در حوزه داوری در میان نیست. با این حال، مانعی ندارد که ضمانت اجراهای غیرمستقیم آنگونه که در مورد دستور موقت دیدیم، در این جا نیز اعمال شود.

۳-۵- پیش دستور در قواعد داوری آنسیترال و قانون نمونه

در زمان بررسی قواعد آنسیترال، مهمترین چالش و اختلاف گروه کاری، بحث در مورد وضعیت «پیش دستور»^۱ و تصمیم غیابی^۲ بود. قانون نمونه، مقرراتی در این باره دارد که هم اکنون نیز پرچالش هستند اما در زمان تدوین قواعد آنسیترال، تمرکز گروه کاری در این رابطه نبود و بلکه این مسأله مورد اختلاف بود که آیا اساساً مقررات مذکور را باید در قواعد آنسیترال جای داد یا نیازی به ذکر آن مقررات نیست؟ عده‌ای، آن را به جهت روشن شدن بهتر قواعد، لازم می‌دانستند و عده‌ای نیز مخالف بودند زیرا این مقررات با ماهیت قواعد آنسیترال سازگاری ندارد (بدلیل خصوصیت موردی بودن داوری)، سبب ابهام داوران در امکان یا عدم امکان صدور آن می‌شود و همچنین بین نویسندگان در مورد کارایی و پذیرش آن، توافق وجود ندارد. درج مقررات پیش دستور این احتمال را تقویت می‌کرد که داوران، حتی برخلاف قانون قابل اعمال، اختیار صدور آن را داشته باشند. از طرف دیگر، هدف این نبود که ساختار قواعد آنسیترال دچار تغییر شود و اگر مقررات مفصلی

1. Preliminary order.

2. ex parte.

همانند قانون نمونه در مورد پیش دستور، در قواعد مذکور نیز تکرار می‌شود، باعث این استنباط می‌شد که آن مقررات، فراگیر و مهم هستند در حالی که در عمل، کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرند. کسانی که با درج مقررات مذکور در قواعد آنسیترال موافق بودند، براین مبنا تأکید داشتند که این مقررات بخشی از اهداف طرفین در تعیین قواعد داوری است زیرا با اعمال مقررات پیش دستور، عملاً می‌توان دستور موقت را محقق نمود زیرا یکی از اهداف پیش دستور، جلوگیری از منتفی شدن دستور موقت است. به عبارت دیگر، اگر دستور موقت صادر شود اما زمینه‌ای برای اجرا نداشته باشد، مثلاً کالاها به فروش رسیده باشند، اثری بر آن دستور موقت مترتب نمی‌شود مگر اینکه با پیش دستور، مانع از انتفای آن اثر شوند. همچنین موافقین معتقد بودند که داوران ممکن است در عمل از این تصمیمات، استفاده و پیش دستور یا دستور غیابی صادر نمایند؛ بنابراین درج مقرراتی در این خصوص، می‌تواند به هماهنگی بهتر و بیشتر در وحدت رویه در عرصه داوری بین‌المللی کمک نماید. از آنجا که بی‌توجهی به مقررات پیش دستور می‌تواند بر کارایی دستور موقت تأثیر داشته باشد، صرف مفصل بودن مقررات پیش دستور نباید سبب پرهیز از درج آن در قواعد آنسیترال شود. از سوی دیگر، اگر مقررات پیش دستور در قواعد آنسیترال تصریح می‌شد، به دلیل انتخابی بودن قواعد مذکور، به این معنا خواهد بود که طرفین با انتخاب مقررات مذکور، عملاً کاری به قانون قابل اعمال ندارند و مرجع داوری حق دارد صرفنظر از آن نیز پیش دستور صادر نماید ولی اگر چنین مقرراتی را در قواعد ذکر نکنند، ناگزیر باید به قانون قابل اعمال روی آورد که ممکن است اجازه این دستورات را ندهد. در نهایت، گروه کاری قبول کرد که قواعد داوری آنسیترال، به خودی خود منعی برای صدور پیش دستور ندارد و این موضوع تابع قانون قابل اعمال خواهد بود؛ از این رو، ابتدا متنی به این شرح به‌عنوان بند ۵ ماده ۲۶ قواعد آنسیترال، مورد توافق قرار گرفت: «اگر به تشخیص مرجع داوری، افشای درخواست دستور موقت، سبب می‌شود که طرف مقابل، هدف آن را منتفی کند؛ این قواعد مانع از تصمیم مرجع داوری مبنی بر صدور دستور مقدماتی (پیش‌دستور) برای جلوگیری از این اقدام نخواهد شد...». با این حال، متن مذکور مورد تصویب نهایی قرار نگرفت زیرا به جهت تفاوت ماهوی بین قانون نمونه و قواعد داوری آنسیترال و اینکه برخی کشورها، دستورات غیابی را منع می‌کنند و آن را بر خلاف دادرسی عادلانه و حق دفاع می‌دانند و نیز به این دلیل که در برخی کشورها،

قاضی که دستور موقت غیابی صادر می‌کند غیر از قاضی است که در ماهیت دخالت دارد و این تفاوت در داوری وجود ندارد زیرا داوران در هر دو بخش، واحد هستند، امکان درج متن مذکور در قواعد آنسیترا ل وجود نداشت (Tucker, op.cit, P 20-21) با بررسی بیشتر، متن دیگری پیشنهاد شد: «این قواعد هیچ تأثیری بر حق انتخاب طرفین، برای تجویز (اقدامی که تصریح نشده) یا محدود کردن (اقدامی که تصریح شده) از اینکه به مرجع داوری اجازه صدور دستور موقت بدون ابلاغ قبلی، اعطا نمایند، نخواهد داشت». با بررسی بیشتر و بعد از یک متن پیشنهادی دیگر، بالاخره متنی در باب پیش دستور، در قالب بند ۹ ماده ۲۶ مورد تصویب قرار گرفت اما همین متن نیز به مجمع عمومی ارائه نشد و در اصلاحات نهایی، که حتی نمی‌توان دلیل آن را به درستی تشخیص داد، حذف گردید. تنها می‌توان گفت که این امر، دلالت روشن بر بازبینی های شتاب زده در این بخش از قواعد آنسیترا ل دارد! (Tucker, Ibid, P. 21). در هر حال، با همه تفاوت هایی که بین قانون نمونه و قواعد آنسیترا ل وجود دارد، سکوت نسبت به پیش دستور، سبب تعارض هایی می‌شود زیرا در کشورهایی که قانون نمونه یا معادل آن را تصویب نکرده‌اند، سکوت قواعد در مورد پیش دستور به زیان این نهاد تمام می‌شود زیرا حداقل اینکه، ممکن است نشان دهنده مخالفت با آن باشد و در کشورهایی که قانون نمونه را پذیرفته‌اند نیز ممکن است تعارض از زاویه‌ای دیگر رخ دهد؛ به این صورت که وقتی طرفین قواعد آنسیترا ل را در رابطه خود می‌پذیرند، حتی در کشوری که قانون نمونه یا معادل آن را تصویب کرده باشد، به این معنا خواهد بود که طرفین با انتخاب قواعد آنسیترا ل، مرجع داوری را از دستور موقت غیابی، منع کرده‌اند، در حالی که تمام بحث در زمان بررسی قواعد مذکور، این بود که قواعد، منافاتی با قانون محلی و قابل اعمال ندارند و اگر به موجب قانون مذکور، امکان صدور پیش دستور باشد، مرجع داوری حتی در سکوت قواعد آنسیترا ل هم می‌تواند از آن استفاده نماید.

نتیجه گیری

دستور موقت از مباحث مهم داوری است. اینکه آیا مراجع داوری می‌توانند دستور موقت صادر نمایند و در صورت صدور، چگونه باید آن را اجرا کرد، از موضوعات مورد توجه در اصلاحات قانون نمونه آنسیترا ل بوده است. مقررات ملی و نویسندگان حقوقی از ضرورت

دستور موقت و اتخاذ تدابیری برای شناسایی و اجرای آن یاد کرده و به این منظور، در برخی از نظام‌های حقوقی، به دادگاه نیز اجازه مساعدت قضایی به مرجع داوری و اجرای دستور موقت آن را داده‌اند. بدیهی است این دستور باید شرایطی داشته باشد و حقوق دفاعی طرفین را نیز تضمین کند. به‌منظور تسریع در صدور دستور موقت و نیز اجتناب از منتفی شدن اهداف آن، در قانون نمونه آنسیترال، از «پیش دستور» نیز یاد شده است که ممکن است به صورت غیابی صادر گردد. در هر حال، می‌توان گفت نظام‌های ملی و بین‌المللی، همراه با تحولات حقوق داوری، با دستور موقت و شناسایی و اجرای آن موافق هستند ولی در ایران، تنها در قانون داوری تجاری بین‌المللی از آن یاد شده و در داوری‌های مشمول قانون آیین دادرسی مدنی، به سکوت برگزار شده است! این دوگانگی صحیح نیست و سبب تعارض‌هایی در رویه قضایی و داوری شده است. بهتر است مقنن ایرانی، با اقتباس از آخرین تحولات دستور موقت، نسبت به تکمیل اقدامات مفید خود که از سال ۱۳۷۶ شروع شده و با تصویب قانون فوق‌الذکر و نیز قانون الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک، بخش عمده‌ای از قواعد داوری را پذیرفته است، اقدام و دستور موقت را در داوری‌های داخلی و بین‌المللی تثبیت نماید و تضمینات لازم به این منظور فراهم آورد. در وضع فعلی نیز می‌توان از دستور موقت در داوری‌های داخلی دفاع کرد اما به لحاظ سکوت مقنن، این مسأله خالی از اختلاف نیست.

📖 کتاب‌نامه:

فارسی

۱. پیران، حسین، «دستور موقت در داوری بین‌المللی»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تاسیس نهاد داوری در حقوق ایران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، چاپ اول، تهران.
۲. جولیان دی ام لیو، لوکاس ای میسیتلیس، ام کرول، ۱۳۹۱، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، دانشگاه مفید، ۱۳۹۱، چاپ اول، قم.
۳. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در روبه قضایی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، چاپ دوم، تهران.

خارجی

1. Adrian Briggs & Peter Rees, Civil Jurisdiction & Judgements, CRC Press, 2015, 5th edition.
2. Abu-Enein, Issuing Interim Relief Measures in International Arbitration in Arab States, in the Journal of World Investment, 2002, at 81; Berger, International Economic Arbitration, Deventer, Boston 1993.
3. Article 16 (1) ... (2) If a party to which interim measures relate does not agree to undertake them voluntarily, the party that made the motion for such measures may request their enforcement before the competent court.
4. Association for International Arbitration, Interim measures in international commercial arbitration (AIA - Association for International Arbitration Series), Maklu Publication, 1st edition, 2017.
5. Berger Klaus, International Economic Arbitration, Springer Netherlands, 1st edition, 1993.
6. Chartered Institute of Arbitrators (CIARB).
7. Cairo Regional centre for International Arbitration.
8. Case C261/90 [1992] ECR I-12149 para 34 see also Pacific Reinsurance Management Corporation v Ohio Reinsurance Corporation, 936 F2d 1019 (9th Cir 1991); and Julian D MLew, 'ICC Commission on International Arbitration', (1988) 91 Int'l Arb Bull 37.
9. Castello, James E. ARBITRAL EX PARTE INTERIM RELIEF The View in Favor, Dispute Resolution Journal, Vol. 58 Issue 3, 2003,
10. Emilia Onyema, International Commercial Arbitration and Arbitrators' contract, (Routledge) Research in International Commercial Law (2010) at 33-36.
11. Farnsworth, Allan, Punitive Damages in International Commercial Arbitration, International, Volume 29 Issue 1, 2013.
12. G Cuniberti, Les Measures Conservatoires (Paris 2000).
13. Gary Born, Cases & Materials, Aspen Publishers, 2011,
14. Herinckx Yves., Liability for Inappropriat interim Measures in commercial Arbitration, The Paris Journal of International Arbitration, 2014N, 2,
15. Hunotia B, Order of Interim Relief in Support of Arbitral Proceedings by National Courts in Civil Law countries, a paper submitted to the ICC Joint Symposium in London on 2nd March 1998,.
16. Ibid, US Court of Appeals, Seventh Circuit, 14 March 2000, Publicis Communication, et al. v. True North Communications Inc., reported in Y.B. Comm. Arb, (2000).