

## Inadequacies of Conservatory Measures in International Arbitration Institutions

Maryam Ghalibafan<sup>1</sup>, Ahmad Shams<sup>2</sup>, Ahad Bagherzadeh<sup>3</sup>

### Abstract

**Field and Aims:** In the current environment of international arbitration, the increasing importance of material and intellectual property and properties can be seen, which can easily lose their value if abused by one of the parties. In many cases, the delay or prolongation of arbitration causes heavy and sometimes irreparable damages to the claimant. In addition, in some lawsuits, the issue is so important for the claimant that it becomes urgent to determine the decision. This issue has led to an increase in the demand of individuals for precautionary measures so that by preserving and guaranteeing the issues under arbitration, the arbitration process does not become ineffective, and as a result, the parties do not suffer damages. Most international arbitration rules recognize the power of arbitrators to issue precautionary measures. In this regard, the present research aims to examine the regulations of International arbitration institutions such as the ICC arbitration court, WIPO Arbitration Center, PCA, ICSID Arbitration Center, and the CAS regarding the adoption of precautionary measures before and after the formation of the arbitral tribunal and finally examine the inadequacies and problems in the enforcement of precautionary measures and think of solutions for them as much as possible.

**Method:** This research was done using descriptive analytical method.

**Finding and Conclusion:** However, the adoption of these measures faces problems, the most important of which is deciding on precautionary measures before forming an arbitral tribunal.

**Keywords:** Conservatory and Precautionary Measures, Provisional Order, Emergency Arbitration, Enforceability of Interim Measures.

\*Citation (APA): Ghalibafan, M., Shams, A., Bagherzadeh, A. (2023). Inadequacies of Conservatory Measures in International Arbitration Institutions. *International Legal Research*, 16(62), 21-40.

1. Ph.D. Student in Private Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch.

Email: st\_m\_ghalibafan@azad.ac.ir

2. Ph.D. in Private Law, Associate Professor and Faculty Member of Islamic Azad University, Central Tehran Branch (Corresponding author). Email: a\_shams@azad.ac.ir

3. Ph.D. in International Law, Assistant Professor, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Email: aa\_bagherzadeh@azad.ac.ir



## Introduction

In recent years, interim measures have been expanded in international arbitrations. Domestic courts are not always available or may lack the necessary equipment for effective precautionary measures in cross-border commercial disputes. This is why most jurisdictions today confirm the authority of arbitrators to grant provisional orders.

In many cases, the parties to the dispute try to maintain their fundamental rights by taking precautionary measures before arbitration or after referring the dispute to the arbitral tribunal and before it results in a final award. For this reason, in recent years, conservatory measures have become very important in international arbitration. These measures become more important because, in an extraordinary and emergency situation, they enable the arbitration parties to reduce or prevent possible risks and hardships because the formation of the arbitral tribunal in different institutions can take weeks and months, and the parties, in many cases are forced to adopt conservatory measures to preserve the reasons and evidence of the file. Conservatory measures can be effective in order to preserve the issue of dispute and also to facilitate the enforcement of the award.

The necessity of using precautionary measures has caused the issuance of interim measures by international and national authorities to be considered in most international arbitration rules. In the meantime, International arbitration institutions have made great efforts to amend arbitration rules and recognize the authority to issue provisional orders (injunctions) for themselves in order to encourage the referral of disputes to arbitration and attract the maximum number of international disputes. However, the regulations of most arbitration institutions still have deficiencies, which have caused the inadequacies and weakness of conservatory measures.

One of the existing problems is related to the adoption of conservatory measures before the formation of the arbitral tribunal. This issue refers to the situation where one of the parties is in an exceptional situation and needs to use emergency measures. At the same time, the arbitral tribunal has not yet been formed to be able to refer to it. International arbitration institutions have provided different solutions to answer this problem. Some institutions, such as the Permanent Arbitral tribunal (PCA), by accepting the jurisdiction of the national courts in issuing interim measures, have guided the parties to refer to the national courts in order to achieve these measures before forming the arbitral tribunal. However, some other institutions, including the International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Court, have made it possible to deal with the request for conservatory measures before the arbitration by establishing an emergency arbitration institution.

Another inadequacy in international arbitration rules is the lack of regulations regarding the enforcement of provisional decisions or emergency arbitration decisions. For a long time, there have been serious problems in the enforcement of conservatory measures by national courts. The reason is that in the New York Convention, which oversees the recognition and enforcement of international arbitration awards, the nature of provisional decisions and conservatory measures does not match what is considered an enforceable judgment in the Convention. This is despite the fact that if there is no framework of international law to support these measures, there is no point in enforcing this procedure.

Therefore, in the first step, the present research examines the regulations governing conservatory measures in major International arbitration institutions, including the ICC arbitration court, PCA, WIPO Arbitration Center, International Centre for Settlement of Investment (ICSID) Arbitration Center, and finally, the Arbitral tribunal for Sport (CAS) and further investigated in detail the existing inadequacies in the field of conservatory measures and thought of solutions for them.

Finally, what should be considered in the enforcement of precautionary measures is obtaining commitment and security from the requesting party and considering civil liability to compensate for the damages caused by the enforcement of these decisions. This will prevent issuing inappropriate and disproportionate orders. The efficacy of arbitration as a dispute resolution method is ultimately dependent on the power of an arbitral tribunal (or a competent state court, as the case may be) to order interim measures to protect the parties' rights and/or the tribunal's own remedial authority before the issuance of a final award on the merits.

In the following, I will discuss certain key aspects of arbitrator-ordered interim measures and the new emergency arbitrator regimes, focusing also on the challenges they pose to the users of international commercial arbitration.

### نارسایی‌های اقدامات تأمینی در سازمان‌های بین‌المللی داوری

مریم قالیبافان<sup>۱</sup>، احمد شمس ☒<sup>۲</sup>، احد باقرزاده<sup>۳</sup>

#### چکیده

**زمینه و هدف:** در فضای فعلی داوری بین‌المللی، شاهد اهمیت روزافزون اموال و دارایی‌های مادی و معنوی هستیم که در صورت سوء استفاده یکی از طرفین می‌توانند ارزش خود را به راحتی از دست بدهند. تأخیر یا تطویل داوری در بسیاری از موارد موجب ورود خسارات سنگین و گاه غیرقابل جبران به خواهان می‌شود. مضاف بر آنکه در برخی دعاوی، موضوع برای خواهان به حدی از اهمیت برخوردار است که تعیین تکلیف نسبت به آن فوریت می‌یابد. این موضوع منجر به افزایش تقاضای اشخاص برای اقدامات حمایتی شده است تا با حفظ و تضمین موضوعات تحت داوری، جریان داوری بی‌اثر نگردد و در نتیجه طرفین متحمل خسارت نشوند. در همین راستا پژوهش حاضر در صدد برآمده تا مقررات سازمان‌های بین‌المللی داوری مانند مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، مرکز داوری واپسو، دیوان دائمی داوری، مرکز داوری ایکسید و دیوان داوری ورزش در خصوص اتخاذ تدابیر احتیاطی قبل و بعد از تشکیل مرجع داوری را مورد مطالعه قرار دهد و در نهایت نارسایی‌ها و معضلات موجود در اجرای اقدامات احتیاطی بررسی و تا حد امکان برای آن چاره‌اندیشی نماید.

**روش:** این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است.

**یافته‌ها و نتایج:** امروزه اکثر مقررات بین‌المللی داوری اختیار داوران را برای صدور اقدامات احتیاطی به رسمیت شناخته‌اند. با این حال اتخاذ این تدابیر با مشکلاتی روبه‌روست که مهم‌ترین آن تصمیم‌گیری نسبت به اقدامات احتیاطی پیش از تشکیل مرجع داوری است. از طرفی اتخاذ تدابیر احتیاطی از ضعف‌های جدی در زمینه اجرا برخوردار است. به عبارتی کنوانسیون نیویورک اجرای اقدامات موقت را پوشش نمی‌دهد.

**کلیدواژه‌ها:** اقدامات تأمینی و احتیاطی، دستور موقت، داوری اضطراری، قابلیت اجرای اقدامات موقت.

\* استناددهی (APA): قالیبافان، مریم؛ شمس، احمد؛ باقرزادگان، احد. (۱۴۰۲). نارسایی‌های اقدامات تأمینی در سازمان‌های بین‌المللی داوری. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۶(۶۲)، ۴۰-۲۱.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب. رایانامه: st\_m\_ghalibafan@azad.ac.ir

۲. دکتری حقوق خصوصی، دانشیار و عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز (نویسنده مسئول).

رایانامه: Email:a\_shams@azad.ac.ir

۳. دکتری حقوق بین‌الملل، استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب. رایانامه: aa\_bagherzadeh@azad.ac.ir

## مقدمه

در بسیاری از موارد طرفین اختلاف برای حفظ حقوق اساسی خود تلاش می‌کنند تا پیش از داوری یا پس از ارجاع اختلاف به مرجع داوری و پیش از منتج شدن آن به رای نهایی، دست به اقدامات احتیاطی بزنند. به همین علت در سال‌های اخیر اقدامات تأمینی در داوری بین‌المللی اهمیت بسزایی یافته است. این اقدامات از آن جهت اهمیت بیشتری می‌یابد که در وضعیت فوق‌العاده و اضطراری، طرفین داوری را قادر می‌سازد تا خطرات و سختی‌های احتمالی را کاهش یا از حدوث آن جلوگیری نماید؛ چرا که تشکیل مرجع داوری در سازمان‌های مختلف می‌تواند هفته‌ها و ماه‌ها به طول بیانجامد و طرفین در بسیاری از موارد برای حفظ دلایل و شواهد پرونده ناگزیر از اتخاذ تدابیر محافظه کارانه هستند. بدیهی است اقدامات تأمینی جهت حفظ موضوع اختلاف و نیز تسهیل اجرای رای می‌تواند کارساز باشد. (محبی، ۱۳۹۰: ۳).

ضرورت به کارگیری اقدامات احتیاطی موجب گردیده است تا در اکثر مقررات داوری بین‌المللی صدور اقدامات موقت از سوی مراجع بین‌المللی و ملی مورد توجه قرار گیرد. در این میان سازمان‌های بین‌المللی داوری برای تشویق به ارجاع اختلافات به داوری و جذب حداکثری اختلافات بین‌المللی در سال‌های اخیر تلاش زیادی برای اصلاح مقررات داوری و شناسایی صلاحیت صدور دستور موقت برای خود نموده‌اند. با این حال مقررات اکثر سازمان‌های داوری همچنان از خلأها و نواقصی برخوردار است که موجب نارسایی و ضعف اقدامات تأمینی گردیده است.

یکی از مشکلات موجود مربوط به اتخاذ اقدامات تأمینی پیش از تشکیل مرجع داوری است. این مسئله ناظر به شرایطی است که یکی از طرفین در وضعیت استثنایی قرار می‌گیرد و نیازمند به کارگیری اقدامات اضطراری است؛ درحالی‌که مرجع داوری هنوز تشکیل نشده تا بتواند به آن مراجعه کند. نهادهای بین‌المللی داوری راه‌حل‌های متفاوتی را برای پاسخ به این مشکل پیش‌بینی نموده‌اند. برخی از سازمان‌ها همچون دیوان دائمی داوری با پذیرش صلاحیت محاکم ملی در صدور اقدامات موقت، به نوعی دستیابی به این تدابیر پیش از تشکیل مرجع داوری، طرفین را به مراجعه به محاکم ملی رهنمون ساخته‌اند؛ اما برخی دیگر از سازمان‌ها از جمله مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی با ایجاد نهاد داوری اضطراری، امکان رسیدگی به درخواست اقدامات تأمینی قبل از تشکیل داوری را فراهم نموده‌اند.

از دیگر نارسایی‌های موجود در قواعد داوری بین‌المللی، نبود مقرراتی در خصوص اجرای تصمیمات موقت یا تصمیمات داوری اضطراری است. مدت‌هاست که در اجرای اقدامات تأمینی توسط محاکم ملی مشکلات جدی وجود دارد. علت آن است که در کنوانسیون نیویورک که ناظر بر شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی می‌باشد، ماهیت تصمیمات موقت و اقدامات

تأمینی با آنچه در کنوانسیون تحت عنوان یک حکم قابل اجرا در نظر گرفته شده است، مطابقت ندارد. این در حالی است که اگر هیچ چارچوب حقوق بین‌المللی برای حمایت از این اقدامات وجود نداشته باشد، اجرای این رویه فایده‌ای ندارد.

از همین رو پژوهش حاضر در گام نخست بررسی مقررات حاکم بر اقدامات تأمینی در اهم سازمان‌های بین‌المللی داوری شامل مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)، دیوان دائمی داوری (PCA)، مرکز داوری وایپو (WIPO)، مرکز داوری ایکسید (ICSID) و در نهایت دیوان داوری ورزش (CAS) پرداخته و در ادامه به تفصیل نارسایی‌های موجود در زمینه اقدامات تأمینی بررسی و برای آن چاره‌اندیشی نموده است.

### ۱. بررسی تطبیقی مقررات دستور موقت در سازمان‌های داوری

سالم‌هاست که صلاحیت دیوان داوری در صدور دستور موقت مورد بحث و مناقشه است. برخی صدور دستور موقت را جزو صلاحیت‌های محاکم ملی می‌دانند و معتقد هستند که داوری مبتنی بر توافق بوده و نیازی به دستور موقت ندارد. حتی با فرض ضرورت انجام اقدامات احتیاطی، این نیاز از طریق دادگاه‌های ملی مرتفع می‌شود؛ اما در مقابل عده‌ای بر این عقیده استوارند که لزوم استقلال داوری و کاهش مراجعه به دادگاه‌ها مبنایی برای اعطای اختیار صدور دستور موقت توسط مراجع داوری است (Hunter, 1987:199). در حال حاضر به دنبال تلاش فعالان عرصه داوری بین‌المللی، در اکثر مقررات سازمان‌های بین‌المللی داوری امکان اتخاذ تدابیر احتیاطی و صدور دستور موقت برای مراجع داوری مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته است. بدین ترتیب در اوضاع و احوالی که منافع یکی از طرفین در معرض خطر و آسیب جدی است، وی قادر می‌باشد تا برای حمایت از حقوق و منافع خود اقدامات احتیاطی را مطالبه کند. صدور دستور موقت تحت تأثیر قواعد سازمان‌های مختلف داوری قرار دارد و فرآیند آن بر اساس مقررات این مؤسسات متفاوت است. با این حال در مقررات داوری سازمان‌های مورد بررسی تعریفی از دستور موقت ارائه نشده است. از همین رو مشخص نیست که عبارت مزبور شامل قرار تأمین خواسته است یا تأمین دلیل را نیز در برمی‌گیرد. از طرفی برخلاف نظام‌های حقوق داخلی، در مقررات سازمان‌های داوری شرایط زیادی برای صدور دستور موقت بیان نشده و در اکثر سازمان‌ها حتی تقاضای تأمین مناسب از خواهان نیز موکول به تشخیص دیوان داوری شده است. نکته قابل توجه آن است که سازمان‌های داوری تنها مقاماتی نیستند که می‌توانند اقدامات موقت و تأمینی را اعمال نمایند، بلکه در مقررات اغلب سازمان‌های بین‌المللی داوری، دادگاه‌های ملی نیز در رابطه با اختلافات موضوع داوری اختیار انجام اقدامات تأمینی را دارند. هرچند در برخی دیگر چنین امکانی برای محاکم داخلی پیش‌بینی نشده است. با این مقدمه مقررات داوری سازمان‌های داوری مورد بررسی قرار می‌گیرد.



## ۱-۱. مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)<sup>۱</sup>

در میان سازمان‌های داوری، مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی از جمله مؤسساتی است که اختیارات گسترده‌ای را در خصوص صدور دستور موقت توسط داوران پیش‌بینی نموده است و در عین حال تحت شرایطی به محاکم داخلی نیز این امکان را می‌دهند تا اقدامات موقت یا محافظه کارانه لازم را اتخاذ نمایند. بند ۲ ماده ۲۸ قواعد داوری ICC مقرر نموده است:

«قبل از تسلیم پرونده به مرجع داوری و در صورتی که اوضاع و احوال اقتضاء کند، حتی پس از آن طرف‌ها می‌توانند جهت اخذ دستور اقدامات موقت یا تأمین به مراجع قضایی صالح مراجعه نمایند».<sup>۲</sup> نکته جالب توجه آنکه از منظر مقررات این سازمان درخواست دستور موقت از محاکم داخلی به معنی نقض موافقت‌نامه داوری یا عدول از آن نیست و تأثیری در اختیاراتی که برای مرجع داوری مقرر شده، ندارد. در سایر موارد با درخواست صدور دستور موقت از سوی هر یک از طرفین، مرجع داوری می‌تواند به محض تسلیم پرونده دستور مقتضی را صادر نماید. از طرفی مطابق بند ۱ ماده ۲۸ مرجع داوری الزامی در اخذ تأمین از متقاضی ندارد و این امر به صلاح‌دید دیوان واگذار گردیده است.<sup>۳</sup>

## ۱-۲. مرکز داوری وایپو (WIPO)<sup>۴</sup>

با توجه به ضرورت حفظ سرعت و سهولت دسترسی به اقدامات تأمینی در اختلافات فناوری و مالکیت فکری، مقررات داوری وایپو نیز قواعد ویژه‌ای را در این زمینه مقرر نموده و به داوران اجازه رسیدگی فوری و صدور دستور موقت را می‌دهد. ماده ۴۸ قواعد داوری وایپو به دیوان داوری این اختیار را داده است تا هرگونه اقدامات موقت که لازم می‌داند مانند دستور سپردن کالاها به شخص ثالث یا فروش کالاها فاسدشدنی را اتخاذ نماید. از طرفی اخذ تأمین از متقاضی نیز امری اختیاری و به صلاح‌دید دیوان واگذار گردیده است.<sup>۵</sup> در نظام داوری وایپو با وجود اعطای اختیار صدور دستور موقت به دیوان داوری، صلاحیت هم‌زمان محاکم قضایی نیز در خصوص اقدامات تأمینی مورد پذیرش قرار گرفته است. در نتیجه بند «د» ماده ۴۸ مقررات این سازمان این امکان را فراهم ساخته است تا طرفین بتوانند درخواست صدور اقدامات موقت یا

1. International Chamber of Commerce Arbitration Court.

2. "Before the file is transmitted to the arbitral tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures.."

3. "...The arbitral tribunal may make the granting of any such measure subject to appropriate security being furnished by the requesting party. Any such measure shall take the form of an order, giving reasons, or of an award, as the arbitral tribunal considers appropriate. "

4. World Intellectual Property Organization Arbitration Center

5. "(i) The emergency arbitrator may order any interim measure it deems necessary. The emergency arbitrator may make the granting of such orders subject to appropriate security being furnished by the requesting party. Article 48(c) and (d) shall apply mutatis mutandis. Upon request, the emergency arbitrator may modify or terminate the order".

اجرای اقدامات صادر شده توسط دیوان داوری را به محاکم داخلی دهند بدون آنکه این اقدام مانع اجرای موافقت‌نامه داوری باشد. هدف از وضع این مقررات، تضمین و تسهیل روند داوری است تا با اطمینان از در دسترس بودن دلایل و شواهد یا اعمال تدابیر برای حفظ موضوع مورد اختلاف، زمینه را برای داوری هر چه بهتر اختلافات فراهم سازد (Philip Londolt, 2017: 50).

### ۱-۳. دیوان دائمی داوری (PCA)

مطابق قواعد مختلف دیوان دائمی داوری، هیئت داوری با درخواست هر یک از طرفین و احراز ضرورت، اقدام به صدور دستور موقت می‌نماید. با این حال طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر اختیار دیوان را محدود و چارچوب آن را مشخص نمایند. ماده ۲۶ مقررات داوری لاهه ضمن بیان شرایط صدور دستور موقت در بند ۵ این اختیار را به دیوان داوری داده است تا در صورت درخواست هر یک از طرفین و یا در شرایط استثنایی با اطلاع به طرفین به ابتکار خود اقدام به تعدیل، تعلیق یا خاتمه اقدامات موقت کند. از طرفی در تمام مقررات دیوان دائمی داوری مطابق قواعد داوری آنتی‌یرال صلاحیت مراجع قضایی در صدور یا اجرای تدابیر موقتی پذیرفته شده است و از این حیث تفاوتی با سازمان‌های اشاره شده ندارد.

### ۱-۴. مرکز داوری حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID)

مرکز داوری ایکس‌اید نیز با اختیارات ناشی از ماده ۴۷ کنوانسیون واشنگتن می‌تواند در راستای حفظ حقوق طرفین تدابیر لازم را نسبت به اقدامات تأمینی اتخاذ نماید.<sup>۲</sup> ماده ۴۷ کنوانسیون به‌وسیله ماده ۳۹ قوانین رسیدگی شکلی ایکس‌اید تکمیل شده است.<sup>۳</sup> این ماده شرایط صدور دستور موقت همچون داشتن صلاحیت اولیه مرجع داوری، ارائه درخواست توسط متقاضی، بیان دلایلی که ضرورت اقدامات را احراز نماید و نیز بیان موضوعات مورد درخواست از سوی متقاضی را بیان می‌نماید. نکته جالب توجه آنکه ماده ۳۹ در رابطه با اقدامات احتیاطی، مقررات نسبتاً متفاوتی را در مقایسه با سایر سازمان‌های داوری مقرر نموده است. مطابق این ماده دستور موقت در قالب توصیه صادر می‌شود. مضاف بر آنکه متقاضی باید در درخواست خود نوع قرار مورد درخواست و موضوعاتی که می‌بایست به‌وسیله دستور موقت حفظ و تأمین گردد را تصریح نماید. از مهم‌ترین وجوه تمایز مقررات و قواعد داوری ایکس‌اید نسبت به سایر سازمان‌های داوری آن است که در بند ۳ ماده ۳۹ این اختیار برای دیوان داوری پیش‌بینی شده است که رأساً و بنا به تشخیص خود دستور موقت را توصیه نماید و یا موضوعات دیگری را علاوه بر آنچه درخواست شده بررسی و نسبت

1 . Permanent Court of Arbitration.

2 . "5. The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative."

3 . ICSID Arbitration Rules 2006

به آن دستور موقت دهد.<sup>۱</sup> این مقررات بیانگر آن است که برخلاف سازمان‌های قبل، مرکز داوری ایکسید قواعد گسترده‌ای را در بیان شرایط صدور دستور موقت مقرر نموده و همین امر به شفافیت هر چه بیشتر فرآیند رسیدگی کمک به سزایی کرده است. از نمونه اقدامات موقت مرکز داوری ایکسید، حفظ وضع موجود و عدم تشدید اختلاف توسط طرفین داوری است. به عبارتی مراجع داوری ایکسید به اتفاق آراء بر این اصل تأکید دارند که هنگامی که یک اختلاف به داوری ارائه می‌شود، طرفین نباید اقداماتی را انجام دهند که سبب تشدید اختلاف یا گسترش آسیب شود. هدف از کلیه اقدامات تأمینی تضمین و حمایت از حقوق طرفین است. به عنوان مثال دیوان داوری می‌تواند طرف مقابل را از مطالبه برخی هزینه‌ها از جمله اخذ مالیات‌های جدید تحمیل شده به متقاضی، منع کند (Anyhony C. Sinclair, 2017: 440).

لازم به ذکر است کنوانسیون و مقررات داوری ایکسید در خصوص درخواست اقدامات تأمینی، مانع از مراجعه طرفین به مراجع قضایی نیستند و در بند ۴ ماده ۴۶ قواعد تسهیلات اضافی ایکسید امکان مراجعه به محاکم داخلی نیز پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup>

### ۱-۵. دیوان داوری ورزش (CAS)<sup>۳</sup>

در دیوان داوری ورزش نیز مطابق ماده R37 صلاحیت صدور دستور موقت به دیوان داوری اعطاء شده است.<sup>۴</sup> در صورت درخواست اقدامات تأمینی رئیس شعب عادی پیش از ارسال پرونده به هیئت داوری و پس از آن رئیس هیئت داوری درخواست را از حیث احراز شرایط از جمله فوریت امر، احتمال بروز آسیب‌های جبران‌ناپذیر و صلاحیت دیوان در خصوص دعوای اصلی بررسی و سپس تصمیم مقتضی را اتخاذ می‌نمایند.

برخلاف سایر سازمان‌های داوری، در دیوان داوری ورزش به موجب ماده فوق تسلیم هرگونه اختلاف به بخش داوری عادی یا تجدید نظر به منزله‌ی صرف نظر کردن طرفین از حق درخواست اقدامات تأمینی از دادگاه‌های داخلی یا مقامات دولتی است.<sup>۵</sup> بدین ترتیب مطابق مقررات CAS، محاکم داخلی در زمینه صدور دستور موقت از صلاحیت هم‌زمان با دیوان داوری برخوردار نیستند. این رویکرد به دلایل مختلف قابل انتقاد است؛ چرا که محرومیت کلی از حمایت قانونی درست نیست. به عبارتی مشکلات ناشی از اجرای دستور موقت موجب گردیده تا دیوان داوری

1. (3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations.

2. ICSID Arbitration (Additional Faciting) Rules (April 2006).

3. Sports Arbitration Court.

4. "...The President of the relevant Division, prior to the transfer of the file to the Panel, or thereafter, the Panel may, upon application by a party, make an order for provisional or conservatory measures.."

5. "...In agreeing to submit any dispute subject to the ordinary arbitration procedure or to the appeal arbitration procedure to these Procedural Rules, the parties expressly waive their rights to request any such measures from state authorities or tribunals".



ورزش نتواند حمایتی مشابه با محاکم ملی ارائه دهد؛ زیرا دادگاه‌های داخلی به‌طور معمول سریع‌تر از CAS عمل می‌کنند. مضاف بر آنکه در صورتی که حقوق اشخاص ثالث تحت تأثیر اقدامات فوق‌الذکر قرار گیرد، CAS صلاحیتی در این زمینه ندارد بر عکس دادگاه‌های ایالتی می‌توانند نسبت به انجام اقدامات موقت علیه اشخاص ثالث نیز دستور دهند. (Blacks haw, 2016: 93)

بنابراین هرچند ماده R37 اختیارات گسترده‌ای را به داوران جهت اتخاذ اقدامات تأمینی اعطاء نموده است با این حال اقدامات موقت به هیچ‌وجه نمی‌تواند فراتر از موضوع اختلاف رود؛ بنابراین چنین تدابیری فقط نسبت طرفین دآوری قابل اعمال است و نمی‌توان علیه شخص دیگر صادر شود. از دیگر وجوه تمایز مقررات دیوان دآوری ورزش با سایر سازمان‌های دآوری، الزامی بودن سپردن تأمین مناسب از سوی خواهان است. این در حالی است که دریافت تأمین از متقاضی در مقررات دآوری سازمان‌های مختلف چنانچه پیش از این بیان گردید، اختیاری و بنا به تشخیص دیوان دآوری است. (Ibid: 98) نکته‌ی دیگری که در دیوان دآوری ورزش حائز اهمیت است؛ امکان صدور دستور موقت قبل از تشکیل هیئت دآوری است. موضوعی که در قواعد دآوری دیگر سازمان‌های مورد بررسی مسکوت مانده است. چنانچه پیش از این بیان گردید، حتی قبل از ارسال پرونده به مرجع دآوری رئیس شعب عادی یا تجدیدنظر مطابق ماده R37 می‌تواند صرفاً با ارائه درخواست از سوی یکی از طرفین نسبت به صدور دستور موقت اقدام نماید.<sup>۱</sup>

## ۲. نارسایی‌های اقدامات تأمینی

با وجود امتیازات و فواید اقدامات احتیاطی صادره از سوی سازمان‌های دآوری؛ این تدابیر با نارسایی‌ها و مشکلاتی روبه‌رو است که در صورتی که برای آن چاره‌اندیشی نشود موجب بی‌اثر شدن این اقدامات می‌گردد. در ادامه به اهم این نارسایی‌ها پرداخته می‌شود.

### ۲-۱. عدم اتخاذ تدابیر احتیاطی پیش از تشکیل مرجع دآوری

حصول نتیجه نهایی در دعاوی ممکن است نیازمند تشکیل جلسات متعدد و صرف وقت برای بررسی دلایل طرفین باشد و در نهایت سبب طولانی شدن فرآیند دآوری گردد. اگرچه یکی از علل مراجعه به دآوری، سرعت در رسیدگی است، اما دآوری نیز گاهی روند طولانی دارد و ضروری است برای حفاظت از مواردی که در فرآیند دآوری در معرض خطر قرار دارند، اقدامات مقتضی صورت گیرد. هدف از این اقدامات حفظ وضع موجود تا زمان صدور رأی و نیز جلوگیری از ورود ضرر و زیان است (شیروی، ۱۳۹۸: ۲۰۱). مضاف بر آنکه در اغلب اختلافات برای یکی از طرفین بسیار مهم است که از ابتدای مناقشه تا زمانی که اختلاف منتج به تصمیم نهایی داور می‌شود،

1 . " ...The President of the relevant Division, prior to the transfer of the file to the Panel, or thereafter, the Panel may, upon application by a party, make an order for provisional or conservatory measures..."



دارایی‌ها یا وضعیت خاصی حفظ شود و تغییر نکند. به عنوان مثال ممکن است یکی از طرفین با مانع تراشی عمدی، ارزش دارایی‌های موضوع اختلاف را کاهش دهد. از طرفی برخی از دارایی‌ها مانند دارایی‌های معنوی غیرقابل جایگزین هستند یا تخریب و آسیب به آن‌ها به‌سختی از حیث مالی قابل جبران است (Falk, 2010: 9). در کنار اهمیت اتخاذ اقدامات موقت در روند داوری؛ در برخی از موارد طرفین پیش از تشکیل مرجع داوری در وضعیت اضطراری و فوق‌العاده‌ای قرار می‌گیرند و در چنین شرایطی از یک‌سو نمی‌توان منتظر تشکیل مرجع داوری ماند و از سوی دیگر علی‌رغم صلاحیت محاکم ملی، طرفین تمایلی به رجوع به آن را ندارند. علاوه بر این به‌طور معمول اقدامات موقت به‌اندازه کافی سریع عمل نمی‌کنند تا وضعیت موجود را حفظ کنند؛ بنابراین ضرورت حفظ منافع اشخاص ایجاب می‌نماید تا حتی پیش از تشکیل مرجع داوری امکان اتخاذ تدابیر احتیاطی وجود داشته باشد. چنانچه پیش از این نیز بیان گردید؛ امکان صدور دستور موقت و اقدامات تأمینی پیش از تشکیل مرجع داوری جز در دیوان داوری ورزش در سایر سازمان‌های داوری امکان‌پذیر نیست. در برخی از سازمان‌های داوری هم‌چون دیوان دائمی داوری و مرکز داوری ایکسید با توجه به مسکوت بودن مقررات داوری در این زمینه، تنها گزینه‌ای که برای یک‌طرف وجود دارد درخواست صدور دستور موقت از محاکم داخلی است؛ اما این راه دارای اشکالات زیادی است. به عنوان مثال، ممکن است اقدامات مورد نظر در دسترس نباشد یا روند دادگاه علنی، طولانی و پرهزینه باشد و به جهتی دور از انتظار منحرف شود و یا طرف خارجی نگران باشد که دادگاه ملی به نفع اتباع خود سوءگیری داشته باشد. با این حال علی‌رغم ایرادات موجود؛ مراجعه به دادگاه هم‌چنان تنها راه حل موجود بوده و ضرورت اقدامات حفاظتی به حدی است که بُعد منفی آن کم‌رنگ است (Savola, 2016: 76).

هرچند در اکثر سازمان‌های داوری صلاحیت موازی محاکم قضایی در صدور دستور موقت پذیرفته شده است، اما در عمل محدود شدن طرفین در مراجعه به دادگاه برای انجام اقدامات تأمینی قبل از تشکیل مرجع داوری باعث تضعیف و حتی بی‌اثر شدن داوری خواهد شد. به همین منظور از آنجا که اعمال برخی اقدامات تأمینی و موقت پیش از شروع داوری و قبل از تشکیل دیوان ضروری است، به نظر می‌آید لازم است تا مقررات سازمان‌های داوری به نحوی تنظیم و اصلاح شود که امکان صدور دستورات لازم توسط سازمان میسر گردد. عده‌ای بر این عقیده استوارند که لزوم استقلال داوری و کاهش مراجعه به دادگاه‌ها مبنایی برای اعطای اختیار صدور دستور موقت توسط مراجع داوری است (Hunter, 1987:199).

## ۲-۲. عدم ارائه تعریفی جامع و رویه‌ای ثابت برای اتخاذ تدابیر احتیاطی

هرچند در اغلب سازمان‌های داوری امکان صدور اقدامات احتیاطی پیش از تشکیل مرجع داوری مسکوت مانده است، لیکن در حال حاضر به دنبال تلاش فعالان عرصه داوری، در مقررات اکثر

سازمان‌های بین‌المللی داوری، امکان اتخاذ تدابیر احتیاطی و صدور دستور موقت پس از تشکیل مرجع داوری مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته است. بدین ترتیب در اوضاع و احوالی که منافع یکی از طرفین در معرض خطر و آسیب جدی است، وی قادر است پس از تشکیل دیوان داوری برای حمایت از حقوق و منافع خود از آن مرجع اقدامات احتیاطی مورد نظر خود را مطالبه کند. با این حال صدور دستور موقت توسط سازمان‌های داوری نیز کاستی‌هایی دارد که مهم‌ترین آن عدم ارائه تعریفی جامع از اقدامات احتیاطی در مقررات سازمان‌های مختلف داوری است و دیگر صلاحیت موازی مراجع مختلف در صدور تدابیر احتیاطی است که منتج به نبود رویه‌ای ثابت برای اتخاذ این تدابیر شده است.

اقدامات موقت بر اساس هدف آن به دو دسته تقسیم می‌شود. گروه اول شامل اقداماتی است که با هدف اجتناب یا به حداقل رساندن ضرر، آسیب یا پیش‌داوری صورت می‌پذیرد و دسته‌ی دیگر شامل اقداماتی است که هدف آن حفظ وضعیت موجود شامل دستوراتی برای حفظ شواهد مرتبط با موضوع اختلاف و یا تسهیل اجرای رأی است (John Pirerce, 2021: 183).

حفظ وضع موجود به جهت حفظ اموال و اسناد از اهمیت زیادی برخوردار است. به عنوان مثال در خصوص کالاهای فاسد شدنی، بررسی سریع و تعیین تکلیف آن و در نهایت صدور دستور فروش ضرورت دارد (شیروی، ۱۳۹۸: ۲۰۱). اقداماتی که ممکن است اجرای حکم نهایی را تأمین کند نیز مانند جلوگیری از خروج از حوزه قضایی یا توقیف اموال است (Ibid).

با توجه به موارد فوق علی‌رغم گستردگی دامنه اقدامات احتیاطی، مقررات داوری سازمان‌های مورد بررسی تعریفی جامع و مانع از این اقدامات ارائه نداده‌اند. از همین رو مشخص نیست که عبارت مزبور شامل قرار تأمین خواسته است یا تأمین دلیل را نیز در برمی‌گیرد. لذا از مانعیت لازم برای یک «تعریف» برخوردار نیست. از طرفی برخلاف نظام‌های حقوق داخلی، در مقررات سازمان‌های داوری شرایط زیادی برای صدور دستور موقت بیان نشده و در اکثر سازمان‌ها حتی تقاضای تأمین مناسب از خواهان نیز موکول به تشخیص دیوان داوری شده است که در این مورد نیز دامنه و شرایط ناظر بر اقدامات احتیاطی جامعیت لازم را دارا نمی‌باشد. همان‌طور که پیش از این بیان گردید؛ سازمان‌های داوری تنها مقاماتی نیستند که می‌توانند اقدامات موقت و تأمینی را اعمال نمایند، بلکه در مقررات اغلب سازمان‌های بین‌المللی داوری، دادگاه‌های ملی نیز در رابطه با اختلافات موضوع داوری اختیار انجام اقدامات تأمینی را دارند. در برخی موارد نیز چنین امکانی برای محاکم داخلی پیش‌بینی نشده با این حال صلاحیت موازی مراجع مختلف و مقررات متفاوت سازمان‌های داوری در این زمینه حاکی از عدم وجود رویه متحدالشکل در خصوص صدور دستور موقت است.



## ۲-۳. عدم امکان اجرای اقدامات احتیاطی صادره از مراجع داوری

از دیگر مشکلات اقدامات احتیاطی صادره از نهادهای داوری در مقایسه با دستورات صادره از محاکم داخلی، نبود سیستم اجرایی برای اعمال این تصمیمات است. هرچند مقررات سازمان‌های بین‌المللی داوری به اتفاق امکان صدور اقدامات تأمینی توسط مرجع داوری را پیش‌بینی نموده‌اند اما در زمینه‌ی اجرای این دستورات مسکوت هستند و به‌ندرت در خصوص اجرا و موانع آن قواعد و مقرراتی پیش‌بینی شده است. به‌طور معمول در اکثر حوزه‌های قضایی اقدامات تأمینی صادره از جانب مراجع داوری از طریق سیستم قضایی قابل اجرا نیستند و تدابیر کنوانسیون نیویورک<sup>۱</sup> نیز برای اجرای آن کارساز نیست. مهم‌ترین دلیل این امر ماهیت موقتی این اقدامات است. از آنجا که دستورات اتخاذی در این زمینه، شرط قطعیت آراء داوری را ندارند، در نتیجه دستور موقت بر مبنای کنوانسیون نیویورک مشمول شرایط شناسایی و اجرای رأی نمی‌شود. با در نظر گرفتن این موضوع، دشوار است که ببینیم چگونه می‌توان از کنوانسیون نیویورک برای اجرای این تصمیمات استفاده کرد. از طرفی با توجه به آنکه اقدامات تأمینی، موقت هستند و تأثیری نیز در حکم نهایی ندارند، لذا کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای احکام داوری هیچ اشاره‌ای به اجرای دستور موقت ننموده است (Voser, 2007: 184). به عبارتی؛ این تصمیمات برای حفظ وضعیت موجود در یک اختلاف ایجاد شده‌اند و فقط تا زمانی که دادگاه در مورد اختلاف تصمیم‌گیری نهایی کند، باقی می‌مانند و هیچ‌چیز را به‌طور پایدار حل نمی‌کنند (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۲۲۲). در چنین شرایطی اجرای اقدامات احتیاطی بستگی به آن دارد که چگونه دادگاه‌ها در مورد معیارهایی که منجر به اجرا می‌شوند، مانند سازگاری تصمیمات موقت با معاهدات یا قوانین ملی استدلال می‌کنند. هرچند رویکرد نظام‌های حقوق داخلی در خصوص اجرای این اقدامات یکسان نیست و حتی برخی کشورها پذیرای این دستورات نیستند و آن را خلاف نظم عمومی می‌دانند (Falk, 2010: 22). با این حال، فقدان قابلیت اجرا به‌طور خودکار به این معنا نیست که اقدامات تأمینی صادره از سوی داوران در عمل کاملاً بی‌اثر خواهد بود؛ زیرا قابلیت اجرا برای همه انواع اقدامات احتیاطی یکسان نیست. به عنوان مثال در خصوص اقدامات موقتی که صرفاً هدفشان حفظ شواهد برای اهداف داوری است در مقایسه با اقدامات موقتی که هدف آن جلوگیری از اتلاف دارایی‌ها جهت تسهیل اجرای نهایی حکم است، سختگیری کمتری از سوی محاکم ملی اعمال می‌شود؛ زیرا در مورد اخیر ممکن است دیوان داوری قابلیت اجرای رأی را کافی بداند و آن را جایگزین اقدامات احتیاطی نماید (Veeder, 1999: 22).

1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)



## ۲-۴. عدم امکان اخذ تأمین متناسب از خواهان

از دیگر مباحث مهمی که در خصوص اقدامات احتیاطی از سوی مراجع داوری قابل طرح است و کمتر بدان پرداخته شده؛ اخذ تأمین متناسب از متقاضی و در نهایت مسئولیت مدنی ناشی از اجرای این تدابیر است.

همان‌طور که پیش از این اشاره گردید؛ دستور موقت تصمیم‌نهایی نیست و به جهت ضرورت و فوریت امر صادر می‌شود، لذا این احتمال وجود دارد که بعد از صدور و اجرای دستور معلوم گردد که اساساً نباید چنین دستوری صادر می‌شد یا پس از صدور رأی نهایی کاشف به عمل آید که متقاضی، فاقد حق قابل حمایت است. از همین رو مسئولیت متقاضی در پرداخت خسارات ناشی از دستور موقت نامتناسب یا غیرمقتضی از موضوعاتی است که در مقررات اغلب سازمان‌های مختلف داوری مسکوت مانده است (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۲۲۹).

مقررات نهادهای داوری مورد مطالعه صرفاً به اخذ تأمین از سوی متقاضی دستور موقت پرداخته‌اند بدون آنکه به مسئولیت‌های ناشی از آن اشاره نمایند. مضاف بر آنکه جز در دیوان داوری ورزش که اخذ تأمین در آن الزامی است؛ به موجب بند ۱ ماده ۲۸ مقررات داوری مرکز داوری ICC، ماده ۲۶ قواعد دیوان دائمی داوری و ماده ۴۸ مقررات سازمان داوری واپیو اخذ تأمین امری اختیاری و بنا به صلاحدید مرجع داوری است. جالب آنکه قواعد داوری ایکسید مطابق ماده ۳۹ تنها به امکان صدور دستور موقت اشاره نموده است بدون آنکه حتی اشاره‌ای به لزوم اخذ تضمین نماید.

با توجه به شرایط فوق، آرای محدودی به مسئولیت مدنی ناشی از دستور موقت پرداخته‌اند؛ اما از همین آرا می‌توان دریافت که ارزیابی مسئولیت مدنی بر مبنای رأی نهایی صادره از مرجع داوری صورت پذیرد، نه بر اساس شرایط صدور دستور موقت. به عنوان مثال در یکی از آراء صادره از مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی آمده است: «در جهت تضمین ریسک مربوط به تصمیم‌نهایی و حق مطالبه خسارات احتمالی، مرجع داوری اعلام می‌کند که تودیع خسارت توسط متقاضی موجه و منطقی است»<sup>۱</sup>.

## ۳. راهکار رفع نارسیایی‌های اقدامات احتیاطی در مراجع داوری

مطالب پیش‌گفته هر خواننده تیزبینی را به این واقعیت رهنمون می‌سازد که به کارگیری اقدامات احتیاطی در داوری‌های بین‌المللی با مشکلات جدی روبه‌رو است که در بسیاری از موارد منجر به بی‌اثر شدن این اقدامات می‌گردد. لذا وضعیت فعلی مقررات بسیاری از نهادهای داوری نیازمند اصلاح و تغییر است. از آنجاکه هر سازوکار بشری در کنار منافع و ثمرات مطلوب خود، کاستی‌ها

1. ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 11 No. 1. Interim Award in Case 7544, (2000), p 56



و نواقصی دارد که در اغلب موارد منافع آن بر نقایص ترجیح داده می‌شود؛ اقدامات احتیاطی نیز از این قاعده مستثنی نیست و با توجه به ثمرات مطلوبی که اجرای درست آن به ارمغان می‌آورد تلاش برای اصلاح و بهبود آن امری ضروری است.

در راستای بهبود شرایط سعی خواهد شد با بهره‌گیری از تجارب برخی نهادهای داوری برای حل مشکلات موجود چاره‌اندیشی شود.

### ۳-۱. داوری اضطراری<sup>۱</sup>

داوری اضطراری راه‌حلی است که در سال‌های اخیر در مرکز داوری ICC و نیز سازمان داوری واپو برای پر کردن خلأ صدور اقدامات احتیاطی قبل تشکیل مرجع داوری؛ پیش‌بینی شده تا بدین نحو به درخواست اقدامات تأمینی قبل ارجاع اختلاف به هیئت داوری پاسخ داده شود. به مدد این روش طرفین داوری می‌توانند پیش از تشکیل مرجع داوری با استفاده از داوری اضطراری و بدون مراجعه به محاکم ملی، ادله‌ی دعوا را حفظ و یا از انتقال دارایی توسط طرف دیگر جلوگیری نمایند (Koh swee yen, 2016: 539).

قواعد داوری ICC، مقررات گسترده‌ای را در ماده ۲۹ و ضمیمه‌ی ۷۵ این قواعد در خصوص داوری اضطراری پیش‌بینی نموده است. مطابق بند ۱ ماده ۲۹؛<sup>۲</sup> مبنای قلمرو داوری اضطراری ناظر به وضعیتی است که مرجع داوری هنوز تشکیل نشده و به جهت طولانی بودن تشکیل آن، طرفین برای حفظ وضع موجود یا جلوگیری از ورود ضرر نیازمند اقدامات تأمینی اضطراری هستند؛ بنابراین داوری اضطراری مقرر شده در ماده ۲۹ منصرف از صدور دستور موقت و اقدامات تأمینی<sup>۳</sup> مندرج در ماده ۲۸ این مقررات است.

به موجب قواعد داوری ICC؛ پذیرش درخواست داوری اضطراری از سوی طرفین منوط به آن است که درخواست پیش از تحویل پرونده به مرجع داوری، به دبیرخانه واصل شود. بدیهی است با تشکیل مرجع داوری پرونده در صلاحیت این مرجع قرار می‌گیرد و دیگر به داوری اضطراری نیازی نخواهد بود.

تصمیم داور اضطراری مطابق بند ۲ ماده ۲۹ در قالب دستور یا قرار صادر خواهد شد و طرفین ملزم به رعایت قرار صادره هستند؛ چراکه با توافق طرفین بر داوری تحت قواعد ICC، مقررات داوری اضطراری به عنوان بخشی از این مقررات برای ایشان الزام‌آور شده و نیازمند توافق مجدد

#### 1. Emergency Arbitrator

2. "1.A party that needs urgent interim or conservatory measures that cannot await the constitution of an arbitral tribunal ("Emergency Measures") may make an application for such measures pursuant to the Emergency Arbitrator Rules in Appendix V. Any such application shall be accepted only if it is received by the Secretariat prior to the transmission of the file to the arbitral tribunal pursuant to Article 16 and irrespective of whether the party making the application has already submitted its Request for Arbitration."

#### 3. Conservatory and Interim Measures

نیست؛ بنابراین طرفینی که نمی‌خواهند داوری اضطراری نسبت به آنها اعمال شود باید صراحتاً نسبت به آن توافق نمایند.

با وجود صلاحیت داور اضطراری در صدور اقدامات تأمینی، مرجع داوری ملزم و مأخوذ به دستور صادره نخواهد بود و از آنجا که صلاحیت رسیدگی به اصل اختلاف با مرجع داوری است در نتیجه به موجب بند ۴ ماده ۲۹ پس از تشکیل مرجع داوری و ارجاع اختلاف به آن، این مرجع می‌تواند قرار صادره را اصلاح، فسخ یا ابطال نماید.<sup>۱</sup>

در مقررات داوری ICC اقسام اقدامات تأمینی اضطراری اشاره نشده است و به نظر می‌رسد در هر پرونده بسته به موضوع آن، طیف وسیعی از این اقدامات قابل اعمال خواهد بود. از همین رو مطابق بند ۲ ماده ۱ ضمیمه ۵ مقررات داوری ICC، از مواردی که در درخواست داوری اضطراری باید ذکر شود بیان موارد و اقدامات احتیاطی مورد مطالبه است. سایر تشریفات رسیدگی مانند ابلاغ به طرفین و اعطای فرصت دفاع مشابه با روال داوری عادی است با این تفاوت که در این نوع داوری‌ها به لحاظ فوریت امر کلیه اقدامات باید سریعاً صورت گیرد و البته نصب داور اضطراری نیز برخلاف شیوه‌ی معمول بر عهده رئیس دیوان است (کاشانی، ۱۳۹۱: ۱۳۴).

از دیگر موارد مهمی که در مقررات جدید داوری ICC به آن اشاره شده، مهلت ارائه درخواست داوری اصلی پس از تسلیم درخواست داوری اضطراری است. بند ۶ ماده ۱ ضمیمه ۵؛ مهلت تقدیم درخواست برای اصل داوری را ۱۰ روز از تاریخ دریافت درخواست داوری اضطراری توسط دبیرخانه، مقرر نموده است و اگر این مهلت رعایت نشود رئیس دیوان می‌تواند رسیدگی داور اضطراری را خاتمه دهد.

در مرکز داوری واپو نیز مقررات مشابهی در خصوص انجام اقدامات تأمینی پیش از تشکیل مرجع داوری پیش‌بینی شده است. ماده ۴۹ قواعد داوری واپو با در نظر گرفتن نهاد داوری اضطراری این امکان را برای طرفین داوری فراهم ساخته تا در وضعیت‌های اضطراری و فوق‌العاده پیش از تشکیل مرجع داوری و بدون نیاز به رجوع به محاکم ملی با تقدیم درخواست، اقدامات تأمینی مورد نیاز را مطالبه نمایند.<sup>۲</sup> توجه به اینکه نکته ضروری است که در قواعد داوری واپو، داوری سریع از داوری اضطراری متمایز شده است. عمده تفاوت این دو داوری آن است که داوری سریع در واپو دارای مقررات ویژه است که به موجب آن داور نسبت به اصل اختلاف رسیدگی و در نهایت در خصوص ماهیت دعوا اقدام به صدور حکم می‌نماید. در حالی که در

1. "4. The arbitral tribunal shall decide upon any party's requests or claims related to the emergency arbitrator proceedings, including the reallocation of the costs of such proceedings and any claims arising out of or in connection with the compliance or non-compliance with the order."

2. "b) A party seeking urgent interim relief prior to the establishment of the Tribunal may submit a request for such emergency relief to the Center. The request for emergency relief shall include the particulars set out in Article 9(ii) to (iv), as well as a statement of the interim measures sought and the reasons why such relief is needed on an emergency basis. The Center shall inform the other party of the receipt of the request for emergency relief."

داوری اضطراری چنانچه بیان شد، داور اضطراری بدون ورود به ماهیت اختلاف و صرفاً با بررسی اجمالی، اقدام به صدور دستور موقت می‌کند و با تشکیل مرجع داوری کار داور اضطراری به پایان می‌رسد؛ بنابراین داوری اضطراری را نمی‌توان داوری به معنای دقیق کلمه دانست بلکه راه‌حلی است اضطراری برای ارائه کمک‌های فوری در مواردی که نیازمند رسیدگی سریع و انجام اقدامات محافظه‌کارانه است (Baruch Baigel, 2014: 3).

نحوه نصب داور و تشریفات رسیدگی در نظام داوری وایپو تا حد زیادی مشابه با مرکز داوری ICC است. با این تفاوت که قواعد داوری ICC مقررات گسترده‌تری را در این زمینه مقرر کرده است که می‌تواند به عنوان الگویی جامع، راهگشا باشد.

در نتیجه سایر سازمان‌های داوری که فاقد سازوکاری برای اقدامات احتیاطی قبل از تشکیل مرجع داوری هستند، می‌توانند با الگوگیری از نهادهای داوری فوق و پیش‌بینی داوری اضطراری در نظام داوری خود در قالب یک مقرر اجباری تا حد امکان دخالت محاکم ملی را محدود سازند.

### ۲-۳. سازوکار اجرا

همان‌طور که پیش از این بیان گردید؛ اجرای دستورات موقت به جهت سکوت مقررات داوری در این زمینه با مشکل جدی روبه‌رو است.

احکام صادره در داوری اضطراری نیز به لحاظ ماهیت با دستور موقت صادره از مرجع داوری شباهت زیادی دارد. در نتیجه مشکلات موجود در اجرای دستور موقت در زمینه داوری اضطراری نیز صدق می‌کند (Ibid).

مقررات داوری ICC و قواعد داوری وایپو که مبدع داوری اضطراری هستند؛ هر دو در خصوص نحوه اجرای اقدامات تأمینی صادر شده از جانب داور اضطراری مسکوتند.

بدیهی است در شرایطی که اجرای اقدامات تأمینی صادره توسط مرجع داوری با دشواری همراه است، اجرای اقدامات صادره از ناحیه داور اضطراری به مراتب دشوارتر خواهد بود؛ زیرا این اقدامات نه از سوی مرجع داوری صادر شده و نه از سوی محاکم ملی بلکه در شرایط اضطراری و به نحو استثنایی توسط داور اضطراری اتخاذ شده است (کاشانی، ۱۳۹۱: ۱۴۶).

از طرفی در صورتی که قرار صادره از جانب داور اضطراری توسط طرفین رعایت نگردد یا یکی از ایشان از اجرای رأی امتناع نماید، اجرای آن بر مبنای کنوانسیون نیویورک نیز ممکن نیست؛ چراکه قرار صادره از ناحیه داور اضطراری حکم تلقی نمی‌شود تا مشمول کنوانسیون گردد. (همان، ۱۴۷).

در چنین شرایطی به نظر می‌رسد تنها راه‌حل بهره‌گیری از قدرت محاکم ملی مقرر داوری یا محل اجرای قرار است. به عبارتی مشکلات اجرای اقدامات تأمینی و موقت در داوری‌های

بین‌المللی یکی از عمده‌ترین علل پذیرش صلاحیت محاکم داخلی در اعمال اقدامات تأمینی توسط سازمان‌های داوری است (نیکبخت، ۱۳۸۵: ۲۸).

با این حال رویه بین‌المللی بر آن است که دستور موقت به‌نوعی رأی جزئی محسوب شود. مقصود از رأی داوری جزئی در معنای اخص آن، ناظر بر بخشی از موضوع اختلاف است و یا بر یک امر مقدماتی که بر کل رسیدگی داوری مؤثر بوده و وضعیت آن را معلوم می‌سازد، مربوط می‌شود (جنیدی، ۱۳۸۸: ۲۶).

با این مقدمه می‌توان دستور موقت را یک رأی جزئی تلقی نمود و اجرای آن را تابع ترتیباتی دانست که برای اجرا آراء داوری پیش‌بینی شده است. در نتیجه در صورتی که طرف مقابل از اجرای آن امتناع نمود طرف دیگر می‌تواند اجرای آن را طبق مقررات مربوطه از مراجع قضایی درخواست نماید (Tomas, Hara, 2010: 5).

رویکرد دیگری که به اجرای اقدامات احتیاطی کمک می‌کند مربوط به استدلال دادگاه‌های ایالات متحده می‌باشد. بدین توضیح که محاکم ایالات متحده در مورد اقدامات تأمینی استدلال کرده‌اند که «داوران صلاحیت دارند تا به منظور محافظت از بی‌اثر شدن رأی نهایی خود، حکم موقت صادر کنند». این رویکرد تحت عنوان «تصمیم به حفظ فرآیند داوری» مطرح گردیده است. مطابق این استدلال؛ دادگاه‌ها نمی‌توانند با منع صدور و اجرای اقدامات تأمینی صادره از مراجع داوری که به منظور تضمین رأی نهایی توسط آن نهاد صادر شده است، اعطای اختیار جامع به داوران را تضعیف کنند (Falk, 2010: 25).

اتاق بازرگانی استکهلم (SCC) نیز به منظور اجرای اقدامات موقت، این رویکرد را اتخاذ نموده‌اند که تمایز بین «دستور» و «حکم» را نادیده بگیرند و هر دو را طبق کنوانسیون نیویورک قابل اجرا تلقی کنند. این راه‌حل اهمیت زیادی دارد؛ زیرا رویه معمول بر آن است که اقدامات تأمینی در قالب دستور صادر شود. در این دیدگاه، هنگام بحث در مورد تصمیمات داوری نهایی استفاده مداوم از کلمه «رأی»، اهمیت متعالی به این اصطلاح نمی‌دهد. به عبارتی محتوای یک تصمیم - نه نام آن - قطعیت را تعیین می‌کند. با این تفسیر اگر حکم (تصمیم) به‌خودی‌خود با کنوانسیون نیویورک سازگار باشد، دیگر مشکلی برای اجرای اقدامات تأمینی باقی نمی‌ماند (Ibid, 26).

قانون نمونه آنستیرال اصلاح شده در سال ۲۰۰۶ برای رفع مشکل عدم قابلیت اجرای اقدامات موقت داوری طراحی شده است. رژیم اجرایی مندرج در ماده ۱۷ قانون نمونه، اجرای اقدامات موقت صادر شده توسط دیوان داوری را صرف نظر از کشوری که اقدام در آن صادر شده و صرف نظر از اینکه این اقدام در قالب یک دستور باشد یا حکم را پیش‌بینی نموده است. بسیاری از دکترین از این مقرر به عنوان یک پیشرفت عمده در قانون نمونه در زمینه‌ی اثربخشی به اقدامات

موقت، استقبال کرده‌اند. به گفته یکی از مفسران، «اگر ماده ۱۷ به طور گسترده اجرا شود، آنچه کنوانسیون نیویورک در مورد اجرای آرای داوری مقرر نموده است می‌تواند اجرای اقدامات موقت را نیز دربرگیرد» (Madsen, 2008: 349).

به نظر می‌رسد برای اثربخشی به ماده ۱۷؛ قانون نمونه باید در تعداد زیادی از کشورها به قانون تبدیل شود. به عنوان مثال، ممکن است قابل اجرا بودن اقدامات موقت در کشور مقرر داوری کافی نباشد؛ زیرا بارها اتفاق افتاده است که طرفین محل داوری را در یک «کشور ثالث بی‌طرف» تعیین کرده‌اند بدون آنکه با هیچ یک از آنها ارتباطی داشته باشد. مضاف بر آنکه کشوری که یک اقدام موقت داوری در آن اجرا می‌شود به طور معمول یا کشور محل اقامت خواننده است یا هر کشور دیگری که دارایی در آن قرار دارد (Kojovic, 2001: 520).

### ۳-۳. لزوم اخذ تأمین و ارائه مبانی مسئولیت

هرچند اخذ خسارت احتمالی در مقررات بسیاری از سازمان‌های داوری اختیاری و به صلاحدید مرجع داوری واگذار گردیده است لیکن می‌توان رویه دیوان داوری ورزش در دریافت الزامی تأمین از متقاضی را به عنوان مقررهای الزام آور برای کلیه نهادهای داوری در نظر گرفت.

در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از دستور موقت نیز، اگرچه آراء کمی از سوی مراجع داوری صادر شده با این حال احراز مسئولیت متقاضی با مبانی متفاوتی مواجه است. به عنوان مثال در زمان بررسی قانون نمونه آنستیرال دو دیدگاه کلی مطرح بود. عده‌ای با تکیه بر نظریه خطا معتقد بودند که اگر متقاضی دستور موقت با حسن نیت عمل نموده و با ادله مکفی درخواست اقدامات تأمینی کرده است، نباید مسئول پرداخت خسارات شناخته شود. در مقابل عده‌ای بر این باور بودند که متقاضی در هر حال عهده‌دار خطرات ناشی از این اقدامات شده است و باید نتایج بعدی آن را در مواردی که دستور بدون جهت صادره شده متحمل شود (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۲۳۰).

بدین ترتیب بسته به آنکه کدام یک از نظریات خطا یا خطر مبنا قرار گیرد، احراز مسئولیت متقاضی متفاوت خواهد بود. هرچند به نظر می‌رسد تکیه بر نظریه خطر سبب می‌شود تا متقاضی در زمان درخواست اقدامات تأمینی تأمل بیشتری کند و در نهایت تصمیم‌گیری نماید که از اخذ دستور موقت منصرف گردد یا ریسک آن را بر عهده بگیرد.

علی‌النهاییه، با توجه مسکوت بودن مقررات داوری سازمان‌های مختلف داوری در پیش‌بینی اسباب مسئولیت مدنی ناشی از اجرای این اقدامات، ضروری است تا مقررات مزبور اصلاح و تکمیل گردد پیش از آنکه طرفین داوری برای جبران این نقص ناگزیر از مراجعه به محاکم داخلی شوند.



## بحث و نتیجه‌گیری

در سال‌های اخیر اقدامات موقت در داوری‌های بین‌المللی گسترش یافته است. طرفین غالباً برای حفظ حقوق اساسی خود قبل از شروع رسیدگی داوری یا حین داوری و قبل از حل و فصل نهایی اختلاف، لازم می‌دانند که اقدامات حمایتی موقت را انجام دهند. دادگاه‌های داخلی همیشه در دسترس نیستند یا ممکن است فاقد تجهیزات لازم برای اقدامات احتیاطی مؤثر در اختلافات تجاری فرامرزی باشند. به همین دلیل است که امروزه اکثر حوزه‌های قضایی، اختیارات داوران را برای صدور دستور موقت تأیید می‌کنند. با این حال، صدور و اجرای تصمیمات موقت از سوی سازمان‌های داوری با مشکلاتی همراه است که باید برای آن چاره‌اندیشی شود. از مشکلات کلیدی در خصوص اقدامات تأمینی آن است که در اغلب سازمان‌های داوری سازوکاری برای صدور اقدامات تأمینی پیش از تشکیل دیوان داوری در نظر گرفته نشده است و صرفاً با پذیرش صلاحیت موازی محاکم داخلی در این زمینه تلاش شده تا خلاً موجود مرتفع گردد. اخیراً مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و سازمان داوری واپسو مکانیزم «داوری اضطراری» را پیش‌بینی کرده‌اند که به موجب آن، طرفی که به اقدامات تأمینی فوری نیاز دارد و نمی‌تواند منتظر تشکیل یک دیوان داوری باشد بتواند درخواست انتصاب یک «داور اضطراری» نماید. بدین نحو داور اضطراری این اختیار را دارد که اقدامات موقت را پیش از تشکیل مرجع داوری در زمانی بسیار کوتاه صادر کند. با این وجود اتخاذ تدابیر احتیاطی از ضعف‌های جدی در زمینه اجرا برخوردار است. به عبارتی کنوانسیون نیویورک اجرای اقدامات موقت را پوشش نمی‌دهد. در نتیجه اجرایی شدن و تأثیرگذاری این اقدامات قابل پیش‌بینی نبوده و مشخص نیست که محاکم داخلی در مواجهه با اجرای احکام موقت چه رویکردی را اتخاذ خواهند کرد. ماده ۱۷ قانون نمونه اصلاح شده آنسترال در سال ۲۰۰۶ با هدف رفع مشکلات اجرایی اقدامات تأمینی، تصمیمات صادره از سوی دیوان داوری را صرف نظر از کشوری که اقدام در آن صادر شده و اینکه این اقدام در قالب یک دستور باشد یا حکم قابل اجرا دانسته است. این مقرر به عنوان یک پیشرفت عمده در زمینه‌ی اثربخشی به اقدامات موقت، مورد استقبال دکتین حقوقی قرار گرفته است.

گرچه اجرای هرچه بهتر اقدامات تأمینی نیازمند ایجاد یک اجماع و چارچوب بین‌المللی جدید است. مضاف بر آنکه کنوانسیون نیویورک نیز به‌طور کلی در مورد اقدامات موقت و وضعیت آنها و به‌طور خاص در مورد فرآیند داوری اضطراری و احکام آن نیاز به بروزرسانی یا شفاف‌سازی دارد.

در نهایت آنچه که باید در اجرای تدابیر احتیاطی مدنظر قرار گیرد؛ اخذ تعهد و تأمین از متقاضی و در نظر گرفتن مسئولیت مدنی برای جبران خسارات ناشی از اجرای این تصمیمات است. این امر سبب می‌گردد تا از صدور دستورات غیر مقتضی و نامتناسب جلوگیری شود.



## منابع

- جنیدی، لعیاء. (۱۳۸۸). شرایط صدور دستور موقت، مباحثی از داوری‌های بین‌المللی (مجموعه همایش‌های مرکز منطقه‌ای داوری تهران). جلد ۸ انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.
- خدابخشی، عبدالله. (۱۳۹۷). حقوق دعاوی (بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی). جلد ۶. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۸). داوری تجاری بین‌المللی. تهران: چاپ نهم. سمت.
- نیکبخت، حمیدرضا. (۱۳۸۵). شناسایی و اجرای آراء داوری‌های تجاری بین‌المللی در ایران. چاپ نخست. تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- کاشانی، جواد؛ شیخیانی، مهدی. (۱۳۹۱). صدور اقدامات احتیاطی قبل از تشکیل مرجع داوری. حقوق بین‌الملل. ۲۹(۴۶)، ۱۴۸-۱۲۵.
- Sinclair, A. C., & Repousis, O. G. (2017). An overview of provisional measures in ICSID proceedings. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 32(2), 431-446.
- Baigel, B. (2014). The emergency arbitrator procedure under the 2012 ICC rules: A juridical analysis. *Journal of international arbitration*, 31(1).
- Falk, K. (2011). *Emergency Arbitration—An examination of the SCC solution*.
- Hunter, M. (1987). *Judicial Assistance for the Arbitration, contemporary Problem in international Arbitration*, Martinus Publishers, the Netherlands.
- Blackshaw, I., & Pachmann, T. (2016). *CAS Provisional and Conservatory Measures and Other Options to Be Granted Interim Legal Relief* (pp. 93-110). TMC Asser Press.
- Swee Yen, K. (2016). The Use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 31(3), 534-548.
- Kojovic, T. (2001). Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief How Final is Provisional?. *Journal of international arbitration*, 18(5).
- Madsen, F.(2008). *Interim Measures: The Frontier of International Arbitration*, in Jan Kleineman et al. (ed.), *Festschrift till Lars Heuman*.
- Landolt, P., & Garcia, A. (2017). Commentary on WIPO Arbitration Rules.
- Savola, M. (2016). *Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings*. *Croatian Arbitration Yearbook*, 23, 73-97.
- Tomas, H. (2010). *Reception and Enforcement of International Arbitration orders and Awards*, *Student of law at the University of Kssen*, United Kingdom.
- Veeder.(1999). *Provisional and conservatory measures, paper presented,at (the New York Convention Day) in New York on 10 June 1998 to celebrate the 40th anniversary of the Convention*, published by the United Nations in: *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*.
- Voser, N. (2007). *Interim Relief in International Arbitration: The Tendency Towards a More Business-Oriented Approach*. *Disp. Resol. Int'l*, 1, 171. John V H, Pierce, *Global Arbitration Review The Guide to IP Arbitration*, Published in the United Kingdom by Law Business Research Ltd, London, February 2021.