



دانشگاه علامه طباطبائی

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

عنوان:

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

پایان نامه جهت اخذ مدرک کارشناسی ارشد در حقوق تجارت بین الملل

استاد راهنما: جناب آقای دکتر فیصل عامری

استاد مشاور: جناب آقای دکتر ستار زرکلام

تحقیق و تدوین: الهام انیسی

شهریور ۱۳۸۹



Alame Tabatabaee University
Faculty of LAW & Political Sciences

Subject:

**Dispute settlement in international
construction contracts with special
respect to FIDIC contracts' conditions**

Thesis for grade Master of International Commercial Law

Thesis Advisor : Dr Faysal Ameri

Consulting Advisor : Dr Sattar Zarkalam

Written by: Elham Anisi

September 2010



خداوندا

**لطف بیکرانت را سپاس که مرا یارای نوشتن
آموخت**

تقدیرم را تو زیبا بنویس

بارخدا یا

**یاریم کن سپاس گویم آنان را که در مسیر رشد
و بالندگی یاریم کردند**

چکیده:

ویژگی های قراردادهای پیمانکاری بین المللی از جمله لزوم اجرای سریع پروژه موضوع آن و حجم قابل توجه نیروهای انسانی، مادی، فنی و مالی بکار گرفته شده، ایجاب می کند که اختلاف ناشی از آن ها به سرعت و در محل اجرای پروژه حل و فصل شوند، در غیر اینصورت لطمات مالی فراوانی را به پروژه وارد خواهد نمود. بنابراین علیرغم آنچه در باب فواید داوری همواره گفته می شود در خصوص قراردادهای مورد بحث کارساز نخواهد بود. فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور (فیدیک) بعنوان یک نهاد تخصصی بین المللی در نمونه قراردادهای تدوینی خود قبل از سال ۱۹۹۹ ارجاع اختلافات به مهندس مشاور را پیش بینی نمود. ولی از آنجا که مهندس مشاور نماینده کارفرما بود و به لحاظ مالی و اداری به او وابستگی داشت و بیم تضییع حق پیمانکار می رفت، از سال ۱۹۹۹ به بعد در قراردادهای نمونه تدوینی با پیش بینی کمیته تخصصی حل اختلاف و الزام کارفرمایان و پیمانکاران در رعایت این مقررہ قراردادی در صورت درج در قرارداد خود، قدمی بزرگ در این زمینه برداشته است که یک نوآوری بزرگی در سابقه کار این فدراسیون بحساب می آید. مبانی تشکیل و ماهیت تصمیم گیری این کمیته های تخصصی نه تنها بی شباهت با داوری نیست بلکه مزایای بیشتری را برای طرفین آن بهمراه دارد که می توان به جرات آنها را یک نهاد پیشرفته تر از داوری قلمداد نمود.

کلید واژه ها: فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور، مهندس مشاور، کمیته حل اختلاف، داوری، کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی (کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸).

| | |
|---|----|
| مقدمه: | ۱۱ |
| بخش اول: نگاهی به انواع روش های حل اختلافات و فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور | ۱۹ |
| فصل اول: شیوه های حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی | ۱۹ |
| مبحث اول: حل و فصل اختلافات توسط مراجع قضایی ملی | ۱۹ |
| مبحث دوم: سایر روشها غیر از دادگاههای ملی (روشهای دوستانه حل اختلاف) | ۲۰ |
| گفتار اول: شیوه های تسهیل کننده | ۲۱ |
| گفتار دوم: شیوه های تعیین کننده و یا صادر کننده رای | ۲۲ |
| الف: پیش داوری یا pre arbitral referee | ۲۲ |
| ب : مهندس مشاور موضوع قراردادهای نمونه فیدیک | ۲۳ |
| فصل دوم: فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور | ۲۴ |
| مبحث اول: معرفی فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور (فیدیک) | ۲۴ |
| مبحث دوم: معرفی قراردادهای فیدیک | ۲۵ |
| گفتار اول: انواع نمونه قراردادهای فیدیک | ۲۶ |
| الف) کتاب قرمز و کتاب زرد | ۲۶ |
| ب) کتاب نارنجی | ۲۸ |
| گفتار دوم: تحولی در قراردادهای فیدیک در سال ۱۹۹۹ | ۲۹ |
| گفتار سوم: فیدیک در خاور میانه | ۳۰ |

بخش دوم: حل اختلاف توسط مهندس مشاور موضوع ماده ۶۷ نمونه قراردادهای فدراسیون بین المللی مهندسان

مشاور (فیدیک) ۳۲

فصل اول: مهندس مشاور و چگونگی حل و فصل اختلافات توسط او، ماهیت حقوقی و نحوه اجرای تصمیمات ۳۳

مبحث اول: مهندس مشاور فیدیک ۳۳

گفتار اول: نقش مهندس مشاور در اجرای طرح (پروژه) یا (پیمان) ۳۳

گفتار دوم: حل و فصل اختلافات توسط مهندس مشاور ۳۵

مبحث دوم: چگونگی اتخاذ تصمیم توسط مهندس مشاور و نحوه اجرای آن ۳۷

گفتار اول: شرایط رسیدگی به اختلاف ۳۷

الف) وجود اختلاف ۳۹

ب: ارجاع اختلاف به مهندس مشاور جهت تصمیم گیری ۴۲

ج: اتخاذ تصمیم ظرف مهلت مقرر ۴۴

گفتار دوم: نحوه اجرای تصمیم مهندس مشاور ۴۶

الف: عدم اجرای تصمیم لازم الاجرا و نهایی شده مهندس مشاور از سوی یکی از طرفین ۴۷

ب: اعلام نارضایتی و ارجاع اختلاف به داوری ۴۸

فصل دوم: نقش داور مندرج در ماده ۶۷ نمونه قراردادهای فیدیک علیرغم وجود مهندس مشاور ۵۲

مبحث اول : امکان ارجاع مستقیم اختلافات به داوری علیرغم وجود مهندسان مشاور ۵۴

گفتار اول: در صورت عدم وجود مهندس مشاور ۵۴

- ۵۶..... گفتار دوم: عدم اجرای تصمیم نهایی و لازم الاجرا شده مهندس مشاور توسط یکی از طرفین
- ۶۰..... گفتار سوم: اختلافات غیر فنی
- ۶۱..... مبحث دوم: مقررات خاص حاکم بر دخالت داور در خصوص تصمیمات مهندسان مشاور
- ۶۱..... گفتار اول: اختیار کامل داور در بازنگری تصمیم مهندس مشاور
- ۶۱..... گفتار دوم: ادای شهادت از سوی مهندس مشاور
- ۶۲..... گفتار سوم: ارائه ادله قبلی ابراز شده در برابر مهندس مشاور و یا ارائه ادله جدید
- ۶۲..... گفتار چهارم: ارجاع به داوری قبل یا بعد از تکمیل کار پروژه
- ۶۳..... گفتار پنجم: تسری شرط داوری قرارداد اصلی به قراردادهای فرعی
- ۶۵..... نتیجه گیری بخش دوم
- ۶۷..... بخش سوم: کمیته حل اختلاف
- ۶۹..... فصل اول: مفهوم، پیشینه و انواع
- ۶۹..... مبحث اول: مفهوم
- ۶۹..... گفتار اول: تعریف
- ۷۰..... گفتار دوم: تفکیک از نهادهای مشابه
- ۷۰..... الف: تفکیک از داوری
- ۷۲..... ب: تفکیک از مهندس مشاور
- ۷۳..... مبحث دوم: پیشینه

| | |
|----|---|
| ۷۴ | مبحث سوم: انواع |
| ۷۵ | گفتار اول: از حیث زمان تشکیل |
| ۷۶ | گفتار دوم: از حیث تعداد اعضا |
| ۷۶ | گفتار سوم: از حیث نتیجه |
| ۷۶ | الف: هیات (کمیته) بررسی کننده اختلاف |
| ۷۷ | ب: هیات (کمیته) رسیدگی کننده اختلاف |
| ۷۸ | ج: هیات (کمیته) مرکب حل اختلاف |
| ۸۰ | فصل دوم: فواید، نحوه تشکیل کمیته، نحوه ارجاع و رسیدگی به اختلاف |
| ۸۰ | مبحث اول: فواید مراجعه به کمیته حل اختلاف |
| ۸۰ | گفتار اول: نظارت بر نحوه اجرای پروژه |
| ۸۱ | گفتار دوم: حل و فصل اختلافات |
| ۸۳ | مبحث دوم: نحوه تشکیل کمیته حل اختلاف |
| ۸۵ | گفتار اول: ویژگیهای اعضای کمیته |
| ۸۶ | الف: ویژگیهای عمومی |
| ۸۶ | ۱: تجربه کافی و شناخت نسبت به قرارداد |
| ۸۶ | ۲: سایر توانایی ها |
| ۸۷ | ب: ویژگی های اختصاصی |

- ۱: داشتن صلاحیت های لازم..... ۸۷
- ۲: استقلال..... ۸۷
- ۳: بیطرفی و انصاف..... ۸۹
- مبحث سوم: چگونگی ارجاع و اظهار نظر..... ۹۰
- گفتار اول: موافقتنامه ارجاع به کمیته حل اختلاف..... ۹۰
- الف: شرایط کلی موافقتنامه..... ۹۰
- ب: تکالیف اعضای کمیته..... ۹۲
- ج: تکالیف طرفین اختلاف..... ۹۳
- د: مستثنیات عدم رجوع به کمیته علیرغم وجود موافقتنامه..... ۹۵
- ۱: عدم تشکیل کمیته حل اختلاف..... ۹۵
- ۲: عدم اجرای تصمیم نهایی و لازم الاجرای کمیته..... ۹۶
- ۳: بروز دعاوی حقوقی و غیر فنی..... ۹۷
- گفتار دوم: قواعد حاکم بر رسیدگی و اظهار نظر کمیته..... ۹۹
- فصل دوم: تصمیمات کمیته و نحوه اجرای آن..... ۱۰۱
- مبحث اول: تصمیمات کمیته حل اختلاف..... ۱۰۱
- گفتار اول: شکل تصمیم گیری..... ۱۰۱
- الف: از ادعا تا اختلاف..... ۱۰۲

- ۱: طرح ادعا از سوی پیمانکار..... ۱۰۲
- ۲: طرح ادعا از سوی کارفرما ۱۰۶
- ب: از اختلاف تا تصمیم گیری نهایی..... ۱۰۸
- گفتار دوم: ماهیت حقوقی تصمیمات ۱۱۰
- الف: تصمیم کمیته، رای دارای اعتبار قراردادی..... ۱۱۲
- ب: تصمیم کمیته ، رای دارای ماهیت قضائی ۱۱۴
- ج: تصمیم کمیته، رای دارای ماهیت مستقل ۱۱۷
- مبحث دوم: نحوه اجرای تصمیمات ۱۱۷
- گفتار اول: تابعیت از قرارداد پایه ۱۱۹
- گفتار دوم: امکان اعمال کنوانسیون نیویورک درباره نحوه اجرای آراء داوری بین المللی ۱۲۳
- نتیجه گیری: ۱۳۱
- پیشنهادها ۱۳۳
- ضمیمه ۱: متن کامل ماده ۲۰ نمونه قراردادهای ۱۹۹۹ فیدیک ۱۳۴
- ضمیمه ۲: مقررات کمیته حل اختلاف اتاق بازرگانی بین المللی مصوب ۲۰۰۴ ۱۳۸
- منابع ۱۴۹

مقدمه:

حجم مبادلات تجاری در حال رشد روز افزون است و متعاقباً گریزی از بروز اختلاف نیست. پیشینه وجود دادگاه تجاری در کنار دیگر انواع دادگاهها در کشورهایی مانند 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 شیوه های بکار گرفته شود که با سرعت در روابط تجاری در تعارض نباشد و جوانب تخصصی بودن رسیدگی رعایت گردد. به همین دلیل بود که به تدریج در کنار رسیدگی در دادگاه، داوری بعنوان اولین شیوه خصوصی حل و فصل اختلافات در زمینه دعاوی تجاری پا به عرصه گذاشت و در طول ربع آخر قرن بیستم، داوری تجاری بین المللی به عنوان شیوه عادی حل و فصل اختلافات تجاری در عرصه بین المللی مقبولیت یافت، قوانین داخلی کشورها در این باره روزآمد شدند و کنوانسیون های بین المللی 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 حالیکه در اختلافات بین المللی امکان دستیابی به احکام لازم الاجرا و قطعی میسر نیست زیرا هیچ دادگاه بین المللی صالحی برای رسیدگی به اختلافات تجاری بین المللی وجود ندارد. بر این اساس تنها دو گزینه برای حل اختلاف باقی می ماند که عبارتند از: رجوع به دادگاه ملی و یا رجوع به داوری بین المللی و بنظر می رسد رسیدگی داوری با تامین منافع خصوصی طرفین و اجرای عدالت قرابت بیشتری دارد^۲.

از آنجا که طرفین با توافق و تراضی به داوری مراجعه می نمایند، بدیهی است که به اجرای نتایج حاصل از آن نیز میل و رغبت بیشتری نشان می دهند. ضمن اینکه فرآیند پیچیده، طولانی و توأم با تشریفات دادرسی های عمومی که به لحاظ طبع عمومی آن امری اجتناب ناپذیر است در رسیدگی های داوری جاری نبوده و همین امر تسریع در حل و فصل اختلافات را تضمین می کند. بر این مبنا حذف یا به حداقل رساندن تشریفات رسیدگی با ماهیت معاملات بازرگانی بین المللی و آثار ناشی از آن، یعنی لزوم سرعت و سهولت هماهنگی پیدا می کند. به همین دلیل است که در روابط بازرگانی بین افراد با تابعیت یا اقامتگاه های مختلف، که نوعی احساس بی اعتمادی نسبت به دادگاه های دولتی و ترس از پیچیدگی های ناشی از

^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 دادگاه ها مقررات شهری یا عرفهای بین المللی بازرگانی را اجرا می کردند. ر. ک به رنه دیوید، ککامی 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 سرمایه گذاری خارجی برای جلوگیری از اجحاف در حق سرمایه گذار خارجی در دادگاه های ملی کشور سرمایه پذیر رواج یافت، لیکن تحولات دهه اخیر که در خصوص داوری های بین المللی در این زمینه بعمل آمده، آراء صادره بیشتر به سود سرمایه گذاران خارجی رقم خورده است.

سیستم تعارض دادگاه ها وجود دارد؛ طرفین ترغیب می شوند تا به جای مراجعه به دادگاههای ملی به داوران منتخب خود مراجعه کنند. این امر به ویژه در روابط بین دولتها و افراد خارجی طرف قرارداد با دولت مورد توجه قرار می گیرد. بی شک داوری بعنوان یک روش خصوصی و روش حل و فصل اختلاف در خارج از دادگاه، از مزایای بسیاری نسبت به رسیدگی های قضایی برخوردارست و روشن است هنگامی که اختلاف جنبه بین المللی به خود می گیرد کفه ترازو به نفع داوری سنگین تر می شود.

پیشرفت های قابل ملاحظه در مقررات و تشکیلات رسیدگی های داوری در عرصه بین المللی با میزان کیفیت سرمایه گذاری های صنعتی و اقتصادی و به تبع آن ارتقاء شاخص های رفاه اقتصادی و اجتماعی ملت ها ارتباط مستقیم و تنگاتنگی دارد. دولتهایی که در امر سرمایه گذاری و پیشرفت های اقتصادی پیش تاز هستند، عملاً دارای یک نظام حقوقی داوری جامع، عادلانه و توأم با حداکثر تسهیلات و حداقل تشریفات و محدودیت ها هستند. تا بدانجا که کوتاه زمانی پس از جنگ جهانی اول به سال ۱۹۱۹، گروهی از مردان سرشناس و برجسته از جامعه بازرگانی امریکا، انگلستان، فرانسه، بلژیک و ایتالیا گردهم آمدند و به منظور ترویج و پیشبرد صلح جهانی، سازمانی را بنیان نموده و آن را "اتاق بازرگانی بین المللی" نامیدند.

یکی از روش هایی که اتاق بازرگانی بین المللی برای پیشبرد و پشتیبانی از اقتصاد جهانی اتخاذ کرده، توسعه و گسترش «داوری تجاری بین المللی» است. از همین رو، از سال ۱۹۲۳ یک سازمان داوری موسوم به دیوان بین المللی داوری به صورت تشکیلات وابسته به اتاق بازرگانی بین المللی، تشکیل شده است. دیوان داوری اتاق از ابتدای تاسیس در سال ۱۹۲۳، در توسعه اسلوب داوری به عنوان اسلوب برگزیده جهت حل و فصل دعاوی و اختلافات بازرگانی بین المللی از دعاوی مربوط به معاملات خرد خرید و فروش گرفته تا دعاوی و اختلافات کلان مربوط به طرحهای بزرگ زیر بنائی که با تأمین مالی دولتها اجرا می شود، همواره پیشاهنگ بوده است. طبق آمار موجود در وب سایت اتاق بازرگانی بین المللی در سال ۲۰۰۷ که تعداد ۱۶۱۱ دعوای جدید از ۱۲۶ کشور مختلف، در دبیرخانه دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی 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 بین المللی صادر شد که ۲۲۳ رای نهایی، ۹۶ رای موقتی و ۳۰ مورد با سازش مختومه گشتند.^۳ کارنامه سال یادشده و کارنامه دیگر سالهای اتاق که جای تفصیلش در اینجا نیست، دیوان را به معتبرترین، برجسته ترین و با تجربه ترین سازمان داوری در عرصه جهانی تبدیل کرده است.

³ - www.iccwbo.org

لیکن علیرغم آنچه در باب فواید داوری گفته شده و می شود، گاه پیش می آید که رجوع به داوری نتواند مطلوب باشد. طبق قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی و روند رسیدگی و مهلت های مندرج در قواعد مزبور، در فرضی که هیچ اعتراضی در حین تشکیل پرونده در دبیرخانه و 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.^۴ بدیهی است در اجرای قراردادهای بین المللی پیمانکاری طولانی مدت که لازم است اختلافات بلافاصله و در محل اجرای پروژه حل و فصل گردد و در غیر اینصورت لطمات مالی فراوانی را به پروژه وارد خواهد نمود، مراجعه مستقیم به داوری اساساً نمی تواند پاسخگوی نیازهای طرفین آن باشد. در چنین قراردادهایی ضرورت دارد که اقدامی سریع، جهت جلوگیری از یک ضرر فاحش و آسیب جبران ناپذیر یا تامین دلیلی که در معرض نابودی است، بعمل آید. بعنوان مثال بسیار پیش می آید که کارفرما قصد مطالبه مبلغ ضمانتنامه حسن اجرای تعهدات عندالمطالبه ای را دارد که پیمانکار به او ارائه داده است در حالیکه از دید پیمانکار چنین اقدامی یک سوء استفاده از حق است و از نظر فنی، پیمانکار به کلیه تعهدات خود عمل نموده است و کارفرما در آن لحظه مستحق دریافت مبلغ ضمانتنامه نمی باشد؛ یا در مواردی که پیمانکار مواد اولیه خریداری شده بحساب کارفرما را در عملیاتی غیر از موضوع پیمان استفاده می کند و از این طریق به پیشبرد پروژه آسیب می زند.

در چنین وضعیتی رجوع به نهادهای سنتی حل اختلاف نظیر دادگاههای ملی و یا حتی داوریهای بین المللی که مزایای آن در بالا اشاره شد؛ رضایت بخش نیست. گرچه برای تقاضای صدور دستور موقت یا قرار تامین، امکان توسل به دادگاههای ملی همواره وجود دارد، ولی لازمه این اقدام اولاً وجود نهادی به نام دستور موقت در کشوری است که پیمانکار یا کارفرما در یک قرارداد بین المللی می بایست از آنجا تقاضای صدور دستور موقت نماید و ثانیاً بفرض وجود چنین نهادی، باید بررسی شود که آیا مرجع قضایی موردنظر بسته به تقاضای مطرح شده از سوی یکی از طرفین یک قرارداد پیمانکاری بین المللی، اختیار صدور چنین دستوری را خواهد داشت یا خیر. ضمن آنکه بفرض وجود چنین اختیاری، مقام رسیدگی کننده ناچار است که بلحاظ تخصصی بودن موضوع ضمن استمداد از کارشناسان فنی پروسه ای طولانی را طی نماید. حتی در مواردی که مقام رسیدگی کننده داوری باشد، اختیار داوران در صدور دستور موقت در همه نظامهای حقوقی اگر بصراحت نگوییم مورد قبول واقع نشده، دست کم مورد تردید قرار گرفته است.^۵ پاسخ این سوالات را باید در

۴- ر.ک. ماده ۵ بند ۱و۶، ماده ۸ بند ۲، ماده ۱۸ بند ۲ و ماده ۲۴ بند ۱ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی

۵ - ماده ۸۱۸ قانون ۵ ژانویه ۱۹۹۴ داوری بین المللی ایتالیا " داوران مجاز به صدور دستور یا توقیف یا سایر اقدامات تامینی نیستند". ماده ۹ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقرر می دارد " هریک از طرفین قبل یا حین رسیدگی داوری می تواند از رئیس دادگاه موضوع ماده ۶ صدور قرار تامین یا دستور موقت را درخواست نماید. همچنین ماده ۱۷ همان قانون می گوید " داور می تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج تعیین تکلیف

قوانین داخلی کشورها جستجو نمود و بدیهی است که این تفحص در قوانین داخلی کشورها، برای طرفین یک قرارداد پیمانکاری بین المللی؛ 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 نماید، احساس می شود.

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 رسیدگی های دولتی در آن، نتوانسته آیین رسیدگی متناسب با اهدافش ایجاد نماید.

فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور فیدیک^۶ بعنوان یک نهاد تخصصی بین المللی، با پیش بینی هیات تخصصی حل اختلاف در نمونه قراردادهای پیمانکاری ساخت و الزام کارفرمایان و پیمانکاران در رعایت این مقرر قرارداد در صورت درج در قرارداد خود، قدمی بزرگ در این زمینه برداشته است که بنظر می رسد این راهکار با مقتضیات دعاوی قراردادهای ساخت بین المللی مناسب تر از داوری باشد.

در این تحقیق هدف بر این است تا چگونگی حل اختلاف توسط نهادهای تخصصی پیش بینی شده در نمونه قراردادهای فیدیک را مورد مطالعه قرار داده و بطور کلی ماهیت و نحوه اجرای چنین تصمیماتی را در مقایسه با داوری بیان نموده در خصوص فرضیات زیر به سوالات مطروحه پاسخ دهیم:

فرضیات تحقیق:

۱- با توجه به وجود تفاوت میان داوری و نهادهای شبه داوری از جمله سازوکار 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 آن ها و لزوم اجرای فوری تصمیمات اشخاص ثالث مداخله کننده برای حل اختلاف، بر داوری بین المللی ترجیح دارد.

فوری است به درخواست هریک از طرفین دستور موقت صادر نماید مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. داور می تواند مقرر نماید که متقاضی تامین مناسبی بسپارد. در هر صورت چنانچه طرف دیگر تامینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، داور از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد. "

⁶ - Federation Internationale des Ingenieurs Conseils

(FIDIC)- معادل معنای فرانسوی فدراسیون مورد نظر است.

۲- 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 محدودیتهای قانونی کشور کارفرما در ارجاع به داوری از جمله اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران نباشد.

۳- 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 می شود و دیوان بدلیل نقض شرط قراردادی، خود را برای رسیدگی به اختلاف صالح نمی داند.

پیشینه تحقیق:

شیوه های مورد بحث این تحقیق مشابه داوری هستند در منابع موجود فعلی در ذیل عنوان شیوه های جایگزین حل اختلاف جای گرفته اند. در بررسی های بعمل آمده در مقالات و منابع موجود داخلی^۷ نظر به جدید بودن این شیوه ها، بر نگارنده معلوم گردیده که منابع فعلی بطور 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 آن، اختیاری است برخلاف داوری که ارجاع به آن اختیاری و اجرای نتایج آن اجباری است، ضمن توضیح در خصوص لزوم دخالت متخصصان فن به جهت جلوگیری از بروز وقفه در اجرای پروژه های قراردادی، به معرفی انواع تکنیکهای حل اختلاف پرداخته اند و وجه مشترک آنها را در غیرالزام آور بودن دانسته اند.

این در حالیست که باید میان شیوه هایی چون میانجیگری که تسهیل کننده حل اختلاف و تصمیم کارشناسانه یک کمیته تخصصی حل اختلاف که هرچند موقتی اما قاطع و فیصله دهنده دعواست، تمایز

^۷ - سید حسین صفایی، *مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۴)

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

* ستار زرکلام، تفکیک بین نهادهای شبه داوری ا زدآوری 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 جهرمی، "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 روشهای حل اختلاف جایگزین ADR در حل و فصل دعاوی مربوط به ضمان قهری"، *مجله کانون وکلای*، شماره ۲۲ جدید و ۱۹۱ پیاپی، (زمستان ۸۴)

قائل شد. دکتر ستار زرکلام در رساله دکتری خود که البته به زبان فرانسه می باشد بطور کلی و در منبع مندرج در زیربطور خاص به جنبه هایی از نهاد شبه داوری در قراردادهای پیمانکاری بین المللی پرداخته اند. لازم بذکر است انگیزه اصلی در نگارش این نوشتار، جرقه ای بود که از مطالعه مقاله اخیر آن استاد ارجمند موجد سوالات فراوانی در خصوص ماهیت قراردادهای پیمانکاری و علت متفاوت بودن شیوه حل اختلاف مندرج در آنها با دیگر قراردادها گردید و نگارنده را بر آن داشت تا رویه های عملی بیشتری را بصورت مطالعه موردی با مراجعه به مجموعه احکام صادره از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی در ارتباط با فیدیک و قراردادهای پیمانکاری مورد بررسی قرار داده تا ضمن ارائه رویه عملی موجود، تحقیق حاضر پل اطمینانی برای استفاده از شیوه های حل اختلاف فیدیک در قراردادهای پیمانکاری بین المللی باشد. همچنین در دیگر منابع موجود در زیرنویس همانگونه که از عنوان آنها بر می آید، کلیه شیوه های جایگزین بحث شده و ملاحظه می شود که ضمن کلی نگرسی به شیوه های جایگزین، به نتایج حاصل از آنها نیز اعتبار قراردادی داده اند و غالباً بر این باورند که چون نتیجه چنین شیوه های رسیدگی در قالب یک سند یا قرارداد به امضای طرفین می رسد، ارزشی فراتر از یک قرارداد ندارند و در حکم رای داور قرار نمی گیرند. لذا در صورت عدم اجرای مفاد چنین سندی، بر طرفین لازم می دانند تا در مراجع قضایی یا داوری طرح دعوا نمایند. اما رنه داوید حقوقدان برجسته فرانسوی⁸ با اظهار اینکه شخص بی طرفی که از سوی طرفین قرارداد مامور رسیدگی به اختلاف شده و از سوی طرفین به وی اختیار تصمیم گیری داده شده است، نه تنها یک کارشناس صرف نیست، بلکه داوری است که می بایست کلیه اختیارات داور نیز به آن تفویض گردد به طور ضمنی آن را نهاد جدیدی نمی دانند و در قالب داوری جای می دهند.

تاکنون در منابع داخلی به حل و فصل اختلاف در قراردادهای بین المللی پیمانکاری فیدیک توسط شخص ثالث بیطرف به طور خاص و ارتباط آن با آراء مربوط به دعاوی ساخت بین المللی صادر شده از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی پرداخته نشده است. حتی دو مرجع بین المللی پیشرو در این زمینه مانند فیدیک و اتاق بازرگانی بین المللی که به تدوین مقرراتی در این زمینه پرداخته اند، تحلیلی از نحوه اجرای آن و چگونگی بررسی اعتبار آنها ارائه نداده اند.

اهداف:

با توجه به ضرورت سرعت در حل دعاوی مربوط به اختلافات پیمانکاری ساخت بین المللی و توصیه استفاده از این شیوه های به پیمانکاران و کارفرمایان در عرصه بین المللی، در این نوشتار برآن هستیم ضمن معرفی

⁸ . R.David, L arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982, p 10

فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور و نحوه حل اختلافات پیمانکاری بین المللی در نمونه قراردادهای این سازمان بعنوان یک نهاد پیشرو در این زمینه و تاکید بر تصمیمات مهندسان مشاور و کمیته های حل اختلاف پیش بینی شده در قراردادها و بررسی آراء مرتبط صادر شده از دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی، مبانی مناسبی جهت اعتبار مشابه آنها با رای داوری پیدا نماییم تا اجرای سریع آنها را تحت کنوانسیونهای مربوط به اجرای رای داور، تضمین نماید و به سوالات زیر پاسخ دهیم:

پرسش های تحقیق:

۱- با توجه به مبنای مشترک کلیه روشهای حل و فصل خارج از دادگاه چه تفاوتی میان نهاد داوری و نهادهای شبه داوری، نظیر ارجاع به مهندس مشاور و کمیته های 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 پیمانکاری های اغلب جزء قراردادهای سرمایه گذاری محسوب می شود، آیا شرط ارجاع به نهادهای شبه داوری مثل ارجاع دعوا به نهادهایی چون کارشناسی، مهندس مشاور یا کمیته های تخصصی حل اختلاف کماکان مشمول محدودیتهای اصل ۱۳۹ قانون اساسی در نظام حقوقی ایران می باشد یا خیر؟

۳- آیا می توان شروط ارجاع دهنده به مهندسان مشاور یا کمیته حل اختلاف را نادیده گرفته و مستقیماً به داوری رجوع کرد؟ عبارتی مرزصلاحیت دیوان داوری با وجود پیش بینی این شیوه ها بصورت شرط ضمن قرارداد تا کجا خواهد بود؟

مشکلات و تنگناها:

مهمترین مسئله، عدم وجود منابع کافی داخلی و دشواری دسترسی به منابع خارجی، ترجمه همزمان منابع خارجی و بولتن های اتاق بازرگانی بین المللی و استفاده از آنها بود. به منظور کاستن بار محدودیتهای عضویت در کتابخانه الکترونیکی اتاق بازرگانی بین المللی امکان دسترسی به آراء متعدد مرتبط با موضوع فراهم شد و طی شرکت در سمینارهای مختلف و مرتبط با موضوع و مذاکره با اکثر نویسندگان مقالات و کتبی که در ذیل نوشتار حسب مورد به آنها ارجاع شده، به منابع ارزشمندی دسترسی پیدا کردم. البته با توجه به نوین بودن شیوه ها و عدم استفاده از آنها توسط پیمانکاران و یا کارفرمایان ایرانی رویه عملی داخلی وجود نداشت که همین امر، تحلیل آراء دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی مرتبط با دعاوی قراردادهای فیدیک را با توجه به جنبه فنی و تکنیکی و صدور آنها در نظامهای حقوقی دیگر دشوارتر می نمایند.

با توجه به اینکه قراردادهای پیمانکاری بین المللی در زمره قراردادهای تجاری قرار دارند، به همین منظور در بخش اول این تحقیق که دو فصل عمده دارد، بدواً به شیوه های حل و فصل اختلافات تجاری در عرصه بین المللی و در فصل دوم به معرفی سازمان فیدیک و قراردادهای آن می پردازم. 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 به نقش داور مندرج در قراردادهای فیدیک علیرغم وجود مهندس مشاور پرداخته می شود. در بخش سوم که عمده تمرکز تحقیق بر آن قرار گرفته و ناظر به کمیته حل اختلاف فیدیک است در سه فصل، در فصل اول، مفهوم و پیشینه و انواع کمیته ها، فصل دوم به فواید، نحوه تشکیل و آیین رسیدگی به اختلافات و فصل سوم نحوه اجرای تصمیم کمیته حل اختلاف بحث خواهد شد.

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 نماییم برخی از آنها از مانند تفسیر مفاد یک قرارداد یا نوع مسئولیت قراردادی، صرفاً حقوقی 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 علائم تجاری خاصی و تحت قراردادهای لیسانس (اعطای مجوز بهره برداری) به بازار عرضه می شوند، جنبه فنی نسبت به جنبه حقوقی پررنگتر است و اساساً اظهار نظر پیرامون آنها 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 نگردد و بعد تخصص در رسیدگی ها به بوته فراموشی سپرده شود.

شیوه های حل اختلاف را می توان به انواع مختلفی تقسیم نمود؛ بعنوان مثال چنانچه مبنای تقسیم بندی، نتیجه حاصل از شیوه ها باشد می توان به نتایج الزام آور مانند رسیدگی داوری و قضایی از یکسو و سازش و میانجیگری از سوی دیگر تقسیم نمود و چنانچه معیار، نحوه انتخاب شخص ثالث رسیدگی کننده باشد که در این فصل ملاک و معیار ما نیز هست، می توان به رسیدگی در دادگاههای ملی که طرفین دعوی هیچ نقشی در انتخاب مقام ثالث ندارند و سایر شیوه ها چون داوری، رسیدگی کارشناسی، کمیته تخصصی حل اختلاف، سازش و ... که شخص ثالث بیطرف 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 دادگاههای ملی را از اشخاص سلب نمود. گرچه مراجعه به دادگاههای ملی در عرصه اختلافات تجاری بین المللی بنا به تنوع اصحاب دعوی، بی اعتمادی و عدم تخصص دادگاههای ملی کمتر مورد استقبال قرار می گیرد اما در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی و نمونه قراردادهای فیدیک، مقرر شده است در زمینه سلب صلاحیت دادگاههای ملی بچشم نمی خورد و این موضوع که محاکم کدام کشور صالح است موضوعی است