

تفکیک بین نهادهای شبه داورى از نهاد داورى در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی

ستار زرکلام

استادیار دانشگاه شاهد (گروه حقوق)

پذیرش: ۸۲/۶/۲۰

دریافت: ۸۲/۶/۵

چکیده

دیر زمانی است که داورى به عنوان یک روش حل اختلاف مؤثر در قراردادهای بین‌المللی شناخته شده است؛ اما این نهاد در برخی از قراردادهای نظیر قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی نمی‌تواند توقعات قراردادی را با توجه به ویژگی‌های کاملاً فنی این گونه قراردادهای و نیز لزوم اتمام موضوع آنها در مدت تعیین شده برآورده سازد. از این رو سازمانها و نهادهای بین‌المللی فعال در زمینه قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، نظیر فدراسیون بین‌المللی مهندسين مشاور از سال ۱۹۵۷ به بعد، نمونه قراردادهایی را به دست اندرکاران این قبیل قراردادهای پیشنهاد می‌کنند که در آنها حل اختلافات احتمالی بین کارفرمایان و پیمانکاران از طریق نهادهای شبه داورى پیش بینی شده است. دو ویژگی مهم این نهادها این است که اولاً اشخاصی که مأمور حل اختلافاتند اصولاً مهندس یا متخصص در زمینه قرارداد مورد بحث هستند و ثانیاً تصمیمات این اشخاص لازم الاجرا است، هر چند که امکان شکایت از تصمیمات آنها در دیوان داورى یا دیوان‌های داورى امکانپذیر است. در این تحقیق، پس از معرفی اجمالی نهادهای شبه داورى به تمیز آنها از نهاد داورى می‌پردازیم و آثار شروط مراجعه به شیوه‌های شبه داورى را در حق مراجعه طرفین به داورى مورد بررسی قرار می‌دهیم.

کلید واژه‌ها: نهاد شبه داورى، نهاد داورى، مهندس مشاور، فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، کمیته حل اختلاف، دستور موقت پیش از داورى.

E – mail: zarkalam @ shahed .com

۱- مقدمه

بدون شک داوری همچون روش حل اختلاف خصوصی و خارج از دادگاه از مزایای متعددی در مقایسه با رسیدگی در دادگاههای دولتی برخوردار است. متخصصین داوری به ویژه بر سرعت کم هزینه بودن و نیز انعطاف پذیری مبنای حقوقی حکم داوری (داوری بر مبنای قانون^۱ و داوری بر مبنای کدخدامنشی^۲) تاکید دارند.

با این حال، رجوع به داوری همواره مطلوب نیست. در قراردادهای دراز مدت به ویژه در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، مراجعه مستقیم به داوری اساساً پاسخگوی نیازهای قراردادی طرفین نیست. در این گونه قراردادهای که غالباً دارای پیچیدگیهای فنی و فناوریانه خاص هستند نه تنها دعاوی اصولاً متعددی، بلکه اکثر قریب به اتفاق آنها نیز جنبه فنی و تکنیکی دارند و کمتر دارای جنبه حقوقی صرف هستند. بدیهی است در چنین قراردادهایی، رجوع به داوری با سرعت لازم برای انجام تعهدات موضوع قرارداد منافات دارد. در واقع اگر قرار باشد هر بار که دعوی بین پیمانکار و کارفرما حادث می‌شود موضوع بلافاصله به داوری ارجاع شود، اجرای قرار داد ممکن است در انتظار رأی داوری ماهها، بلکه سالها به تعویق بیفتد. از سوی دیگر همان‌طور که گفته شد با توجه به جنبه فنی اغلب دعاوی پیمانکاری بین‌المللی، حتی اگر موضوع به داوری ارجاع شود در صورتی که داور در زمینه موضوع دعوا تخصص نداشته باشد ناگزیر از مراجعه به یک کارشناس یا اهل فن خواهد بود و مسلماً چنین امری مستلزم صرف وقت و هزینه اضافی است.

همچنین در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، گاه ضرورت دارد یک اقدام سریع برای جلوگیری از یک ضرر فاحش یا یک آسیب غیر قابل جبران یا تأمین یک دلیل به‌عمل آید. داوری، حتی اگر در آن صدور دستور موقت یا تأمینی^۳، پیش‌بینی شده باشد به دلیل مدت زمانی که برای تشکیل دیوان داوری لازم است نمی‌تواند در لحظه‌ای که ضرورت دارد مورد استفاده قرار گیرد.

۱. arbitrage en droit

۲. arbitrage en amiable composition

۳. mesures provisoiresou conservatoire

به منظور پاسخگویی به مقتضیات قراردادی و امتناع از کاستیهای داوری، تنظیم کنندگان قراردادهای نمونه پیمانکاری بین‌المللی و برخی از سازمانهای تجارب بین‌المللی، نظیر اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ به روشهای جانشین داوری روی آورده اند .

این روشها که امروزه به «روشهای جانشین حل اختلاف»^۲ شهرت دارند عمدتاً پیش از رجوع به داوری مورد استفاده طرفین دعوا قرار می‌گیرند. البته ذکر این نکته ضروری است که روشهای جانشین حل اختلاف بسیار متعدد هستند، ولی آن دسته از روشهایی که در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرند به سه دسته تقسیم می‌شوند:

(۱) سازش و میانجیگری^۳، (۲) روشهای منتهی به راه حل‌های موقت اجباری، نظیر رجوع به مهندسان مشاور (فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور^۴) و کمیته حل اختلاف^۵، (۳) دستور موقت پیش از داوری^۶ از میان این روشها سازش و میانجیگری شبه داوری تلقی نمی‌شوند، زیرا منظور از نهادهای شبه داوری نهادهایی هستند که در آنها، ثالثی حل اختلافات ناشی از قرارداد را به عهده می‌گیرد و همانند داور رأی صادر می‌کند که به‌طور موقت تا زمان مراجعه طرفین به داوران یا دادگاههای دولتی لازم‌الاجرا هستند، با این تفاوت که رای داوری اصولاً قطعی و لازم‌الاجرا است، حال آنکه رأیی که توسط ثالث در چارچوب نهاد شبه داوری صادر می‌شود ممکن است توسط داور یا دادگاه دولتی نقض شود و الزام‌آور بودن آن موقتی است.

مطالعه رابطه بین سایر نهادهای شبه داوری و نهاد داوری از آنجا که همگی از روشهای حل دعوی خارج از دادگاه به شمار می‌آیند اهمیت دارد. این رابطه از دو حیث قابل بررسی است. نخست باید دید جایگاه هر یک از این راه حلها در مجموعه سیستم حل اختلاف قراردادهای پیمانکار بین‌المللی کدام است. به عبارت دیگر باید وجوه اشتراک و افتراق روشهای شبه داوری و داوری را جستجو کرد در مرحله بعد، دانستن این نکته اهمیت دارد که درج شرط مراجعه به نهادهای شبه داوری در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی چه تأثیری بر حق

۱. international chamber of commerce

۲. alternative dispute resolution (ADR) modes alternatifs réglemment des conflits(MARC)

۳. conciliation , mediation

۴. Fédération Internatianale des Ingénieus conseil

۵. dispute review board (DRB) comité de réglemment des litiges (CRL)

۶. pre-arbitral referee/ référé pré-arbitral

مراجعه طرفین به داورى دارد. به بیان دیگر سؤال این است که آیا وجود چنین شرطی مانع از مراجعه مستقیم اصحاب دعوا به داورى می شود یا خیر و اگر پاسخ مثبت است تحت چه شرایطی می توان چنین شرطی را نادیده گرفت و از الزام ناشی از آن گریخت. برای پاسخ به پرسشها ابتدا ضرورت دارد نهادهای شبه داورى اجمالاً معرفی شوند.

۲ - معرفی اجمالی نهادهای شبه داورى مورد استفاده در قراردادهای پیمانکاری بین المللی

روشهای حل اختلاف داورى در قراردادهای پیمانکاری بین المللی را از حیث کارکرد آنها می توان به دو دسته تقسیم کرد. دسته اول روشهایی هستند که متضمن یک راه حل اجباری برای رفع نزاع و اختلافند. این راه حل با این ویژگی مهم همراه است که جنبه موقتی دارد. به عبارت دیگر، راه حلی که توسط ثالث در این روش ارائه می شود حداقل تا زمانی که از سوی داور یا دادگاه دولتی نقض یا اصلاح نشده برای طرفین اجباری و لازم الاجرا است. دسته دوم روشهایی هستند که مسقیماً ناظر بر حل و فصل ماهیت دعوا نیستند، بلکه سازو کارهایی برای جلوگیری از تضییع حقوق طرفین یا تأمین دلایلی به شمار می آیند که ممکن است مبنای حقانیت یکی از طرفین در یک دعوی احتمالی در آینده قرار گیرند. ما در اینجا به معرفی اجمالی هر یک از این راه حلها می پردازیم.

۱-۲ - راه حلهای موقت الزام آور

بیش از نیم قرن است که در قراردادهای منعقد در زمینه پیمانکاری بین المللی، به منظور حل اختلافاتی که احتمال بروز آنها بین پیمانکار و کارفرما وجود دارد، دخالت فرد ثالثی در مرحله پیش از داورى پیش بینی می شود [۱، ص ۱۸۵ و بعد]. در میان سازو کارهای مورد استفاده بدین منظور، دو روش از اهمیتی ویژه، چه به لحاظ نظری و چه به لحاظ عملی برخوردارند. روش اول مبتنی است بر سپردن مأموریت حل دعاوی به یک مهندس یا معمار که از سوی کارفرما برگزیده می شود و دستمزدش نیز به عهده کارفرما است. در روش دوم، مأموریت حل دعاوی ناشی از ساخت به یک یا چند کارشناس حرفه ای و مستقل سپرده می شود. هر کدام از این دو روش خصوصیات متفاوتی دارند و مطالعه آنها به طور جداگانه ضروری است.

۱-۲-۱- مهندس مشاور موضوع قراردادهای نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسیین مشاور^۱

فدراسیون بین‌المللی مهندسیین مشاور برای مقابله با پیچیدگیهای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، مدتهای مدیدی است که اقدام به تنظیم قراردادهای نمونه در زمینه‌هایی نظیر «عملیات مهندسی شهری» (کتاب قرمز) و «عملیات الکتریکی و مکانیکی» (کتاب زرد) و «قراردادهای طراحی - ساخت و کلید در دست» (کتاب نارنجی) ^۲ می‌کند [۲، ص ۳۵]. اولین قرارداد نمونه (کتاب قرمز) در سال ۱۹۵۷ م. براساس چاپ چهارم از قرارداد انگلیسی «انستیتیوی مهندسی مشاور» برای پاسخگویی به نیاز عملیات مهندسی شهری مورد استفاده در انگلستان نگارش یافته است. از این تاریخ به بعد این قرارداد به دفعات در سالهای ۱۹۶۶، ۱۹۸۷، ۱۹۷۹ مورد اصلاح واقع شده است.

قرارداد عملیات مهندسی شهری FIDIC به عنوان قرارداد نمونه‌ای که بیشتر از همه در زمینه پیمانکاری بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد با نقش تعیین کننده‌ای که به آرشیوکت یا مهندس مشاور قرارداد در نظر گرفته از دیگر قراردادهای متمایز می‌شود. این مهندس که توسط کارفرما تعیین شده و حق الزحمه خود را از او می‌گیرد در وهله اول به عنوان اداره کننده و سازمان دهنده قرارداد و در وهله دوم به عنوان ثالثی که ماموریت حل اختلاف احتمالی بین کارفرما و پیمانکار را در مرحله پیش از داوری بعهده دارد انجام وظیفه می‌کند. آنچه در این قسمت از بحث مورد نظر است نقش اخیر مهندس یا نقش «شبه داوری» وی است. این وظیفه مهندسان مشاور در ماده ۱- ۶۷ قرارداد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور عملیات مهندسی شهری (کتاب قرمز) چاپ چهارم (۱۹۸۷) پیش بینی شده است.

براساس بند اول از این ماده: «در صورت بروز اختلاف از هر نوع بین پیمانکار و کارفرما در مورد قرارداد یا نتیجه آن، خواه در مدت اجرای قرارداد یا پس از پایان آن و خواه قبل یا بعد از فسخ یا توقف قرارداد باشد، از جمله هر گونه اختلاف راجع به نظر، دستور، اقدام، تصمیم، تأییدیه یا ارزیابی مهندس پیش آید، موضوع اختلاف در وهله اول کتباً به مهندس ارجاع می‌شود و تصویر شکایت نیز به طرف دیگر ارسال خواهد گردید ...».

^۱. Fédération internationale des ingénieurs -conseils.

^۲. Turnkeg

براساس قرارداد نمونه فدراسیون، دخالت مهندس، مرحله ای از یک سیستم حل اختلاف سه مرحله‌ای است. در واقع کلیه دعاوی ناشی از قرارداد پیمانکاری ابتدا به مهندس مشاور ارجاع می‌شوند (ماده ۱ - ۶۷) و سپس طرفین متعهد می‌گردند قبل از ارجاع امر به داوری موضوع را به طور مسالمت آمیز حل و فصل کنند (ماده ۲ - ۶۷) و در صورت عدم موفقیت در حل اختلاف از این طریق، در دیوان داوری به تصمیمات مهندس مشاور اعتراض کنند (ماده ۳ - ۶۷). مرحله دوم جنبه اختیاری دارد و تصمیم مهندس پس از ۵۶ روز از تاریخ اعتراض به آن قابل رسیدگی در دیوان داوری است.

سیستم حل اختلاف از طریق مهندسین مشاور به دلیل انتقاداتی که بر آن شده، جای خود را به سیستم دیگری که به « کمیته حل اختلاف»، شهرت دارد داده است.

۲ - ۱ - ۲ - کمیته حل اختلاف

ارجاع اختلاف ناشی از قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی به مهندس مشاور با یک ایراد اساسی مواجه است. از آنجا که مهندس مشاور توسط کارفرما انتخاب می‌شود و از او دستمزد می‌گیرد نه تنها به لحاظ حقوقی، بلکه به لحاظ اقتصادی نیز وابسته به کارفرما تلقی می‌شود و در نتیجه این تردید وجود دارد که نتواند مأموریت خود را در حل اختلافات به صورت بیطرفانه انجام دهد^[۳]، ص ۱۵۹]. برای رفع این ایراد، دست اندرکاران قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی و نیز سازمانهای تجارت بین‌المللی مدتی است درصددند که یا با حذف وظیفه شبه داوری مهندس مشاور آنرا به یک یا چند کارشناس مستقل ارجاع کنند و یا تصمیمات مهندس مشاور را توسط افراد ثالث حرفه ای و مستقل مورد بازنگری قرار دهند. قراردادهای یا قراردادهای نمونه‌ای که این یا آن شکل از دخالت کمیته را پذیرفته‌اند متعدّدند. قراردادهای مهمی که کمیته حل اختلاف را جانشین روش حل اختلاف از طریق مهندس مشاور کرده‌اند عبارتند از:

- قرارداد تونل زیر دریای مانش، معروف به « یورو تونل»^۱ که توسط فرانسه و انگلستان در قالب یک قرارداد مشارکت^۲ منعقد و اجرا شد: ماده ۶۷ این قرارداد دخالت یک کمیته‌ای^۳ مرکب از سه نفر را که مأموریت حل اختلاف در مرحله پیش از داوری به آنها ارجاع می‌شود پیش بینی کرد [۴].

۱. Eurotunnel
۲. joint venture
۳. Panel

قرارداد نمونه انجمن ژاپنی توسعه مهندسی: ماده ۲-۶ این قرارداد به یک کارشناس واحد ماموریت می‌دهد تا قبل از رجوع به داوری اختلافات راحل و فصل کند [صص ۲۴۲-۲۴۱].

- قرارداد نمونه عملیات مهندسی شهری (کتاب قرمز) فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (تکمله اکتبر ۱۹۹۶): ماده ۶۷ این قرارداد با حذف نقش شبه داوری مهندس مشاور آن را به کارشناسان حرفه‌ای مستقل یا به اصطلاح کمیته حل اختلاف محول کرده است [ص ۶، ص ۴۴۳].

- قرارداد نمونه طراحی، ساخت و کلیدها در دست (کتاب نارنجی) فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور: این قرارداد در اولین چاپ خود در سال ۱۹۹۵ مفهوم کمیته حل اختلاف را جانشین مهندس مشاور در وظیفه شبه داوری آن کرده است. ماده ۲۰ این قرارداد، کمیته حل اختلاف را مأمور می‌کند تا به حل و فصل اختلافات کارفرما و پیمانکار در مرحله پیش از داوری بپردازد (صص ۵۵ - ۵۲).

همان‌طور که گفتیم کمیته حل اختلاف در برخی از قراردادهای نه به عنوان جایگزین روش حل اختلافات توسط مهندس مشاور، بلکه به عنوان نهادی که در تصمیم‌های مهندس مشاور - باز هم در یک مرحله پیش از داوری- بازرنگری می‌کند به کار برده می‌شود. در چنین قراردادهایی، سیستم حل اختلاف دارای سه مرحله اساسی است: حل دعاوی از طریق مهندس مشاور، بازرنگری تصمیمات مهندس مشاور توسط کمیته حل اختلاف، و ارجاع امر به داوری. مهمترین قراردادهایی که کمیته حل اختلاف را به عنوان مرجع تجدید نظر تصمیمات مهندس مشاور در یک مرحله پیش از داوری در نظر گرفته اند عبارتند از:

- قرارداد ساخت فرودگاه هنگ کنگ که دخالت کمیته حل اختلاف را پس از مرحله مهندسی مشاور و قبل از رجوع به داوری پیش بینی می‌کند. این قرارداد از بزرگترین پروژه‌های ساخت در نوع خود محسوب می‌شود [ص ۷، ص ۲۵ و بعد].

- قراردادهای نمونه تنظیم شده توسط بانک جهانی برای پروژه‌های کوچک: بر اساس سند مصوب سال ۱۹۹۲ دعاوی در وهله اول به مهندس مشاور قرارداد ارجاع می‌شوند. اگر کارفرما یا پیمانکار نسبت به تصمیم مهندس اعتراض داشتند دعوا به یک کارشناس مستقل^۱ که در ماده ۱ - ۲۴ پیش بینی شده احاله می‌گردد. داوری آخرین مرحله در سیستم حل اختلاف پیشنهادی توسط بانک جهانی است [ص ۸، ص ۲۵۸].

۱. adjudicator

کمیته حل اختلاف همانند یک نهاد شبه داوری بر خلاف مهندس مشاور مشترکاً توسط طرفین قرار داد انتخاب می‌شود و دستمزد کمیته نیز توسط هردو پرداخت می‌گردد. این کمیته معمولاً در آغاز قرارداد برگزیده می‌شود و هر سال سه بار از عملیات موضوع پیمان بازدید می‌کند تا از نزدیک در جریان نحوه اجرای پیمان قرار گیرد. اعضای این کمیته، غیر از کارشناسان و مهندسی‌نی هستند که برای هر یک از طرفین کار می‌کنند. دسته دوم از نهادهای پیش از داوری - همان طور که گفته شده - ناظر بر حل اختلاف به طور مستقیم نیستند، بلکه هدف از به کارگیری آنها جلوگیری از تضییع حقوق یکی از طرفین یا حفظ و تأمین دلایل است.

۲-۲- دستور موقت پیش از داوری

در حیات یک قرار داد پیمانکاری بین‌المللی بسیار پیش می‌آید که اتخاذ برخی از تدابیر و تصمیمات فوری یا موقت ضرورت داشته باشد. مشکلاتی که ضرورت چنین تدابیری را توجیه می‌کنند بسیار متفاوتند. به عنوان مثال زمانی که کارفرما در نظر دارد مبالغ ضمانت‌نامه غیر قابل اعتراض قراردادی را وصول کند، در حالی که از دید پیمانکار این امر سوء استفاده از حق محسوب می‌شود یا هنگامی که پیمانکار مواد اولیه خریداری شده به حساب کارفرما را در عملیاتی غیر از عملیات موضوع قرارداد به کار می‌گیرد، در صورت عدم مصالحه بین طرفین، اتخاذ تدابیر فوری اجتناب ناپذیر است. با این حال در عرصه بین‌المللی، رجوع به نهادهای سنتی حل دعاوی، نظیر دادگاههای دولتی و داوری همواره رضایتبخش نیست.

در خصوص دادگاههای دولتی، هر چند امکان رجوع به آنها برای تقاضای صدور دستور موقت قرار یا قرار تأمینی، صرف‌نظر از قانون قابل اعمال نسبت به ماهیت دعوا وجود دارد [۹، ص ۵۷]، ولی لازمه این امر، وجود نهاد دستور موقت یا فوری در کشوری است که این‌گونه دستورها در آن مورد تقاضا قرار می‌گیرند. از سوی دیگر و بر فرض وجود چنین نهادی معلوم نیست که مرجع قضایی مورد مراجعه، اختیار صدور دستور مورد تقاضا توسط یکی از طرفین قرار داد پیمانکاری بین‌المللی را داشته باشد.

مراجعه به داوری نیز چه به لحاظ نظری و چه به لحاظ عملی نمی‌تواند همیشه مفید واقع شود. از بعد نظری، برخی از حقوقدانان اساساً با این امر که داوران اختیار صدور دستورات موقت و تأمینی داشته باشند مخالف هستند [۱۰، ش ۹ و بعد]. از طرف دیگر در قوانین داخلی

برخی کشورها، نظیر ایتالیا (ماده ۸۱۸ از قانون ۵ ژانویه ۱۹۹۴ راجع به مقررات در زمینه داوری بین‌المللی مقرر شده است : « داوران مجاز به صدور دستور یا توقیف یا سایر اقدامات تأمینی نیستند » [۱۱، صص ۵۸۶-۵۸۱].

به لحاظ عملی نیز مراجعه طرفین قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی به داوری به منظور تقاضای دستور موقت یا تأمینی با مشکلات زیادی روبه‌رو است. در واقع، آیین داوری حتی اگر سریع برگزار شود، برای پاسخگویی به توقعات طرفین در خصوص دستورهای موقت و تأمینی بسیار طولانی است. حتی زمانی که قرار داد به داوری سازمانی ارجاع می‌دهد که داوران را مجاز می‌دارد دستورهای فوری اتخاذ کنند لازمه چنین امری است که اولاً داوران انتخاب شده و ثانیاً پرونده را ملاحظه کرده باشند. بدیهی است چنین امری موجب طولانی شدن زمان تصمیم‌گیری می‌شود، بخصوص هنگامی که هر یک از طرفین قرار داد در کشورهای مختلف زندگی می‌کنند.

خلاً حقوقی موجود به نحوی که شرح داده شد موجب گردید تا اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس در سال ۱۹۹۰ مقررات [۱۱، صص ۵۸۶-۵۸۱] دستور موقت پیش از داوری^۱ را تنظیم و به دست اندرکاران قراردادهای بین‌المللی ساخت پیشنهاد کند. بر اساس این مقررات، هر یک از طرفین قراردادهای تجارت بین‌المللی می‌تواند قبل از مراجعه به داوری از شخص ثالثی تقاضا کند تا در صورت نیاز، دستورهای فوری برای جلوگیری از تضییع حق یا حفظ دلایل صادر کند.

مقررات دستور موقت پیش از داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، محصول انتقال نهاد فرانسوی قاضی دستورهای موقت^۲ به صحنه تجارت بین‌المللی است [۱۲، صص ۸۳۵]. همانند رویه‌ای که در خصوص داوریه‌های سازمانی وجود دارد طرفین قرارداد، می‌توانند با درج شرطی، رجوع به مقررات دستور موقت پیش از داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی را پیش‌بینی کنند [۱۳] شخص ثالث که یا مشترکاً توسط طرفین و یا به تقاضای طرفین توسط دبیرخانه (ICC) انتخاب می‌شود بر اساس ماده ۱-۲ دارای اختیارات زیر است :

۱. juge des référés

۲. référé pré-arbitral /pre -arbitral referee procedure

الف) دستور به هر گونه اقدام تأمینی یا اعاده وضعیت که دارای ماهیت فوری باشد، به منظور جلوگیری از یک زیان فاحش یا خسارات غیر قابل جبران یا حفظ هر گونه حق یا مال یکی از طرفین.

ب) دستور به یک طرف قرار داد برای پرداخت مبلغی به هر میزان به طرف دیگر یا شخص ثالث که بر عهده او قرار دارد.

ج) دستور به یک طرف قرارداد برای اتخاذ هر گونه تدبیر که در نتیجه قرار داد فی مابین انجام آن بر عهده او قرار دارد، از جمله امضا یا تحویل هر گونه سند و یا دستور به یک طرف برای وادار کردن غیر به امضا یا تحویل یک سند.

د) دستور به اتخاذ تدابیر لازم برای تأمین یا اقامه دلایل.

مقررات دستور موقت پیش از داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی دارای ۷ ماده است که علاوه بر بیان اختیارات ثالث به شرحی که گذشت، شامل تعریف، تقاضای رجوع به مقررات و پاسخ به آن، انتصاب ثالث، ارجاع پرونده به وی و رد ثالث، نحوه اقدام به صدور دستورهای موقت و تأمینی، قرار دستور موقت و شرایط و آثار آن، و هزینه ها و شرط نمونه ارجاع موضوع به اتاق بازرگانی بین‌المللی است.

هر چند مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، راجع به دستور موقت پیش از داوری در عمل با موفقیت همراه نبوده و از تاریخ تنظیم این مقررات در سال ۱۹۹۰ موارد مراجعه به این نهاد اندک بوده است، ولی ایده دستور موقت پیش از داوری مورد استقبال برخی از دست اندرکاران تجارت بین‌المللی و نیز متخصصین داوری قرار گرفته است. در این خصوص می‌توان به چهار مورد اشاره کرد:

- مقررات تنظیم شده توسط دانشکده حقوق کلمبیا در آمریکا تحت عنوان « قواعد دستور موقت پیش از داوری ». این مقررات دخالت یک داور ویژه را به منظور صدور دستور موقت و تأمین دلیل قبل از تشکیل دیوان داوری پیش‌بینی می‌کند. هر چند مقررات اخیر از مقررات بازرگانی بین‌المللی الهام گرفته، ولی واجد عناصر جدید است. به عنوان مثال بر خلاف مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی قرارهای داور ویژه نه تنها بر طرفین بلکه بر داوری که متعاقباً به ماهیت دعوا رسیدگی می‌کند نیز تحمیل می‌شود. [۱۴، صص ۴۰۸-۳۸۹].

- ماده ۶۷ (ف) شرایط عمومی قرار داد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور راجع به عملیات مهندسی شهری ۱۹۹۶ (کتاب قرمز) که کمیته حل اختلاف را مجاز می‌دارد

علاوه بر حل اختلاف ناشی از قرارداد در یک مرحله پیش از داوری اقدام به صدور دستور موقت و تأمینی کند. [۳، صص ۵۵ - ۵۴]

- مواد ۵ - ۱ - ۸ و ۶ - ۱ - ۸ مقررات دادرسی (چاپ ۱۹۹۲) قرارداد ساخت فرودگاه بین‌المللی هنگ کنگ این مواد به کارشناس مستقل قرارداد اختیار صدور دستور موقت و فوری می‌دهند. اختیارات ثالث با جزئیات تمام در این مواد مشخص شده‌اند [۷، ص ۲۷ و بعد]

- فرمول پیشنهادی انجمن بین‌المللی وکلا که با بهره برداری از مقررات دستور موقت پیش از داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی تهیه شده است. این فرمول متضمن راه حل موقت برای دعاوی راجع به ضمانت نامه‌های حسن انجام تعهدات قراردادی است. زمانی که کارفرما با توسل به ضمانت نامه‌های بانکی غیر مشروط و قابل دریافت با اولین تقاضا، مبالغ ضمانت نامه‌ها را از بانک مطالبه می‌کند ممکن است با مخالفت پیمانکار روبه‌رو شود. در این صورت، کارفرما می‌تواند به مقررات دستور موقت پیش از داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مراجعه کند تا ثالث موقتاً در این خصوص تصمیم بگیرد. کارفرما در دو صورت می‌تواند مبالغ ضمانت نامه را دریافت کند: الف) بلافاصله پس از تودیع معادل مبلغ ضمانت نامه تا پیمانکار بتواند در صورت رد تقاضای کارفرما توسط ثالث مبالغ دریافت شده توسط کارفرما را مسترد دارد، ب) هنگامی که هیچ‌گونه ضمانت نامه متقابلی تودیع نشده، ولی ثالثی که اختیار صدور دستور موقت را دارد تقاضای کارفرما را در خصوص مطالبه وجوه ضمانت نامه های بانکی وارد تشخیص می‌دهد [۱۵، ص ۲۴۳].

سپردن اختیار صدور دستور موقت در مرحله پیش از داوری به ثالث به خصوص با درج آن در قراردادهای نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور و سایر قراردادهای مهم بین‌المللی بیش از پیش در حال نهادینه شدن است.

پس از معرفی اجمالی نهادهای شبه داوری مورد استفاده در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، دانستن این نکته ضرورت دارد که این نهادها چه وجوه تمایزی با نهاد داوری بین‌المللی دارند.

۳ - تمیز نهادهای شبه داوری از نهادهای داوری

تفکیک نهادهای پیش از داوری از نهاد داوری، این فایده علمی را در بر دارد که نقش هر یک از نهادها را در سیستم حل اختلاف مورد استفاده در قرارداد پیمانکاری بین‌المللی مشخص می‌کند

و در نتیجه، حقوق و تکالیف هر یک از طرفین را در چار چوب این نهادها معین می‌کند. با توجه به تفاوت اساسی بین کاربرد راه‌های موقت و الزام آور و دستور موقت پیش از داوری به مطالعه معیارهای ممیز این نهادها با داوری می‌پردازیم.

۳-۱- تمیز راه‌های موقت الزام آور از داوری

۳-۱-۱- تمیز روش حل اختلاف توسط مهندسی مشاور از داوری

در بررسی تفاوت بین ماده ۱-۶۷ قراردادهای نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (کتاب قرمز) که ناظر بر نقش پیش از داوری مهندس مشاور است و داوری شاید اولین نکته‌ای که به نظر برسد نفی هر گونه مقایسه بین این دو نهاد است. در واقع از نظر زمانی، آیین پیش‌بینی شده توسط ماده ۱-۶۷ همواره در مرحله‌ای پیش از داوری مورد استفاده قرار می‌گیرد که هدف از آن به تأخیر انداختن بلکه اجتناب از مراجعه به داوری است. به عبارت دیگر، مراجعه قبلی طرفین به مهندس مشاور پیش شرط ارجاع دعوا به داوری تلقی می‌شود.

با این حال چنین استدلالی خیلی محکم نیست؛ چه در قراردادهای تجاری امکان پیش‌بینی داوری دو مرحله‌ای منتفی نیست [۱۶، ص ۱۰۰۳]. به عبارت دیگر می‌توان گفت که رجوع به مهندس مشاور در واقع رجوع به داوری مرحله اول است. حتی در عرصه بین‌المللی بانک جهانی در سال ۱۹۹۵ استفاده از چنین سازوکاری را پیشنهاد می‌کند. در حقیقت، وجود ویژگی‌هایی، حداقل مقایسه نظری بین دخالت مهندس مشاور و داور را ممکن می‌سازد. در وهله اول، مهندس مشاور همانند داور به منظور ارائه راه‌حلی برای دعوا اقدام می‌کند. ثانیاً مهندس مشاور نیز مانند داور در خصوص کلیه اختلافات بین پیمانکار و کارفرما حتی آنها که جنبه حقوقی دارند اظهار نظر می‌کند. و سرانجام اینکه هر دو تصمیماتی می‌گیرند که جنبه الزامی برای طرفین دارد. با این حال، تشابه بین این دو نهاد در همین جا متوقف می‌شود. اختلاف اصلی بین این دو نهاد آن است که مهندس مشاور فاقد استقلالی است که از جمله شروط اساسی داوری به‌شمار می‌آید. همان‌طور که قبلاً گفته شد، مهندس مشاور توسط کارفرما انتخاب می‌شود و دستمزد خود را نیز از او می‌گیرد. از سوی دیگر همان‌طور که به روشنی از ماده ۱-۶۷ بر می‌آید مهندس هیچ تکلیفی در رعایت اصول حاکم بر یک دادرسی عادی ندارد و به‌طور یکجانبه به انجام مأموریت خود می‌پردازد نه اصل ترافیعی بودن

رسیدگی و نه توجیه تصمیم، هیچیک بر مهندس تحمیل نمی‌شود و همچنین رسیدگی فاقد ماهیت سری است .

به علاوه بر خلاف داور که در صدور رأی اصولاً باید قواعد قانون حاکم بر قرارداد را مدنظر قرار دهد، مهندس مشاور الزامی در اعمال قانون ندارد. وی می‌تواند بر اساس قواعد پیمانکاری بین‌المللی و نیز رویه های تجاری یا حتی بر اساس انصاف یا بر مبنای اقتناع شخصی تصمیم بگیرد [۱۷، ص ۹۰]

همچنین اگر چه تصمیم مهندس موقتاً بر طرفین تحمیل می‌شود، ولی بر خلاف رأی داور به هیچ وجه از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار نیست. در فرضی که یکی از طرفین از اجرای تصمیم مهندس سرپیچی کند طرف دیگر چاره ای جز تقاضای الزام مستنکف از مرجع قضایی دولتی نخواهد داشت. بدین منظور متقاضی اجرا باید مطابقت تصمیم مهندس را با مندرجات قراردادی اثبات کند. به عبارت دیگر، در حالی که تصمیمات مهندس مشاور قدرت الزام آور خود را از اراده مشترک طرفین کسب می‌کند، رأی داوری آن را از اعتبار قضیه محکوم بها به دست می‌آورد .

سرانجام اینکه اصلاحات به عمل آمده در شرط رجوع به مهندس مشاور مانع آن است که مأموریت محول به وی داوری توصیف شود .

از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که ماده ۱-۶۷ شرایط عمومی قرارداد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، حاوی یک روش حل اختلاف قراردادی بسیار ویژه است. در واقع، چنین شرطی یک توافق خاص^۱ است که در حقوق ایران صحت آن از مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی بر می‌آید. این شرط، حل کلیه دعاوی را که ممکن است در طول اجرای قرارداد بین کارفرما و پیمانکار بروز نماید در یک مرحله پیش از داوری پیش بینی می‌کند.

۳-۱-۲- تمیز کمیته حل اختلاف از داوری

همانطور که گفته شد کمیته حل اختلاف نهادی است که عمدتاً جانشین روش حل اختلاف از طریق مهندس مشاور می‌شود. تفاوت عمده بین این دو نهاد، استقلال حقوقی و اقتصادی اعضای کمیته از طرفین قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی است. استقلال کارشناسانی که برای حل دعاوی ناشی از قرارداد مداخله می‌کنند عنصر بسیار مهمی است که نتیجه مستقیم آن،

۱. sui generis

بیطرفی در تصمیم گیری و صدور رأی است. در واقع مفهوم استقلال از مفهوم «قضاوت کردن» یا داوری کردن غیر قابل تفکیک است.

استقلال کمیته از طرفین دعوا این نهاد را بیش از پیش به نهاد داوری نزدیک می کند. قبل از همه، کمیته حل اختلاف و داور هر دو برای ارائه راه حل در خصوص دعوا اقدام می کنند. به علاوه در هر دو مورد، ثالث تصمیماتی می گیرد که برای هر دو طرف دعوا الزامی هستند و بالاخره این امکان حداقل به لحاظ نظری وجود دارد که روش حل اختلاف از طریق کمیته حل اختلاف، یک نوع داوری بدوی تلقی گردد و داوری موضوع قرارداد داوری، مرحله تجدید نظر محسوب شود.

با این حال، تفاوت‌های بین کمیته حل اختلاف و داوری مسلم هستند. در وهله اول، داور اختیارات به مراتب وسیعتری از کمیته حل اختلاف دارد. داور نه تنها در رد یا قبول تصمیم کمیته حل اختلاف آزادی کامل دارد، بلکه می تواند آنرا کلاً اصلاح کند یا تغییر دهد. طرفین دعوا در ارائه دلایل جدید در مقابل دیوان داوری آزادی کامل دارند و چارچوب دلایل و مستندات ارائه شده در مقابل کمیته محدود نیست [۱۸].

به علاوه، محدوده دعوا و نیز لحظه بروز آن در صلاحیت داور یا داوران تأثیر ندارد، رویه مورد عمل در زمینه قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، مثالهای متعددی را در این زمینه عرضه می کند. به عنوان مثال بر اساس ماده ۱ - ۶۷ قرارداد ساخت تونل زیر دریای مانش فقط دعاوی پیش آمده در طول اجرای قرارداد، قبل از ارجاع به داوری توسط کمیته کارشناسان حل و فصل می شود، ولی حل آن دسته از دعاوی که پس از پایان عملیات یا پس از صدور تأییدیه تحویل کارهای موضوع پیمان بین طرفین بروز می کند در صلاحیت کمیته قرار ندارد. به عکس ماده ۴ - ۶۷، همان قرارداد (شرط داوری) به داوران اجازه می دهد نه تنها در خصوص کلیه دعاوی که قبلاً به کمیته کارشناسان ارجاع شده، بلکه در خصوص کلیه دعاوی - صرف نظر از ماهیت آنها و حتی در باب مواردی که مرتبط با قرارداد هستند یا در طول اجرای قرارداد یا بعد از اجرای قرارداد و حتی پس از پایان عملیات اجرایی حادث شده اند - تصمیم بگیرند.

از سوی دیگر، اغلب شروطی که به روش کمیته حل اختلاف ارجاع می دهند صراحتاً این نهاد را از داوری تفکیک می کنند. در این باره بند سوم از ماده ۲ - ۶۷ شرایط عمومی فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور در خصوص عملیات مهندسی شهری (مصوب ۱۹۹۶) صراحتاً اعلام می دارد: «کمیته به عنوان مجمع کارشناسان اقدام می کند، نه به عنوان داور

... « این قید عیناً در بند اول از ماده ۴ - ۲۰ قرار داد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور راجع به طراحی، ساخت و کلید در دست » آمده است [۴].

مفهوم قید اخیر آن است که کمیته بر خلاف داور مکلف به رعایت اصل توافقی بودن رسیدگی یا توجیه و مدلل ساختن تصمیم خود نیست و در نتیجه، تصمیمات کمیته حل اختلاف نمی تواند از تسهیلات اجرایی کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی برخوردار گردد [۱۹، ص ۴۵۸].

آخرین نقطه افتراق بین کمیته حل اختلاف و داوری از هدف نهایی مراجعه به کمیته استنباط می شود. در سیستم پیش‌بینی شده برای حل اختلاف در قراردادهای نمونه پیمانکاری بین‌المللی، حل و فصل دعاوی در مرحله پیش از داوری توسط کمیته حل اختلاف اساساً با هدف صرفه جویی در زمان و هزینه صورت می گیرد. در واقع، منظور از مراجعه به چنین نهادی رفع منازعه در مدت زمانی بسیار کوتاه نسبت به داوری یا دادگاههای دولتی است. عنصر زمان به ویژه در قراردادهایی که منابع مالی قابل توجهی در آنها به کار رفته اهمیت بسیار دارد. در چنین قراردادهایی، هر گونه تأخیر در اجرای قرارداد ممکن است زیانهای بسیار و غیر قابل انتظاری، نه تنها بر پیمانکار، بلکه بر کارفرما وارد آورد. برای امتناع از چنین خطری، متعاقدين قرار دادهای پیمانکاری بین‌المللی با توسل به تمامی طرق تلاش می کنند تا اجرای قرارداد متوقف نشود.

از نظر روانی نیز مراجعه قبلی به کمیته حل اختلاف می تواند به کاهش جو اختلاف و عدم اعتماد کمک کند و فضای مذاکره و علاقه به توافق را مساعد سازد. داوری قادر نیست هدفهای مورد تعقیب از مراجعه به کمیته حل اختلاف را برآورده سازد.

۳- ۲- تمیز دستور موقت پیش از داوری از دستور موقت داوری

توافق قراردادی طرفین برای مراجعه به ثالث به منظور صدور دستور موقت در مرحله پیش از داوری یک هدف بسیار مشخص را تعقیب می کند که عبارت است از حمایت از اموال و حقوق طرفین قرارداد در فرضی که دخالت دادگاههای دولتی یا داوری غیر ممکن یا بی ثمر باشد. بدین منظور، اختیاراتی به ثالث اعطا می شود تا با اتخاذ تدابیری در سریعترین زمان ممکن نسبت به جلوگیری از تضییع حقوق یا تأمین دلیل اقدام کند.

چنین هدفی حاکی از استقلال شروط ارجاع دهنده به نهاد دستور موقت پیش از داورى از سایر شروط قراردادی از جمله شرط داورى است. ولی معیارهای متعددی موجب شباهت ثالث مجاز به صدور دستور موقت پیش از داورى و داورى است که از اختیار صدور دستور موقت و تأمینى برخوردار است.

قبل از همه باید متذکر شد که دخالت داور و ثالث هر دو ریشه قراردادی دارد و در هر دو مورد ثالث ابتدا نمیتواند در ماهیت دعوا اظهار نظر کند. به علاوه هیچیک از آن دو اختیاری در مقابل طرفین ندارد و تصمیمات متخذه توسط آنها از اعتبار قضیه محکوم بها برخوردار نیست و جز طرفین دعوا را متعهد نمى سازد. همچنین با توجه به عدم برخورداری از «امپریوم»^۱، داور همانند ثالث مکلف است در صورت نیاز به الزام یکی از طرفین، از دادگاههای دولتی کمک بگیرد. اما علی‌رغم شباهت زیاد بین دستور موقت پیش از داورى و داورى متضمن دستور موقت، یک عنصر اساسی این دو نهاد را از یکدیگر متمایز می سازد. هدف از مقررات دستور موقت پیش از داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی و سایر شروط مشابه، آن است که مشکل اشتغال بلافاصله و سریع داور را برای صدور دستورات فوری برطرف کند. در واقع مدت زمانی که بین تاریخ درخواست صدور دستور موقت از داور تا تشکیل دادگاه داورى سپری می شود به ویژه در عرصه بین‌المللی با سرعت لازم برای اتخاذ تدابیر فوری هماهنگی ندارد.

از سوی دیگر، مقررات دستور موقت پیش از داورى می تواند شرط داورى مندرج در قرارداد را تکمیل کند. هنگامی که شرط داورى به قانون ملی یا به مقررات داورى ارجاع می دهد که به موجب آنها، داور اجازه صدور دستور موقت را ندارد یا تنها صدور بعضی از دستورها برای وی مجاز است، شرط دستور موقت پیش از داورى می تواند این خلأ را پر کند. تفکیک بین دستور موقت پیش از داورى و دستور موقت داورى بدون فایده عملی نیست. هنگامی که دستور موقت از سوی داور صادر شود و شکل یک رأی مدلل را به خود بگیرد، امکان اینکه چنین رأیی از سوی دادگاههای دولتی به اجرا گذارده شود بسیار زیاد است. مستند قاضی برای اجرای چنین رأیی ممکن است قانون شکلی حاکم بر قرار داد یا کنوانسیونهای بین‌المللی منعقد در این خصوص، نظیر کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در زمینه شناسایی و اجرای احکام داورى خارجی باشد. با این حال، اگر دادگاه دولتی که

۱. imperium

اجرای قرار دستور موقت از او تقاضا شده، اختیار انحصاری صدور چنین دستوراتی را برای خود قائل باشد، تفکیک بین دستور موقت داور و دستور موقت پیش از داور بی فایده خواهد بود؛ زیرا در هر صورت، دادگاه تقاضای اجرای چنین دستوری را مردود خواهد دانست. همچنین است اگر دستورات متخذ توسط داور بر اساس قوانین آیین دادرسی متبوع دادگاه قابل اجرا نباشد [۱۲، صص ۸۴۷-۸۴۶]. ۱

به طور خلاصه، شروط متضمن رجوع به نهاد دستور موقت پیش از داور، نسبت به داور متضمن دستور موقت از استقلال برخوردار است. آنچه این استقلال را توجیه می کند سرعت در رسیدگی به تقاضای طرفین قرارداد برای صدور دستور موقت یا تأمین است. به عنوان مثال با توجه به ماده ۲ - ۶ مقررات اتاق بازرگانی دستور موقت پیش از داور با احتساب مدت زمان انتصاب ثالث، حداکثر ظرف ۲۸ روز از تاریخ درخواست صادر می شود [۹-۴، صص ۲۰، صص ۹-۴] در حالی که حداقل زمان اظهار نظر دیوان داور اتاق بازرگانی بین المللی از نوع سریع آن، صرف نظر از مدت لازم برای تشکیل دادگاه داور ۷۰ روز است. پس از بررسی وجوه تمایز بین نهادهای شبه داور و نهاد داور، پاسخ به یک سؤال اساسی ضرورت پیدا می کند. درج شرط شبه داور در قرار دادهای پیمانکاری بین المللی چه تأثیری بر حق رجوع طرفین به داور به موجب قرار داد یا شرط داور دارد؟

۴- آثار شروط مراجعه به شیوه های شبه داور در حق مراجعه طرفین به داور

در قراردادهای پیمانکاری بین المللی، شرط مراجعه به نهادهای شبه داور اعم از مهندسان مشاور، کمیته حل اختلاف دستور موقت پیش از داور با شرط داور همراه است که اغلب به داوریهای سازمانی نظیر داور اتاق بازرگانی بین المللی ارجاع می دهد. با توجه به اینکه رجوع به نهادهای شبه داور به موجب اغلب قراردادهای پیمانکاری بین المللی الزامی هستند. (ماده ۸-۶۷ کتاب قرمز و ۴-۲۰ کتاب نارنجی) پرسش مهمی که به ذهن می رسد این است که این الزام قراردادی تا چه حد طرفین را متعهد می سازد. به عبارت دیگر آیا چنین شروطی مطلقاً حق مراجعه مستقیم کارفرما و پیمانکار را به دیوان داور از آنها سلب می کند و گرنه در چه شرایطی می توان شروط پیش از داور را ناپدید گرفته موضوع اختلاف را به داوران ارجاع کرد؟

با توجه به اصول کلی حقوقی و مورد قبول اکثر نظامهای حقوقی، پاسخ این است که شرط مراجعه به نهادهای شبه داوری، مانند هر شرط دیگر، طرفین قرارداد را متعهد به اجرای مفاد آن می‌کند. به عبارت دیگر، پیمانکار و کارفرما مکلفند هر بار که دعوا یا اختلافی در طول اجرای قرارداد در خصوص آن پیش می‌آید، قبل از مراجعه به دیوان داوری مندرج در شرط داوری، موضوع دعوا را به نهادهای شبه داوری ارجاع دهند و تنها در صورتی که رأی یا تصمیم متخذ توسط این نهادها مورد قبول آنها نبود، برای حل نهایی دعوا موضوع را در مقابل داور یا داوران مطرح کنند. با این حال، با توجه به سایر مقررات قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، رویه قضایی حاکم بر داوری بین‌المللی، و دکترین موجود در این زمینه می‌توان به این نکته پی برد که قاعده لزوم مراجعه به نهادهای شبه داوری، قاعده‌ای مطلق نیست و استثنائاتی همراه است.

از آنجا که تفاوت وضعیت راه حلهای موقت اجباری، با دستور موقت پیش از داوری از حیث این مستثنیات است به طور جداگانه آنها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۴-۱- شرایط رجوع به داوری علی‌رغم وجود شرط متضمن راه حلهای موقت الزام‌آور
با توجه به نقش مشابهی که مهندس مشاور و کمیته حل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی برای حل اختلافات ناشی از قرار داد در مرحله پیش از داوری ایفا می‌کنند، مواردی که استثنا بر اصل لزوم مراجعه به این نهادها قبل از مراجعه به داوری هستند نیز در هر دو نهاد یکسان است. این مستثنیات عبارتند از:

۴-۱-۱- عدم اجرای تصمیم مهندس مشاور یا کمیته حل اختلاف توسط یکی از طرفین
قرار داد

بر اساس ماده ۶۷ قرداد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور راجع به عملیات مهندسی شهری (چاپ چهارم ۱۹۸۷)، پس از صدور تصمیم مهندس مشاور، در صورتی که نه کارفرما و نه پیمانکار ابلاغی حاکی از قصدشان برای احاله دعوا به داوری در مدت پیش‌بینی شده در ماده ۱-۶۷ صورت ندهند، تصمیم مهندس مشاور قطعیت پیدا می‌کند. در چنین فرضی هر یک از طرفین، در صورتی که طرف دیگر این تصمیم را رعایت نکرده باشد، می‌تواند موضوع عدم اجرای تصمیم مهندس را مطابق مقررات ماده ۲-۶۷ به داوری ارجاع کند.

به عبارت دیگر، زمانی که تصمیم مهندس در باب به موضوع اختلاف بر اساس ماده ۶۷-۱ قطعیت پیدا کرد و یکی از طرفین از اجرای این تصمیم استنکاف ورزید طرف دیگر می تواند مستقیماً به داوری رجوع کند، بدون اینکه ملزم باشد دوباره موضوع عدم اجرای تصمیم را به مهندس ارجاع کند. اما سؤال این است که آیا اجرای تصمیم مهندس مشاور را می توان یک دعوی قابل ارجاع به داوری محسوب کرد؟ برخی از نویسندگان به این پرسش، پاسخ مثبت داده اند: «عدم اجرای تصمیم قطعی صادر شده از سوی مهندس، یک اختلاف در اجرای قرارداد محسوب می شود». امروزه روشن است که صلاحیت داوران، صلاحیت کلی است و ارزیابی عدم اجرای تصمیم قطعی مهندس که نقش شبه داور را ایفا می کند به داوران تعلق دارد. در این صورت، داوران می توانند مستقیماً به موضوع رسیدگی کرده، بدون توجه به مرحله پیش از داوری، رأی خود را که قابلیت اجرایی الزامی دارد صادر کنند [۲۱، ص ۶۰۹].

درخصوص کمیته حل اختلاف، استثنای مورد بحث صراحتاً توسط برخی شروط قراردادی پیش بینی شده است. برای مثال مواد ۷-۲۰ قرارداد نمونه فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور راجع به طراحی ساخت و کلید در دست (کتاب نارنجی) و ماده ۱-۶۷ مربوط به عملیات مهندسی شهری (کتاب قرمز) بر اساس تکمله ۱۹۹۶، در این خصوص مقرراتی نظیر آنچه در خصوص تصمیم مهندس مشاور ذکر شد وضع کرده اند. در سایر شروطی که به کمیته حل اختلاف ارجاع می دهند و قبلاً درباره آنها صحبت شد، نظیر قرارداد «انا» در ژاپن، قرارداد ساخت فرودگاه هنگ کنگ و قرارداد ساخت تونل زیر دریای مانش، چنین تصریحی وجود ندارد. با این حال می توان بدون تردید پذیرفت که عدم اجرای تصمیم کمیته از سوی یکی از طرفین، طرف دیگر را مجاز می سازد تا دعوی را که قبلاً به کمیته ارجاع شده در مقابل دیوان داوری مطرح کند، زیرا ارجاع دوباره دعوی که درباره آن قبلاً تصمیم گیری شده به همان فرد یا افراد، بی فایده و غیر منطقی است. داورانی که به چنین دعوی رسیدگی می کنند آنرا چه به لحاظ شکلی و چه به لحاظ ماهوی مورد قضاوت قرار خواهند داد.

۴-۱-۲- عدم انتخاب مهندس مشاور یا اعضای کمیته حل اختلاف

دومین استثناء بر لزوم مراجعه ابتدایی به مهندس مشاور یا کمیته حل اختلاف، بیشتر در عمل نمود پیدا می کند و آن زمانی است که علی رغم انعقاد قرارداد پیمانکاری بین المللی، ثالثی که

اختیار حل و فصل دعاوى در یک مرحله پیش از داورى به او سپرده شده انتخاب نگردیده و یا انتخابش از سوى یکی از طرفین (کارفرما در خصوص مهندس مشاور) به اطلاع طرف دیگر نرسیده است. بدیهی است در این صورت، مدعى چاره ای جز رجوع به دیوان داورى ندارد. حکم داورى نهایی صادره در پروند سال ۱۹۹۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی [۲۲، ص ۱۵] یک مثال جالب در این زمینه عرضه می‌کند. در موضوع پرونده، یک قرارداد پیمانکاری فرعى بین خواننده به عنوان پیمانکار قرارداد اصلی و خواهان به عنوان پیمانکار فرعى منعقد می‌شود. پس از تنظیم قرارداد بر اساس قرارداد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، یک مهندس که در رأی داورى مهندس شماره ۱ نام گرفته، توسط کارفرمای قرارداد اصلی انتخاب می‌شود، ولی برای قرارداد فرعى هیچ مهندسى انتخاب نمی‌شود.

با بروز دعوا بین طرفین قرارداد اخیر، خواهان مستقیماً موضوع را به دیوان داورى ارجاع می‌دهد؛ اما خواننده صلاحیت دیوان را مورد ایراد قرار می‌دهد، با این استدلال که تکلیف مراجعه پیش از داورى به مهندس به مفهوم ماده ۶۷ رعایت نشده است. دیوان داورى اعلام می‌دارد که ماده ۶۷ شرایط فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور تنها زمانی از عناصر رابطه قراردادی محسوب می‌شود که خواننده در مقابل خواهان اقدام به انتخاب مهندس کرده باشد. به این دلیل، تشریفات رجوع به مهندس قبل از تشکیل دیوان داورى و نیز مهلهای مربوط به آن، فاقد اعتبار در روابط بین طرفین است و به همین استدلال خواننده نمی‌تواند ایراد عدم صلاحیت دیوان داورى را بر مبنای عدم مراجعه به مهندس شماره ۱ مطرح کند.

از سوى دیگر براساس حکم داورى صادره از پرونده اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) شماره ۴۴۱۶، در سال ۱۹۸۵، در فرضی که کارفرما یکی از کارکنان شخصی خود را به عنوان مهندس برمی‌گزیند رویه قضایی داورى بر آن است که پیمانکار می‌تواند شرط رجوع به مهندس را برای حل اختلافات نادیده گرفته، مستقیماً به داورى مراجعه کند. در موضوع دعوا، داوران بر این اعتقاد بودند که شخص برگزیده شده مهندس به مفهوم قرارداد فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور نیست. تصمیم دیوان داورى را باید این گونه توجیه کرد که این شخص در واقع نمی‌تواند نسبت به طرفین دعوا، ثالث تلقی گردد، زیرا او کسی جز نماینده کارفرما نیست.

در خصوص کمیته حل اختلاف، استثنای ناشی از عدم انتخاب اعضای کمیته صراحتاً توسط برخی از قراردادهای حاوی این شرط پیش بینی شده است. به عنوان مثال بر اساس بند ۲ ماده ۱ - ۲ - ۶ قرارداد نمونه (انجمن ژاپنی توسعه مهندسی: «انا» اگر طرفین در مدت

۱۴ روز از تاریخ دریافت اخطاریه از سوی یکی از آنها حاکی از قصد مراجعه به کارشناس، در خصوص انتخاب وی یا در خصوص تقاضا از اتاق بازرگانی بین‌المللی برای انجام چنین انتخابی به توافق نرسند، دعوا به داوری ارجاع خواهد شد. با این حال در خصوص سایر قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی که متضمن شرط مراجعه به کمیته حل اختلاف هستند، نظیر قراردادهای نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، عدم انتخاب اعضای کمیته متصور نیست. این قراردادها شخص یا سازمان ثالثی را برای انتصاب کارشناس یا کارشناسانی که وظیفه حل اختلافات را در مرحله پیش داوری عهده هستند پیش بینی می‌کنند.

۳-۱-۴- توافق طرفین برای مراجعه مستقیم به داوری

یکی دیگر از استثنایهای لزوم مراجعه قبلی به مهندس مشاور یا کمیته حل اختلاف، موردی است که طرفین توافق می‌کنند با صرف‌نظر کردن از مرحله پیش از داوری، موضوع اختلاف را مستقیماً به دیوان داوری ارجاع دهند. رأی داوری موضوع پرونده ۴۸۹ سال ۱۹۸۶ اتاق بازرگانی بین‌المللی، چنین توافقی را تأیید کرده است. داوران اعلام کرده‌اند طرفین قرارداد می‌توانند از اعمال ماده ۶۷ قرارداد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور صرف‌نظر کنند. داوران استدلال کرده اند که هیچ چیزی در عرف تجاری، اصلاح ضمنی قرار داد را نفی نمی‌کند. علاوه بر این، قانون قابل اعمال در خصوص قرارداد (قانون عربستان سعودی) حق اصلاح قرار داد را برای طرفین به رسمیت شناخته است، مشروط بر اینکه چنین اصلاحی با هیچیک از قواعد نظم عمومی در تضاد نباشد (۵ همان صفحات). توافق برای مراجعه مستقیم به دادگاه داوری در خصوص قرار دادهایی که شرط رجوع به کمیته حل اختلافات در مرحله پیش از داوری در آنها پیش بینی شده نیز صحیح و امکانپذیر است. در واقع از آنجا که قرارداد زاده اراده مشترک طرفین است اصولاً هیچ چیز مانع از آن نیست که طرفین تمام یا بخشی از آن را با توافق دو جانبه نادیده بگیرند.

۴-۱-۴- استثنای ناشی از محدوده اختیارات مهندس مشاور و کمیته حل اختلاف

یکی دیگر از استثنایات لزوم مراجعه به نهادهای حل اختلاف شبه داوری را می‌توان از حدود اختیارات مهندس مشاور یا کمیته حل اختلاف برای حل و فصل دعاوی موضوع قرار دادهای پیمانکاری بین‌المللی استنباط کرد.

در خصوص مهندس مشاور، ماده ۱ - ۶۷ قرار داد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور راجع به عملیات مهندسی شهری (چاپ چهارم) به صورت کلی و غیرمشخص اعلام می‌دارد که تمام دعاوی، حتی آنهایی که پس از پایان عملیات قرار دادی بین طرفین پیش می‌آید، باید مقدمتاً به مهندس ارجاع شود، ولی این ماده هیچ‌گونه مهلتی را در این خصوص معین نمی‌کند. به نظر برخی از متخصصین حقوق قراردادهای بین‌المللی ساخت، هنگامی که کارها به پایان رسید و تأییدیه تحویل موضوع پیمان صادر شد، مهندس هیچ تکلیف قراردادی دیگری ندارد، زیرا قرارداد وی با کارفرما به پایان رسیده است [۶، صص ۳۴۴-۳۴۲].

فقدان صراحت در ماده ۱ - ۶۷ مذکور در فوق، مشکل قبول یا عدم قبول شکایت مطرح شده توسط پیمانکار از سوی مهندس را موجب گردیده است. ذکر مثالی در این مورد بی‌فایده نخواهد بود. رأی ۱۰ مارس ۱۹۸۸ دادگاه تجدید نظر پاریس، راجع به قرار دادی است که ماده ۶۵ آن مطابق قرار داد نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور تنظیم شده و بر اساس آن، مهندس اختیار دارد در خصوص دعاوی ناشی از ساخت در طول اجرای قرار داد و یا بعد از پایان آن اظهار نظر کند. با بروز دعوا بین طرفین، پیمانکار با استناد به ماده فوق به مهندس رجوع می‌کند. مهندس از اظهار نظر نسبت به دعوا استنکاف می‌ورزد و به ویژه اعلام می‌کند: «وظیفه ما به عنوان مهندس آنچنان که در قرارداد ذکر شده به پایان رسیده است. ما دیگر از هیچ‌گونه قدرت قانونی برای اقدام به عنوان مهندس برخوردار نیستیم و در نتیجه صلاحیت بررسی شکایات رسیده از این یا آن طرف قرار داد را نداریم ...». پیرو این اعلامیه، پیمانکار، دعوا را به داوری ارجاع می‌دهد. کارفرما با استناد به ماده ۶۵ قرارداد، قبول رسیدگی به شکایت پیمانکار را مورد اعتراض قرار می‌دهد، زیرا به نظر وی بر اساس ماده ۶۵ حل مقدماتی دعاوی از طریق مهندس الزامی است.

دادگاه تجدید نظر پاریس ایراد کارفرما را مردود اعلام می‌دارد. به نظر دادگاه: «اعلامیه مهندس را باید تصمیم وی به استنکاف از حل دعوایی تلقی کرد که پس از پایان اجرای قرارداد و ترک کارگاه بروز نموده است. از این رو پیمانکار در ارجاع دعوی مرتبط با اجرای قرار داد و نتایج آن به داور محق بوده است» [۲۳، ص ۲۶۹].

عدم صراحت در خصوص محدوده اختیارات مهندس مشاور، در اکثر قراردادهای حاوی شرط رجوع به کمیته حل اختلاف رفع شده است. به عنوان مثال، ماده ۶۷ قرار داد ساخت تونل زیر دریای مانس، رسیدگی به آن دسته از دعاوی را که پس از صدور تأییدیه تحویل موضوع پیمان، یا پس از رها کردن کارها توسط پیمانکار و یا پایان قرار داد بروز

می‌کند، از صلاحیت کمیته کارشناسان خارج کرده است. طبیعی است که حل و فصل این گونه دعاوی با دیوان داوری است. قرار داد نمونه «انا» نیز صلاحیتهای کارشناس مأمور حل و فصل دعاوی پیمان را مشخصاً و به صورت محصور بر شمرده است. قرار دادهای نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور نیز تصریح می‌کنند که پس از پایان مدت زمانی که اعضای کمیته برای آن مدت انتخاب شده‌اند کلیه دعاوی مستقیماً توسط داوری حل و فصل خواهند شد. (ماده ۶-۶۷ کتاب قرمز و ۸-۲۰ کتاب نارنجی) این مدت معمولاً برابر با مدت قرار داد است و دعاوی پیش آمده پس از پایان عملیات ساخت اصولاً باید به دیوان داوری ارجاع شوند. با این حال جای تأسف است که این دو قرارداد، مشکل حدود اختیارات کمیته حل اختلاف را به صراحت حل نکرده‌اند. در این مورد، قرارداد ساخت تونل زیر دریای مانش می‌توانست مورد اقتباس قرار گیرد.

۴-۱-۵- استثنای ناشی از دعاوی صرفاً حقوقی

همان‌طور که گفتیم، هدف اصلی از سپردن حل دعاوی به مهندس مشاور و کمیته حل اختلاف در مرحله پیش از داوری آن است که دعاوی موضوع قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی که اغلب جنبه فنی و تکنیکی دارند در سریعترین وقت ممکن حل و فصل گردند و از توقف قرارداد اجتناب شود. ولی نگاهی به شروط متضمن رجوع به مهندس مشاور و کمیته حل اختلاف نشان می‌دهد که تمامی این شروط، رسیدگی به مطلق دعاوی را در صلاحیت کارشناسان قرار داده‌اند. به عبارت دیگر، مهندس و کمیته حل اختلاف قادرند نه تنها در خصوص دعاوی فنی، بلکه در خصوص دعاوی حقوقی نیز اظهار نظر کنند. از سوی دیگر تصمیمات این کارشناسان حداقل تا زمانی که توسط دادگاه نقض یا اصلاح نشده‌اند نسبت به طرفین الزام آورند.

هر چند مزایای چنین سیستمی انکار ناپذیر است ولی سؤالی که فوراً به ذهن متبادر می‌شود این است که مهندس یا کمیته کارشناسان که اصولاً حقوقدان نیستند چگونه می‌توانند دعاوی صرفاً حقوقی را که با حقوق و تکالیف قرار دادی طرفین مرتبط هستند حل و فصل کنند؟

پاسخهای متفاوتی به این پرسش داده شده است. حقوق انگلیس که قراردادهای نمونه فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور در آنجا زاده شده و نشو و نما کرده است بر آن است که مهندس مشاور، صلاحیت پاسخگویی به دعاوی صرفاً حقوقی را نیز دارد؛ ولی حقوق

سایر کشورها حتی با در نظر گرفتن این نکته که تصمیمات مهندس توسط دیوان داوری بازنگری خواهد شد چنین اختیاراتی را نمی‌پذیرند [۲۴، صص ۳۴۱-۳۲۹] در حقوق فرانسه گفته شده که مهندس هیچ‌گونه صلاحیتی در این زمینه ندارد و روح قرارداد فدراسیون، رجوع به مهندس را زمانی که دعوا جنبه حقوقی دارد منتفی می‌داند [۲۱، ص ۶۱۸].

برخی دیگر نیز برای حل مشکل پیشنهاد کرده‌اند که مهندس اختیار داشته باشد دعاوی صرفاً حقوقی را براساس نظر حقوقی مستقلی که از یک منبع صلاحیتدار کسب شده حل و فصل کند [۲۵، ص ۵۹۳].

راه حل دیگری در قرار داد ساخت تونل زیر دریای مانس ارائه شده است. به موجب ماده ۶۷ این قرار داد، کمیته کارشناسی مأمور حل اختلاف در مرحله پیش از داوری از دو مهندس و یک رئیس^۱ که یک استاد حقوق است تشکیل می‌شود. چنین راه حلی منطقی به نظر می‌رسد و برای سیستمهای حقوقی مختلف قابل قبول است. مسلماً وقتی دعوی ارجاع شده به کمیته یک اظهار نظر صرفاً حقوقی را طلب می‌کند، سایر اعضای کمیته عملاً چاره ای جز پیروی از نظر عضو حقوقدان نخواهند داشت.

در مورد قرار دادهایی که چنین تدبیری در آنها اندیشیده نشده، می‌توان گفت که سپردن حل دعاوی صرفاً حقوقی به شخص یا اشخاصی که هیچ‌گونه تخصصی در مسائل حقوقی ندارند، منطقی و صحیح به نظر نمی‌رسد. به عنوان مثال زمانی که کارفرما به استناد یکی از شروط قرار دادی در صدد فسخ قرارداد است، یا هنگامی که پیمانکار به موارد فورس ماژور مذکور در قرار داد استناد می‌کند، تشخیص صحت ادعاهای طرفین، مستلزم تفسیر قرارداد، و تطبیق اوضاع و احوال حاکم بر شروط قراردادی است و بی‌شک اظهار نظر در خصوص چنین مسائلی از صلاحیت مهندسین مشاور یا کمیته کارشناسان خارج است.

از آنچه گفته شد نتیجه می‌شود که یکی دیگر از مستثنیات لزوم رجوع به نهادهای شبه داوری، دعاوی هستند که جنبه صرفاً حقوقی دارند. در صورت بروز این‌گونه دعاوی، هر یک از طرفین می‌تواند نهاد شبه داوری را نادیده گرفته مستقیماً به دادگاه دیوان مراجعه کند.

۴-۲- شرایط رجوع به داوری علی‌رغم وجود شرط موقت پیش از داوری

^۱. chairman

زمانی که قرار داد پیمانکاری بین‌المللی به طور همزمان حاوی شرط دستور موقت پیش از داوری از یک سو و شرط داوری از سوی دیگر است که به مقررات داوری سازمانی یا به قانون ملی ارجاع می دهد و براساس آن داور یا داوران مجاز به صدور دستور موقت هستند، بحث تعارض صلاحیت بین این دو نهاد مطرح می شود. درواقع سؤال این است که آیا یکی از طرفین قرارداد می تواند شرط دستور موقت پیش از داوری را نادیده گرفته به دیوان داوری به منظور تقاضای صدور دستور موقت و تأمین مراجع کند؟

به نظر می رسد در چنین فرضی وجود شرط ارجاع کننده به نهاد دستور موقت پیش از داوری منافی صلاحیت دادگاه داوری برای صدور دستورات فوری نیست. توضیح اینکه در هر دو مورد، شروط قراردادی به طور موازی، ثالث موضوع دستور موقت پیش از داوری و داور را مجاز می دارد دستورات موقت و تأمین اتخاذ کنند. در نتیجه، توزیع نقش بین این دو را تنها می توان بر اساس معیار سرعت و ثمر بخشی انجام داد. به عبارت دیگر، اولویت باید به نهادی داده شود که در زمان معقول و به صورت مؤثر می تواند برای حفظ حقوق یا اموال یک طرف دعوا مورد استفاده قرار گیرد.

بدیهی است هر گاه هر دو نهاد، یارای پاسخگویی به این هدف را داشته باشند، باید به نفع صلاحیت داوران موضع گیری کرد. در توجیه این نظر باید گفت که دیوان داوری برخلاف نهاد دستور موقت پیش از داوری قادر است متعاقب دستورات فوری، در ماهیت دعوا نیز اظهار نظر کند. به علاوه، همانطور که قبلاً گفته شد احکام داوران از شانس بیشتری برای اجرا شدن توسط دادگاههای دولتی برخوردار هستند.

با این حال در فرضی که ثالث مجاز به صدور دستورات موقت، در عین حال مأمور حل اختلافات ناشی از قرار داد در چارچوب نهاد شبه داوری است وضعیت متفاوتی حاکم خواهد بود. همانطور که قبلاً به هنگام بررسی کمیته حل اختلاف بیان شد برخی از قراردادهای بزرگ و نیز قرار داد نمونه منعقد در زمینه پیمانکاری بین‌المللی، کارشناس یا کمیته کارشناسی را مجاز می دارند که نه تنها در خصوص ماهیت دعاوی ناشی از اجرای قرار داد اظهار نظر کنند، بلکه در مرحله پیش از داوری دستورات موقت و تأمین نیز صادر کنند. براساس این قرار دادها، همه دعاوی، صرف‌نظر از ماهیت آنها، قبل از ارجاع به دادگاه داوری باید توسط کارشناسان مورد بررسی قرار گیرند.

در چنین فرضی، مشکل بتوان پذیرفت که یک طرف قرار داد مختار باشد صلاحیت ثالث را در مرحله پیش از داوری نادیده گرفته، به دیوان داوری برای تقاضای صدور دستورات

موقت و فوری مراجعه کند. در واقع از آنجا که تمام دعاوی باید مقدمتاً به کمیته حل اختلاف ارجاع شود، تنها این کمیته محق است که قبل از اظهار نظر در ماهیت دعوا، نسبت به صدور دستورات موقت اقدام کند. به عبارت دیگر، طرفین قرار داد بر آن بوده اند تا یک سیستم حل اختلاف تمام عیار شبه داورى را که دارای تمام اختیارات دیوان داورى است تأسیس کنند. طرفین تنها در صورتی می توانند از الزام قراردادی رجوع به این نهاد شبه داورى بگریزند که کارشناس یا کمیته کارشناسان به دلیلی قادر به صدور چنین دستوراتی نباشد یا دستور موقت مورد تقاضای یکی از طرفین از محدوده اختیارات آنها خارج باشد. در این صورت، هر یک از طرفین مجاز خواهد بود از دیوان داورى تقاضای صدور دستور موقت کند. بدیهی است مراجعه به دیوان داورى در صورتی مفید است که داوران، خواه با توافق طرفین و خواه در نتیجه قانون ملی، اختیار صدور دستورات فوری را داشته باشند. مقررات دستور موقت پیش از داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی در صدد حل این مشکل بر آمده است. ماده ۱-۴-۲ این مقررات اعلام می‌دارد: «دادگاههای داورى صالح در صورتی که مقرراتشان اجازه دهند دارای همان اختیاراتی از جانب طرفین شمرده می شوند که به موجب ماده ۱-۲ به ثالث برای صدور دستور موقت اعطا شده است» (۲۵ همان صفحه). مستنبط از این ماده، در صورت سکوت شرط داورى در خصوص اختیارات داور یا داوران برای صدور دستورات فوری، چنین فرض می شود که طرفین برای داوران همان اختیاری را قائل هستند که مقررات دستور موقت پیش از داورى برای ثالث شناخته اند. تنها شرط انتقال اختیارات ثالث به داور یا داوران آن است که مقررات داورى مورد ارجاع طرفین به صورت مطلق امکان صدور دستورات موقت و تأمینى را از داوران سلب نکرده باشد.

۵ - نتیجه گیری

امروزه در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، نهادهای شبه داورى از اهمیت بسیار برخوردار هستند. مراجعه به این نهاد ها از یک سو با مدت زمان طولانی لازم برای اجرای قراردادهای بین‌المللی ساخت و از سوی دیگر با ماهیت پیچیده فنی و حقوقی این‌گونه قراردادهای و بالاخره با جنبه عمدتاً فنی دعاوی ناشی از آنها قابل توجیه هستند.

مراجعه مستقیم به داوری نمی‌تواند توقعات طرفین دعوای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی را به شرحی که گذشت برآورده سازد. به عبارت دیگر در سیستم حل اختلاف قرار دادهای پیمانکاری بین‌المللی، نقش خاصی برای هر یک از نهادهای پیش از داوری و یا شبه داوری و داوری در نظر گرفته شده است که با وضعیت خاص این قرار دادها هماهنگی کامل دارد.

با این حال، قرار دادهای مورد بحث به هیچ وجه مراجعه به داوری را ممنوع و منتفی نمی‌سازند، بلکه آن را موقوف به سپری کردن مرحله پیش از داوری و رجوع به نهادهای شبه‌داوری می‌کنند. از طرف دیگر، لزوم مراجعه به نهادهای شبه داوری مطلق نیست، زیرا طرفین قرارداد همان‌طور که گفته شد، تحت شرایطی می‌توانند شروط ناظر بر این نهادها را نادیده گرفته، مستقیماً به داوری مراجعه کنند.

۶ - منابع

- [۱] ANDRE-DUMONT, H., "Droit international de construction, condition FIDIC et droit civil" *'L' entreprise et le droit* , ۱۹۸۶ .
- [۲] Dict. Joly, Pratique des cont int T.I.L.XXIV, doc ۶ condition génie civil des contrats applicables aux marchés de travaux génie civil FIDIC juin ۱۹۹۱
- [۳] Zarkalam, Z., "Dispute review board (DRB) et l'adjudication, les modes alternatifs, de règlement des litiges dans le domaine de la construction internationale", : *Justices* ۱۹۹۶.
- [۴] The Weekly Reports, ۱۹۹۲, Vol .۲, (Channel Tunnel Group LTD v. Balfour Beatty Consturction) p.۲۷۰ .
- [۵] BOURQUE, J.F., "L'expérience du centre international d' expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale", *Rev., Arb.*, ۱۹۹۵.
- [۶] SEPPALA, Ch. R., "The New Provision For Despute Adjudication Board *Int Cons Law Rev.*, ۱۹۹۷.
- [۷] LEWIS, D., "Dispute Resolution in the Hong –Kong International Airport Core Program Projects Part , ۲" , *Int Cons. Law. Rev.*, ۱۹۹۴
- [۸] MOULINAUX, Ch., Real Time for Dispute Resoltion Updating FIDIC", *Int. Const. Law. Rew .*, ۱۹۹۵
- [۹] RAMOS –MENDEZ, F., "Arbitrage International et Mesures Conservatoires", *Rev. Arb.* , ۱۹۸۵ .
- [۱۰] LOQUIN, E. "Arbitrage , compétence arbitrale et conflit entre la compétence arbitrale et compétence judiciaires ", *J-Cl. Proc. Civ. Fasc.*, ۱۰۲۴, ۱۹۹۴., n ° ۹ ets .
- [۱۱] *Rev. Arb.* , ۱۹۹۴ .,
- [۱۲] ARANLDEZE .SCHAFER J.J., "Le règlement de référé pré – arbitral de la CCI (entré en Vigueur depuis le 1^{er} janvier ۱۹۹۰)" , *Rev. Arb.* , ۱۹۹۰ .

[۱۳] نشریه شماره ۴۸۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)

- [۱۴] SMIT, H., "Provisional Relief in International Arbitration : The ICC and Other Proposed Rules " , *The American Review of International Arbitration*, ۱۹۹۱.

- [۱۵] MYERS, J.J. et al, “Illustrative forms of Performance Guarantee and Counter Guarantee Security for International Construction Projects”, *Int. Bus. Lawyer*, ۱۹۹۲.
- [۱۶] LOQUIN, E., “Arbitrage ; institutions d’arbitrage, annexes ”, *J -C L. Proc Civ* , ۱۹۹۷. Fasc, ۱۰۰۳
- [۱۷] *Journal du droit international* , ۱۹۸۳ .
- [۱۸] مواد ۶۷ / ۴ شرایط عمومی (FIDIC) فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور در خصوص عملیات مهندسی شهری (مصوب ۱۹۹۶) و ماده ۲۰/۴ شرایط عمومی FIDIC در خصوص طراحی - ساخت و کلیدها در دست (Turnkey).
- [۱۹] KENDALL ,J., “Expert Detetmination : A European and American Survey”, *Int. Bus. Lawyer*, ۱۹۹۴.
- [۲۰] DAVIS , B., “ L’arbitrage accéléré : point de procédure nouvelle ”, *Bull Cour* , ۱۹۹۲.
- [۲۱] HAUTOT , G. and FLECHEUX , P “ La clause de règlement des différends dans les conditions FIDIC génie civil de ۱۹۸۷”, *Rev. Arb.*
- [۲۲] “Extrait de sentences abitrales en matière de contrat de construction faisant référence aux conditions FIDIC ”, *Bull. Cour .*, ۱۹۹۶ , Vol. ۲ , No.۱.
- [۲۳] FOUCHARD Ph., *Rev Arb.*, ۱۹۸۹
- [۲۴] H.LIROID .Q .C ., “An Expended Power to Decide ? The Effects of Two Cases on the Engineer ’s Power under Clause of the FIDIC Condition”, *Int. Const. Law. Rev .*, ۱۹۸۸ .
- [۲۵] SEPPALA , Ch.R., “La procédure pré-arbitrale de règlement des litiges selon les conditions du contat type de génie civil de la FIDIC” , *Rev. Dr. Aff. Int .*, ۱۹۸۷.

