

حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین المللی با تاکید بر شرایط قراردادهای فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور (فیدیک)

الهام انیسی

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل

و

وکیل پایه یک دادگستری

- سرشناسه : انیسی، الهام
- عنوان و نام پدیدآور : حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی با تأکید بر شرایط قراردادهای ساخت فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک)/الهام انیسی.
- مشخصات نشر : تهران: الهام انیسی، ۱۳۹۰.
- مشخصات ظاهری : ۱۵۵ص.
- شابک : ۳۰۰۰۰ ریال: ۹۷۸-۹۶۴-۰۴-۷۴۳۴-۱
- وضعیت فهرست نویسی : فیبا
- یادداشت : پشت جلد به انگلیسی: Dispute settlement in . Elham Anisi: ...respect international construction contracts with special
- موضوع : فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور
- موضوع : داوری و بین‌المللی
- موضوع : حل اختلاف
- موضوع : قراردادهای (حقوق بین‌الملل)
- موضوع : مهندسی - قراردادهای
- رده بندی کنگره : ۲۴۰۰K/الف ۸-ج ۱۳۹۰
- رده بندی دیویی : ۳۴۱/۵۲۲
- شماره کتابشناسی ملی : ۶۹۹۴۲۴۲



حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی با تأکید بر شرایط قراردادهای فیدیک
الهام انیسی

صفحه آرایی و ناظر چاپ: موسسه حدیث میعاد

ویراستار: محمدرضا عرب سرخی

چاپ: چکاد چاپ

چاپ اول: ۱۳۹۰

تیراژ: ۱۰۰۰

قیمت: ۳۰۰۰ تومان

شابک: ۱-۷۴۳۴-۰۴-۹۶۴-۹۷۸

مرکز پخش: موسسه حقوقی منشور مهر و داد. تلفن ۹۰۹۲۳۰۱۴۴۹

چکیده

ویژگی‌های قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی از جمله لزوم اجرای سریع پروژه، موضوع آن و حجم قابل توجهی از نیروهای انسانی، مادی، فنی و مالی به‌کار گرفته شده، ایجاب می‌کند که اختلاف ناشی از آن‌ها به سرعت و در محل اجرای پروژه حل و فصل شود. به‌رغم آنچه درباره فواید داوری همواره گفته می‌شود در خصوص قراردادهای پیمانکاری طولانی‌مدت و یا میان‌مدت کارساز نخواهد بود. فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک) به عنوان یک نهاد تخصصی بین‌المللی قبل از سال ۱۹۹۹ در نمونه قراردادهای تدوینی خود، حل اختلافات را توسط مهندس مشاور پیش‌بینی نمود اما از آنجا که مهندس مشاور به‌لحاظ مالی و اداری به کارفرما وابستگی داشت و بیم تضییع حق پیمانکار می‌رفت، از سال ۱۹۹۹ به بعد در قراردادهای نمونه تدوینی با پیش‌بینی کمیته تخصصی حل اختلاف قدمی بزرگ در این زمینه برداشته است که یک نوآوری در سابقه کار این فدراسیون به حساب می‌آید. مبانی تشکیل و ماهیت تصمیم‌گیری کمیته تخصصی مزبور نه تنها بی‌شباهت با داوری نیست بلکه مزایای بیشتری را برای طرفین آن به همراه دارد که می‌توان به- جرات این نهاد حل اختلاف را یک نهاد پیشرفته‌تر از داوری قلمداد کرد.

فهرست مطالب

مقدمه:	۵
بخش اول: نگاهی به انواع روش های حل اختلافات و فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور	۱۳
فصل اول: شیوه های حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی	۱۳
مبحث اول: حل و فصل اختلافات توسط مراجع قضایی ملی	۱۳
مبحث دوم: سایر روشها غیر از دادگاههای ملی (روشهای دوستانه حل اختلاف)	۱۴
گفتار اول: شیوه های تسهیل کننده	۱۵
گفتار دوم: شیوههای تعیین کننده و یا صادر کننده رای	۱۶
الف: پیش داوری یا pre arbitral referee	۱۷
ب: مهندس مشاور موضوع قراردادهای نمونه فیدیک	۱۸
فصل دوم: فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور	۱۸
مبحث اول: معرفی فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور (فیدیک)	۱۸
مبحث دوم: معرفی قراردادهای فیدیک	۲۰
گفتار اول: انواع نمونه قراردادهای فیدیک	۲۰
الف) کتاب قرمز و کتاب زرد	۲۱
ب) کتاب نارنجی	۲۲
گفتار دوم: تحولی در قراردادهای فیدیک در سال ۱۹۹۹	۲۳
گفتار سوم: فیدیک در خاور میانه	۲۵
بخش دوم: حل اختلاف توسط مهندس مشاور موضوع ماده ۶۷ نمونه قراردادهای فیدیک	۲۷
فصل اول: مهندس مشاور و چگونگی حلوفصل اختلافات توسط او ماهیت حقوقی و نحوه اجرای تصمیمات	۲۸
مبحث اول: مهندس مشاور فیدیک	۲۸
گفتار اول: نقش مهندس مشاور در اجرای طرح (پروژه) یا (پیمان)	۲۸
گفتار دوم: حل و فصل اختلافات توسط مهندس مشاور	۳۰
مبحث دوم: چگونگی اتخاذ تصمیم توسط مهندس مشاور و نحوه اجرای آن	۳۲
گفتار اول: شرایط رسیدگی به اختلاف	۳۲
الف) وجود اختلاف	۳۴
ب: ارجاع اختلاف به مهندس مشاور برای تصمیم گیری	۳۷
ج: اتخاذ تصمیم ظرف مهلت مقرر	۳۹

گفتار دوم: نحوه اجرای تصمیم مهندس مشاور.....	۴۱
الف: عدم اجرای تصمیم لازم الاجرا و نهایی شده مهندس مشاور از سوی یکی از طرفین	۴۲
ب: اعلام نارضایتی و ارجاع اختلاف به داوری	۴۳
فصل دوم: نقش داور مندرج در ماده ۶۷ نمونه قراردادهای فیدیک به رغم وجود مهندس مشاور	۴۸
مبحث اول : امکان ارجاع مستقیم اختلافات به داوری علیرغم وجود مهندسان مشاور	۵۰
گفتار اول: در صورت عدم وجود مهندس مشاور.....	۵۰
گفتار دوم: عدم اجرای تصمیم نهایی و لازم الاجرا شده مهندس مشاور توسط یکی از طرفین.....	۵۱
گفتار سوم: اختلافات غیر فنی.....	۵۶
مبحث دوم: مقررات خاص حاکم بر دخالت داور در خصوص تصمیمات مهندسان مشاور	۵۷
گفتار اول: اختیار کامل داور در بازنگری تصمیم مهندس مشاور.....	۵۷
گفتار دوم: ادای شهادت از سوی مهندس مشاور.....	۵۷
گفتار سوم: ارائه ادله قبلی ابراز شده در برابر مهندس مشاور و یا ارائه ادله جدید.....	۵۸
گفتار چهارم: ارجاع به داوری قبل یا بعد از تکمیل کار پروژه.....	۵۸
گفتار پنجم: تسری شرط داوری قرارداد اصلی به قراردادهای فرعی.....	۵۹
نتیجه گیری بخش دوم.....	۶۱
بخش سوم: کمیته حل اختلاف	۶۳
فصل اول: مفهوم، پیشینه و انواع	۶۵
مبحث اول: مفهوم.....	۶۵
گفتار اول: تعریف.....	۶۵
گفتار دوم: تفکیک از نهادهای مشابه.....	۶۶
الف: تفکیک از داوری	۶۶
ب: تفکیک از مهندس مشاور	۶۸
مبحث دوم: پیشینه	۶۹
مبحث سوم: انواع.....	۷۰
گفتار اول: از حیث زمان تشکیل.....	۷۰
گفتار دوم: از حیث تعداد اعضا.....	۷۱
گفتار سوم: از حیث نتیجه.....	۷۲
الف: هیات (کمیته) بررسی کننده اختلاف.....	۷۲
ب: هیات (کمیته) رسیدگی کننده اختلاف.....	۷۳
ج: هیات (کمیته) مرکب حل اختلاف	۷۴

فصل دوم: فواید، نحوه تشکیل کمیته، نحوه ارجاع و رسیدگی به اختلاف.....	۷۵
مبحث اول: فواید مراجعه به کمیته حل اختلاف.....	۷۵
گفتار اول: نظارت بر نحوه اجرای پروژه.....	۷۶
گفتار دوم: حل و فصل اختلافات.....	۷۷
مبحث دوم: نحوه تشکیل کمیته حل اختلاف.....	۷۹
گفتار اول: ویژگیهای اعضای کمیته.....	۸۱
الف: ویژگیهای عمومی.....	۸۱
۱: تجربه کافی و شناخت نسبت به قرارداد.....	۸۱
۲: سایر توانایی ها.....	۸۲
ب: ویژگیهای اختصاصی.....	۸۲
۱: داشتن صلاحیتهای لازم.....	۸۲
۲: استقلال.....	۸۳
۳: بیطرفی و انصاف.....	۸۴
مبحث سوم: چگونگی ارجاع و اظهار نظر.....	۸۶
گفتار اول: موافقتنامه ارجاع به کمیته حل اختلاف.....	۸۶
الف: شرایط کلی موافقتنامه.....	۸۶
ب: تکالیف اعضای کمیته.....	۸۸
ج: تکالیف طرفین اختلاف.....	۸۹
د: مستثنیات عدم رجوع به کمیته علیرغم وجود موافقتنامه.....	۹۱
۱: عدم تشکیل کمیته حل اختلاف.....	۹۱
۲: عدم اجرای تصمیم نهایی و لازمالاجرای کمیته.....	۹۲
۳: بروز دعاوی حقوقی و غیرفنی.....	۹۳
گفتار دوم: قواعد حاکم بر رسیدگی و اظهار نظر کمیته.....	۹۵
فصل سوم: تصمیمات کمیته و نحوه اجرای آن.....	۹۷
مبحث اول: تصمیمات کمیته حل اختلاف.....	۹۷
گفتار اول: شکل تصمیم گیری.....	۹۸
الف: از ادعا تا اختلاف.....	۹۸
۱: طرح ادعا از سوی پیمانکار.....	۹۸
۲: طرح ادعا از سوی کارفرما.....	۱۰۲
ب: از اختلاف تا تصمیم گیری نهایی.....	۱۰۴

گفتار دوم: ماهیت حقوقی تصمیمات.....	۱۰۶
الف: تصمیم کمیته، رای دارای اعتبار قراردادی.....	۱۰۸
ب: تصمیم کمیته ، رای دارای ماهیت قضایی.....	۱۱۰
ج:تصمیم کمیته، رای دارای ماهیت مستقل.....	۱۱۳
مبحث دوم: نحوه اجرای تصمیمات.....	۱۱۳
گفتار اول: تابعیت از قرارداد پایه.....	۱۱۵
گفتار دوم: امکان اعمال کنوانسیون نیویورک درباره نحوه اجرای آراء داوری بین المللی.....	۱۲۰
نتیجه گیری:.....	۱۲۸
پیشنهادهای.....	۱۳۰
ضمیمه ۱: متن کامل ماده ۲۰ نمونه قراردادهای ۱۹۹۹ فیدیک.....	۱۳۱
ضمیمه ۲ : مقررات کمیته حل اختلاف اتاق بازرگانی بین المللی مصوب ۲۰۰۴.....	۱۳۵
منابع.....	۱۵۲

مقدمه:

حجم مبادلات تجاری در حال رشد روز افزون است و متعاقب آن گریزی از بروز اختلاف نیست. پیشینه وجود دادگاه تجاری در کنار دیگر انواع دادگاهها در کشورهایمانند انگلستان^۱ بیانگر آن است که همواره اختلافات تجاری متفاوت از دیگر انواع اختلافات بوده است. در روند حل و فصل اختلافات تجاری سعی بر آن بوده تا شیوه‌هایی به کار گرفته شود که با سرعت در روابط تجاری در تعارض نباشد و جوانب تخصصی بودن رسیدگی رعایت شود. به همین دلیل بود که به تدریج در کنار رسیدگی در دادگاه، داوری به عنوان اولین شیوه خصوصی حل و فصل اختلافات در زمینه دعاوی تجاری پا به عرصه گذاشت و در طول ربع آخر قرن بیستم، داوری تجاری بین‌المللی به عنوان شیوه عادی حل و فصل اختلافات تجاری در عرصه بین‌المللی مقبولیت یافت، قوانین داخلی کشورها در این باره روزآمد شدند و کنوانسیون‌های بین‌المللی راجع به داوری و نحوه اجرای آراء داوری در دیگر کشورها به امضا رسید. در دعاوی داخلی، طرفین به دنبال دستیابی به حکم لازم الاجرا و نهایی هستند و مسلماً برای ایشان مراجعه به محاکم قضایی بر داوری برتری دارد. در حالی که در اختلافات بین‌المللی امکان دستیابی به احکام لازم الاجرا و قطعی میسر نیست زیرا هیچ دادگاه بین‌المللی صالحی برای رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی وجود ندارد. برای اساس تنها دو گزینه برای حل اختلاف باقی می ماند؛ رجوع به دادگاه ملی یا رجوع به داوری بین‌المللی و به نظر می رسد رسیدگی داوری با تأمین منافع خصوصی طرفین و اجرای عدالت قرابت بیشتری دارد.^۲

از آنجا که طرفین با توافق و تراضی به داوری مراجعه می کنند، بدیهی است به اجرای نتایج حاصل از آن نیز میل و رغبت بیشتری نشان می دهند. ضمن اینکه فرایند پیچیده، طولانی و توأم با تشریفات دادرسی‌های عمومی که به لحاظ طبع عمومی آن امری اجتناب ناپذیر است در رسیدگی‌های داوری جاری نبوده و همین امر تسریع در حل و فصل اختلافات را تضمین می کند. بر

^۱ - در انگلستان اختلافات خارج از دادگاههای شاهی، بوسیله دادگاه بخش و کلیسایی حل و فصل می شد و در صورت لزوم دادگاههای بازرگانی که امتیاز دادرسی در برخی دعاوی به آنها واگذار شده بود به حل و فصل اختلافات می پرداختند. این دادگاهها مقررات شهری یا عرفهای بین‌المللی بازرگانی را اجرا می کردند. ر. ک به رنه دیوید، کلامی ژوفره اسپینوزی ترجمه دکتر سیدحسین صفایی، "درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر"، نشر میزان؛ چاپ ششم، ۱۳۸۴ ص ۱۵۶

^۲ - در ابتدا داوری در عرصه سرمایه‌گذاری خارجی برای جلوگیری از اجحاف در حق سرمایه‌گذار خارجی در دادگاههای ملی کشور سرمایه پذیر رواج یافت، لیکن تحولات دهه اخیر که درخصوص داوری‌های بین‌المللی در این زمینه به عمل آمده، آراء صادره بیشتر به سود سرمایه‌گذاران خارجی رقم خورده است.

این مینا حذف یا به حداقل رساندن تشریفات رسیدگی با ماهیت معاملات بازرگانی بین‌المللی و آثار ناشی از آن، یعنی لزوم سرعت و سهولت هماهنگی پیدا می‌کند. به همین دلیل است که در روابط بازرگانی بین افراد با تابعیت یا اقامتگاه‌های مختلف، که نوعی احساس بی‌اعتمادی نسبت به دادگاه‌های دولتی و ترس از پیچیدگی‌های ناشی از سیستم تعارض دادگاه‌ها وجود دارد؛ طرفین ترجیح می‌شوند تا به جای مراجعه به دادگاه‌های ملی به داوران منتخب خود مراجعه کنند. این امر به‌ویژه در روابط بین دولت‌ها و افراد خارجی طرف قرارداد با دولت مورد توجه قرار می‌گیرد. بی‌شک داوری به‌عنوان یک روش خصوصی و روش حل‌وفصل اختلاف در خارج از دادگاه، از مزایای بسیاری نسبت به رسیدگی‌های قضایی برخوردار بوده و روشن است هنگامی که اختلاف جنبه بین‌المللی به خود می‌گیرد که ترازو به نفع داوری سنگین تر می‌شود.

پیشرفت‌های قابل ملاحظه در مقررات و تشکیلات رسیدگی‌های داوری در عرصه بین‌المللی با میزان و کیفیت سرمایه‌گذاری‌های صنعتی و اقتصادی و به تبع آن ارتقای شاخص‌های رفاه اقتصادی و اجتماعی ملت‌ها ارتباط مستقیم و تنگاتنگی دارد. دولت‌هایی که در امر سرمایه‌گذاری و پیشرفت‌های اقتصادی پیش تاز هستند، عملاً دارای یک نظام حقوقی داوری جامع، عادلانه و توأم با حداکثر تسهیلات و حداقل تشریفات و محدودیت‌ها هستند. تا بدانجا که کوتاه زمانی پس از جنگ جهانی اول در سال ۱۹۱۹، گروهی از مردان سرشناس و برجسته از جامعه بازرگانی آمریکا، انگلستان، فرانسه، بلژیک و ایتالیا گرد هم آمدند و به‌منظور ترویج و پیشبرد صلح جهانی، سازمانی را بنیان نهاد و آن را "اتاق بازرگانی بین‌المللی" نامیدند.

یکی از روش‌هایی که اتاق بازرگانی بین‌المللی برای پیشبرد و پشتیبانی از اقتصاد جهانی اتخاذ کرده، توسعه و گسترش «داوری تجاری بین‌المللی» است. از همین رو، از سال ۱۹۲۳ یک سازمان داوری موسوم به دیوان بین‌المللی داوری به صورت تشکیلات وابسته به اتاق بازرگانی بین‌المللی، تشکیل شده است. دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی از ابتدای تأسیس در سال ۱۹۲۳، در توسعه داوری به عنوان یک روش برگزیده برای حل و فصل دعاوی و اختلافات بازرگانی بین‌المللی از دعاوی مربوط به معاملات خرد خرید و فروش گرفته تا دعاوی و اختلافات کلان مربوط به طرح‌های بزرگ زیر بنایی که با تأمین مالی دولت‌ها اجرا می‌شود، همواره پیشاهنگ بوده است.

طبق آمار موجود در وب سایت اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۲۰۰۷ که تعداد ۱۶۱۱ دعاوی جدید از ۱۲۶ کشور مختلف، در دبیرخانه دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی به ثبت رسیده، تنها در ۷۸ مورد آن، یکی از طرفین، شخص دولتی بوده و در سایر موارد، دعاوی میان اشخاص خصوصی مطرح شده است. در همین سال ۳۴۹ رای از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی صادر

شد که ۲۲۳ رای نهایی، ۹۶ رای موقتی و ۳۰ مورد با سازش مختومه شدند.^۱ کارنامه سال یادشده و کارنامه دیگر سال‌های اتاق که جای تفصیل آن در اینجا نیست، دیوان را به معتبرترین، برجسته‌ترین و با تجربه‌ترین سازمان داوری در عرصه جهانی تبدیل کرده است. به رغم آنچه در باب فواید داوری گفته شده و می‌شود، گاه پیش می‌آید که رجوع به داوری نتواند مطلوب باشد. طبق قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی و روند رسیدگی و مهلت‌های مندرج در قواعد مزبور، در فرضی که هیچ اعتراضی در حین تشکیل پرونده در دبیرخانه یا در تنظیم موافقتنامه داوری و یا در دادگاه داوری صورت نگیرد، یک فرآیند داوری پرسرعت، حداقل ۶ ماه الی یک سال به طول خواهد انجامید.^۲ بدیهی است در اجرای قراردادهای بین‌المللی پیمانکاری طولانی مدت که لازم است اختلافات بلافاصله و در محل اجرای پروژه حل و فصل شود، مراجعه مستقیم به داوری اساساً نمی‌تواند پاسخ‌گوی نیازهای طرفین آن باشد چه بسا ممکن است لطمات مالی فراوانی را به پروژه وارد نماید. در چنین قراردادهایی ضرورت دارد اقدامی سریع، برای جلوگیری از یک ضرر فاحش و آسیب جبران ناپذیر یا تأمین دلیلی که در معرض نابودی است، به عمل آید. به عنوان مثال، بسیار پیش می‌آید که کارفرما قصد مطالبه مبلغ ضمانتنامه حسن اجرای تعهدات عندالمطالبه‌ای را دارد که پیمانکار به او ارائه داده است در حالی که از دید پیمانکار چنین اقدامی یک سوء استفاده از حق است و از نظر فنی، پیمانکار به تمامی تعهدات خود عمل کرده است و کارفرما در آن لحظه مستحق دریافت مبلغ ضمانتنامه نیست؛ یا در مواردی که پیمانکار مواد اولیه خریداری شده به حساب کارفرما را در عملیاتی غیر از موضوع پیمان استفاده می‌کند و از این طریق به پیشبرد پروژه آسیب می‌زند.

در چنین وضعیتی رجوع به نهادهای سنتی حل اختلاف نظیر دادگاه‌های ملی و یا حتی داوری‌های بین‌المللی که مزایای آن در بالا اشاره شد؛ رضایت بخش نیست. گرچه برای تقاضای صدور دستور موقت یا قرار تأمین، امکان توسل به دادگاه‌های ملی همواره وجود دارد، اما لازمه این اقدام اولاً وجود نهادی به نام دستور موقت در کشوری است که پیمانکار یا کارفرما یک قرارداد بین‌المللی باید از آنجا تقاضای صدور دستور موقت کند و ثانیاً به فرض وجود چنین نهادی، باید بررسی شود که آیا مرجع قضایی موردنظر بسته به تقاضای مطرح شده از سوی یکی از طرفین یک قرارداد پیمانکاری بین‌المللی، اختیار صدور چنین دستوری را خواهد داشت یا خیر؟ ضمن آنکه به فرض وجود چنین اختیاری، مقام رسیدگی‌کننده ناچار است که به لحاظ تخصصی بودن موضوع ضمن

^۱ - www.iccwbo.org

۲- ر.ک. ماده ۵ بند ۱ و ۶، ماده ۸ بند ۲، ماده ۱۸ بند ۲ و ماده ۲۴ بند ۱ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی

استمداد از کارشناسان فنی پروسه‌ای طولانی را طی نماید. حتی در مواردی که مقام رسیدگی - کننده داوری باشد، اختیار داوران در صدور دستور موقت در همه نظام‌های حقوقی اگر به صراحت نگوییم مورد قبول واقع نشده، دست کم مورد تردید قرار گرفته است.^۱

پاسخ این سوالات را باید در قوانین داخلی کشورها جست‌وجو کرد و بدیهی است که این تفحص در قوانین داخلی کشورها، برای طرفین یک قرارداد پیمانکاری بین‌المللی امری دشوار خواهد بود. در اینجا است که لزوم یک نهاد حل اختلاف مفید و موثر که به جوانب فنی کار تسلط داشته باشد و بتواند موضوع متنازع فیه را فوراً رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند، احساس می‌شود.

اگرچه در آغاز یکی از اهداف داوری، رسیدگی تخصصی و سریع به امور بوده اما نهاد داوری از این هدف دور مانده و با رسوخ تدریجی برخی مقررات شکلی رسیدگی‌های دولتی در آن، نتوانسته آیین رسیدگی متناسب با اهدافش ایجاد نماید.

فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک)^۲ به عنوان یک نهاد تخصصی بین‌المللی، با پیش بینی هیأت تخصصی حل اختلاف در نمونه قراردادهای پیمانکاری ساخت و الزام کارفرمایان و پیمانکاران در رعایت این مقرر قراردادی در صورت درج در قرارداد خود، قدمی بزرگ در این زمینه برداشته است که به نظر می‌رسد این راهکار با مقتضیات دعاوی قراردادهای ساخت بین‌المللی مناسب تر از داوری است.

در این کتاب هدف آن است تا ضمن بررسی چگونگی حل اختلاف توسط نهادهای تخصصی پیش-بینی شده در نمونه قراردادهای فیدیک، ماهیت و نحوه اجرای چنین تصمیماتی در مقایسه با داوری تحلیل کرده و با توجه به وجود تفاوت میان داوری و نهادهای شبه داوری از جمله سازوکار

^۱ - ماده ۸۱۸ قانون ۵ ژانویه ۱۹۹۴ داوری بین‌المللی ایتالیا "داوران مجاز به صدور دستور یا توقیف یا سایر اقدامات تأمینی نیستند". ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر می‌دارد "هریک از طرفین قبل یا حین رسیدگی داوری می‌تواند از رئیس دادگاه موضوع ماده ۶ صدور قرار تأمین یا دستور موقت را درخواست کند. همچنین ماده ۱۷ همان قانون می‌گوید "داور می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج تعیین تکلیف فوری است به درخواست هریک از طرفین دستور موقت صادر کند مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. داور می‌تواند مقرر نماید که مقتضای تأمین مناسبی بسپارد. در هر صورت چنانچه طرف دیگر تأمین بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، داور از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد."

^۲ - Federation Internationale des Ingenieurs Conseils

(FIDIC) معادل معنای فرانسوی فدراسیون مورد نظر است.

حل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری بین المللی، رجوع به روش حل اختلافات پیش بینی شده در چارچوب قراردادهای نمونه فیدیک (مهندس مشاور و کمیته های حل اختلاف) بر مراجعه مستقیم به داوری از حیث سرعت در رسیدگی، کم هزینه بودن آنها و لزوم اجرای فوری تصمیمات اشخاص ثالث مداخله کننده برای حل اختلاف، بر داوری بین المللی ترجیح دارد. همچنین استفاده از شروط حل اختلاف پیشنهادی نمونه قراردادهای فیدیک در حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای پیمانکاری بین المللی تنظیمی فیما بین کارفرمایان دولتی و پیمانکاران خارجی می تواند مشمول محدودیت های قانونی کشور کارفرما در ارجاع به داوری از جمله اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران نباشد. ضمن اینکه با توجه به شرط ضمن عقد بودن ارجاع به شیوه های پیشنهادی نمونه قراردادهای فیدیک، ارجاع مستقیم به داوری بدون رعایت این شروط، نقض قراردادی محسوب شده و دیوان به دلیل نقض شرط قراردادی، خود را برای رسیدگی به اختلاف صالح نمی داند.

در این مقدمه جا دارد اشاره شود که شیوه های مورد بحث در این کتاب در منابع موجود فعلی در ذیل عنوان شیوه های جایگزین حل اختلاف قرار گرفته اند. در بررسی های به عمل آمده در مقالات و منابع موجود داخلی^۱ نظر به جدید بودن این شیوه ها، می توان چنین ادعا نمود که منابع فعلی به طور کلی بیشتر به معرفی شیوه های جایگزین حل اختلاف یا ADR پرداخته اند. مثلاً دکتر لعیا جنیدی در کتاب "اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی" با اعتقاد بر اینکه شیوه های ADR در زمره شیوه هایی هستند که هم مراجعه به آنها و هم اجرای نتایج حاصل از آنها، اختیاری است برخلاف داوری که ارجاع به آنها اختیاری و اجرای نتایج آنها اجباری است، ضمن توضیح درباره لزوم

^۱ - سید حسین صفایی، *مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۴)

* لعیا جنیدی، *اجرای آرای داوری خارجی*، (تهران: نشر موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، بهار ۱۳۷۸)

• ستار زرکلام، *تفکیک بین نهادهای شبه داوری از داوری در قراردادهای پیمانکاری بین المللی*، تهران، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، (زمستان ۱۳۸۳)

• ----- معایب و مزایای میانجی گری داوری MED-ARB، *مجله کانون وکلای دادگستری مرکز*، شماره ۲ جدید یا ۱۷۱ پیاپی، (دی ماه ۱۳۷۹)

• منوچهر توسلی چهرمی، "نگاهی به شیوه های جایگزین حل اختلاف ADR در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین المللی"، *مجله حقوقی دفتر خدمات*، شماره ۲۶ و ۲۷، (پاییز ۱۳۸۱-۱۳۸۰)

• امیر محمد اسکندری، "بررسی نقش تکمیلی روش های حل اختلاف جایگزین ADR در حل و فصل دعاوی مربوط به ضمان قهری"، *مجله کانون وکلا*، شماره ۲۲ جدید و ۱۹۱ پیاپی، (زمستان ۸۴)

دخالت متخصصان اهل فن برای جلوگیری از بروز وقفه در اجرای پروژه‌های قراردادی، به معرفی انواع تکنیک‌های حل اختلاف پرداخته‌اند و وجه مشترک آنها را در غیرالزام آور بودن آن دانسته‌اند.

این در حالی است که باید میان میانجی‌گری که یک شیوه تسهیل کننده در جهت حل اختلاف است و تصمیم کارشناسانه یک کمیته تخصصی حل اختلاف که هرچند موقتی اما قاطع و فیصله دهنده دعو می‌باشد، تمایز قائل شد.

دکتر ستار زرکلام در رساله دکترای خود که البته به زبان فرانسوی است به طور کلی و در منبع مندرج در پاورقی شماره یک در صفحه قبل به‌طور خاص به جنبه‌هایی از نهاد شبه داوری در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی پرداخته‌اند. در این کتاب مولف بر آن است تا رویه‌های عملی بیشتری را به صورت مطالعه موردی با مراجعه به مجموعه احکام صادره از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در ارتباط با فیدیک و قراردادهای پیمانکاری مورد بررسی قرار داده تا ضمن ارائه رویه عملی موجود، یافته‌های حاصل از این کتاب، پل اطمینانی برای استفاده از شیوه‌های حل اختلاف فیدیک در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی باشد. همچنین در دیگر منابع موجود در زیرنویس شماره یک در صفحه قبل، همانگونه که از عنوان آنها بر می‌آید، انواع مختلف شیوه‌های جایگزین بحث شده‌اند و ملاحظه می‌شود که ضمن کلی نگری به شیوه‌های جایگزین، به نتایج حاصل از آنها نیز اعتبار قراردادی داده‌اند و غالباً بر این باورند که چون نتیجه چنین شیوه‌های رسیدگی در قالب یک سند یا قرارداد به امضای طرفین می‌رسد، ارزشی فراتر از یک قرارداد ندارد و در حکم رای داور قرار نمی‌گیرند. لذا در صورت عدم اجرای مفاد چنین سندی، بر طرفین لازم می‌داند تا در مراجع قضایی یا داوری طرح دعوا نمایند. اما رنه داوید حقوقدان برجسته فرانسوی^۱ با اظهار اینکه شخص بی‌طرفی که از سوی طرفین قرارداد مامور رسیدگی به اختلاف شده و از سوی طرفین به وی اختیار تصمیم‌گیری داده شده است، نه تنها یک کارشناس صرف نیست، بلکه داوری است که باید تمامی اختیارات داور نیز به وی تفویض گردد، لذا به طور ضمنی آن را نهاد جدیدی نمی‌دانند و در قالب داوری جای می‌دهند.

تاکنون در منابع داخلی به حل و فصل اختلاف در قراردادهای بین‌المللی پیمانکاری فیدیک توسط شخص ثالث بی‌طرف به طور خاص و ارتباط آن با آرای مربوط به دعاوی ساخت بین‌المللی صادر شده از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پرداخته نشده است. حتی در دو مرجع بین‌المللی

^۱. R.David, L arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, ۱۹۸۲, p ۱۰

پیشرو در این زمینه مانند فیدیک و اتاق بازرگانی بین المللی که به تدوین مقرراتی در این زمینه پرداخته‌اند، تحلیلی از نحوه اجرای آن و چگونگی بررسی اعتبار آنها ارائه نشده است.

با توجه به ضرورت سرعت در حل دعاوی مربوط به اختلافات پیمانکاری ساخت بین المللی و توصیه استفاده از این شیوه‌ها به پیمانکاران و کارفرمایان در عرصه بین المللی، در این کتاب ضمن معرفی فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور و نحوه حل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین المللی در نمونه قراردادهای این سازمان به عنوان یک نهاد پیشرو در این زمینه و تأکید بر تصمیمات مهندسان مشاور و کمیته‌های حل اختلاف پیش‌بینی شده در قراردادها و بررسی آرای مرتبط صادر شده از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی، مبانی مناسبی برای اعتبار مشابه آنها با رای داوری پیدا کرده تا اجرای سریع آراء صادره را تحت کنوانسیون‌های مربوط به اجرای رای داور، تضمین گردد و عمدتاً به سوالات زیر پاسخ دهیم:

۱- با توجه به مبنای مشترک تمامی روش‌های حل و فصل خارج از دادگاه، چه تفاوتی میان نهاد داوری و نهادهای شبه داوری، نظیر ارجاع به مهندس مشاور و کمیته‌های حل اختلاف وجود دارد و آیا مزیتی از حیث سرعت و مقرون به صرفه بودن، بر داوری دارند یا خیر؟

۲- با توجه به اینکه طرف اغلب قراردادهای پیمانکاری بین المللی دولت‌ها هستند و پیمانکاری‌ها اغلب جزء قراردادهای سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود، آیا شرط ارجاع به نهادهای شبه داوری مثل ارجاع دعوا به نهادهایی چون کارشناسی، مهندس مشاور یا کمیته‌های تخصصی حل اختلاف کماکان مشمول محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی در نظام حقوقی ایران است یا خیر؟

۳- آیا می‌توان شروط ارجاع دهنده به مهندسان مشاور یا کمیته حل اختلاف را نادیده گرفت و مستقیماً به داوری رجوع کرد؟ به عبارتی مرز صلاحیت دیوان داوری با وجود پیش‌بینی این شیوه‌ها به صورت شرط ضمن قرارداد تا کجا خواهد بود؟

قبل از ورود به بحث، جا دارد به مشکلات و تنگناهایی که در مسیر تالیف این کتاب قرار داشته است، اشاره شود. مهم‌ترین مسئله، عدم وجود منابع کافی داخلی و دشواری دسترسی به منابع خارجی، ترجمه همزمان منابع خارجی و بولتن‌های اتاق بازرگانی بین المللی و استفاده از آنها بود. به منظور کاستن از بار محدودیت‌ها، با عضویت در کتابخانه الکترونیکی اتاق بازرگانی بین المللی امکان دسترسی به آرای متعدد مرتبط با موضوع فراهم شد. به علاوه با شرکت در سمینارهای مختلف

خارجی و مرتبط با موضوع و مذاکره با اکثر نویسندگان مقالات و کتب که در ذیل نوشتار حسب مورد به آنها ارجاع شده است، دسترسی به منابع ارزشمند مقدور شد. البته با توجه به نوین بودن شیوه‌های مورد بحث و عدم استفاده از آنها توسط پیمانکاران و یا کارفرمایان ایرانی رویه عملی داخلی وجود نداشت و همین امر، تحلیل آراء دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی مرتبط با دعاوی قراردادهای فیدیک با توجه به جنبه فنی و تکنیکی و صدور آنها در نظام های حقوقی دیگر را دشوارتر می‌نمایاند.

با توجه به اینکه قراردادهای پیمانکاری بین المللی در زمره قراردادهای تجاری قرار دارند، به همین منظور در بخش اول این کتاب که دو فصل عمده دارد، بدو به شیوه های حل و فصل اختلافات تجاری در عرصه بین المللی و در فصل دوم به معرفی سازمان فیدیک و قراردادهای آن پرداخته می‌شود. در بخش دوم به صورت اختصاصی در دو فصل؛ به چگونگی رسیدگی مهندسان مشاور و ماهیت حقوقی تصمیمات و نحوه اجرای آن و در فصل دوم آن بخش نقش داور مندرج در قراردادهای فیدیک به رغم وجود مهندس مشاور بررسی می شود. بخش سوم ناظر به کمیته حل اختلاف فیدیک است که در سه فصل؛ فصل اول، مفهوم و پیشینه و انواع کمیته ها، فصل دوم، فواید، نحوه تشکیل و آیین رسیدگی به اختلافات و فصل سوم به نحوه اجرای تصمیم کمیته حل اختلاف بحث اختصاص دارد.

بخش اول: نگاهی به انواع روش های حل اختلافات و فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور

فصل اول: شیوه های حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی

چنانچه در یک تقسیم بندی کلی اختلافات تجاری را به دو دسته حقوقی و فنی تقسیم کنیم، برخی از آنها، مانند تفسیر مفاد یک قرارداد یا نوع مسئولیت قراردادی، صرفاً حقوقی است و در مقابل، در برخی موضوعات دیگر همچون بازرسی فنی یک وسیله با توجه به نقشه های ساخت آن، ارزیابی خسارت وارده، موضوعات تخصصی در حیطه اختلافات رایانه ای، نحوه ساخت کالاهایی که با علایم تجاری خاص و تحت قراردادهای لیسانس (اعطای مجوز بهره برداری) به بازار عرضه می- شوند، جنبه فنی نسبت به جنبه حقوقی پررنگ تر است و اساساً اظهار نظر پیرامون آن ها از تخصص یک حقوقدان خارج است. ضمن آنکه استمداد از کارشناسان فنی در جریان تصمیم گیری، موجب تطویل رسیدگی و نقض غرض در تخصصی نمودن رسیدگی هاست. چه بسا به دلیل عدم اشراف به کل موضوع، اهمیت امر بر مقام رسیدگی کننده، مسجل نشود و جنبه تخصص در رسیدگی ها به بوته فراموشی سپرده شود.

شیوه های حل اختلاف را می توان به انواع مختلفی تقسیم نمود؛ به عنوان مثال چنانچه مبنای تقسیم بندی، نتیجه حاصل از این شیوه ها باشد، می توان به شیوه هایی که منتهی به نتایج الزام آور می شوند مانند رسیدگی دآوری و قضایی از یکسو و سازش و میانجی گری از سویی دیگر تقسیم نمود و چنانچه معیار تقسیم بندی را نحوه انتخاب شخص ثالث رسیدگی کننده قرار دهیم که در این فصل ملاک و معیار ما نیز هست، می توان به رسیدگی در دادگاه های ملی که طرفین دعوی هیچ نقشی در انتخاب مقام ثالث ندارند و سایر شیوه ها چون دآوری، رسیدگی کارشناسی، کمیته تخصصی حل اختلاف، سازش و ... که شخص ثالث بی طرف منتخب طرفین است، اشاره نمود.

مبحث اول: حل و فصل اختلافات توسط مراجع قضایی ملی

با توجه به اینکه نظام قضایی هر کشوری از مؤلفه های اقتدار آن در داخل قلمرو سرزمینی آن محسوب می شود، لذا بنا به اصل کلی حق دادخواهی و تظلم خواهی، با توافق خصوصی نمی توان حق مراجعه به دادگاه های ملی را از اشخاص سلب کرد. گرچه مراجعه به دادگاه های ملی در عرصه اختلافات تجاری بین المللی بنا به تنوع اصحاب دعوی، بی اعتمادی و عدم تخصص دادگاه های ملی کمتر مورد استقبال قرار می گیرد، اما در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی و نمونه قراردادهای فیدیک، مقرره ای در زمینه سلب صلاحیت دادگاه های ملی به چشم نمی خورد و این موضوع که