

## اجرایی شدن آرای هیئت حل اختلاف فیدیک، نقطه عطفی برای کارآمدی اقتصادی پروژه‌ها و عدم توقف آن‌ها (با رویه‌سازی از رأی دادگاه سنگاپور در پرونده پرسرو)

مهراب داراب‌پور<sup>-</sup>

الهام انیسی<sup>-</sup>

DOI: [10.22066/cilamag.2021.112176.1753](https://doi.org/10.22066/cilamag.2021.112176.1753)

DOR: [20.1001.1.2251614.1400.38.64.4.9](https://doi.org/20.1001.1.2251614.1400.38.64.4.9)

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۵/۰۹

### چکیده

بروز اختلاف در زنجیره پیچیده قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی بلندمدت که مستلزم هزینه‌های عظیم مالی و نیروی انسانی است، امری اجتناب‌ناپذیر است. مهم‌تر از آن، نحوه مواجهه با اختلافات و چگونگی حل و فصل آن‌هاست. سال‌هاست که گرایش ویژه‌ای برای به‌کارگیری هیئت‌های تخصصی حل اختلاف در عرصه بین‌المللی وجود دارد. این هیئت‌ها در مواقع بروز اختلاف نسبت به آن تصمیم می‌گیرند. این تصمیم مطابق مقررات فیدیک برای طرفین لازم‌الاجرا است. اما از آنجا که فیدیک هیچ سازکار اجرایی برای قصور از اجرای تصمیم هیئت پیش‌بینی نکرده، مسئله اجرای آن در حاله‌ای از ابهام قرار گرفته است. مدت‌هاست دادگاه‌های ملی این نوع تصمیمات را به‌عنوان تعهد قراردادی تلقی کرده و به‌صورت جدی نسبت به آن اظهارنظر قضایی نکرده‌اند. اخیراً دادگاه بدوی و تجدیدنظر کشور سنگاپور با صدور آرای جنجالی، حکم به اجرای تصمیم غیرنهایی هیئت حل اختلاف فیدیک صادر نمودند. این آراء، روشن‌کننده نحوه تفسیر صحیح از شرط ارجاع به هیئت حل اختلاف فیدیک است و چنانچه به‌عنوان راهنمایی برای عملکرد دیگر محاکم قرار گیرد، راه را برای اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف فیدیک باز خواهد کرد. سال‌هاست که مراجع داوری و دادگاه‌ها در بسیاری از کشورها با این چالش روبه‌رو هستند.

info@drdarabpour.ir

elham\_anisi@yahoo.com

<sup>-</sup> نویسنده مسئول، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

<sup>-</sup> دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

این پژوهش در صدد پاسخ به این سؤالات است که اگر تصمیم لازم‌الاجرای غیرنهایی هیئت حل اختلاف بتواند در قالب دستور موقت داوری قابلیت اجرا پیدا کند، چرا نباید به طریق اولی، تصمیمات نهایی لازم‌الاجرا باشد؟ آیا نباید این تصمیمات در راستای کارآمدی اقتصادی و جلوگیری از توقف پروژه‌ها حسب مورد به مثابه رأی داوری یا دستور موقت داوری تلقی و قابل اجرا شود؟ و آخر اینکه در صورت استتکاف از اجرای این تصمیم‌ها ضمانت اجرای آن کدام‌اند؟

### واژگان کلیدی

هیئت حل اختلاف، فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، تصمیم لازم‌الاجرا و تصمیم نهایی هیئت، فیدیک، اجرای تصمیم، صلاحیت، سنگاپور

### مقدمه

به‌کارگیری هیئت حل اختلاف در عرصه بین‌المللی اولین بار به‌صورت رسمی در کتاب نارنجی فیدیک<sup>۱</sup> در ۱۹۹۴ و کتاب قرمز آن در ۱۹۹۶ به‌عنوان گزینه پیشنهادی مورد حمایت قرار گرفت و پس از آن در ویرایش قراردادهای فیدیک در ۱۹۹۹ به‌عنوان روش اجباری حل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری ارائه شد.<sup>۲</sup> بنابراین، با این جهش، ماهیت پیشنهادی و توصیه‌ای تصمیم هیئت حل اختلاف، جای خود را به تصمیم الزام‌آور داد.<sup>۳</sup> هیئت حل اختلاف که در ابتدا صرفاً اختیار ارائه راهکار پیشنهادی به طرفین دعوا را داشت، در ویرایش قراردادهای فیدیک در ۱۹۹۹، جای خود را به هیئتی داد که می‌تواند تصمیمی قاطع جهت فیصله‌دادن به دعوا صادر کند؛ هرچند که چنین تصمیمی می‌تواند تحت شرایط خاص مورد اعتراض و رسیدگی بعدی در داوری قرار گیرد. صرف‌نظر از موضوعات مرتبط با تشکیل هیئت حل اختلاف، انتخاب اعضا، ضوابط حاکم بر چگونگی تصمیم‌گیری و چگونگی اجرای تصمیم این نهاد از مهم‌ترین مسائل است.<sup>۴</sup>

۱. داراب‌پور، مهرباب و محمدرضا داراب‌پور؛ حقوق و مسئولیت‌های قراردادی مهندسان، جلد دوم، جنگل جاودانه، ۱۳۹۴، ص ۱۲۹.

۲. Christopher. R. Seppala (1997), 'The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board', 1997, International Construction Law Review, Vol 14, part 4.

مجموعه قراردادهای فیدیک بر اساس کاربرد موضوعی، رنگ خاص دارند، به رنگین‌کمان فیدیک نیز مشهوراند و تحت عنوان کتاب‌های فیدیک یاد می‌شوند. سری جدید قراردادهای فیدیک در ۱۹۹۹ به‌شرح زیر است. قرارداد ساخت برای ساختمان‌سازی و امور مهندسی طراحی‌شده از سوی کارفرما: قرارداد ساخت (کتاب قرمز)؛ قرارداد تجهیز کارگاه و طراحی-ساخت تأسیسات مکانیکی و الکتریکی برای کارهای ساخت و مهندسی طراحی‌شده از سوی پیمانکار: تجهیز و طراحی و ساخت (کتاب زرد)؛ قرارداد پروژه‌های مهندسی تجهیز و ساخت-کلید در دست: (کتاب قرم‌های)؛ خلاصه قراردادها (کتاب سبز).  
۳. تصمیم کمیته بررسی‌کننده اختلاف، ماهیت توصیه‌ای دارد (Dispute Review Board) و ماهیت تصمیم کمیته رسیدگی‌کننده به اختلاف، الزام‌آور و قاطع دعوا است. (Dispute Adjudication Board)

۴. See in particular: Christopher.R. Seppala, 'Enforcement by an Arbitral Award of a Binding but not Final Engineer's or DAB' decision under FIDIC Conditions ' 2009, ICLR, p. 414.

فیدیک در ماده ۲۰ نمونه قراردادهای تدوینی خود در ۱۹۹۹ در ۸ بند، نقش هیئت حل اختلاف و چگونگی تصمیم‌گیری آن را تبیین کرد و ضمائم را برای شرایط کلی توافقنامه هیئت حل اختلاف، مقررات شکلی و نمونه توافقنامه پیش‌بینی نمود، اما سازکار اجرایی برای آن تعریف نشده است. طبق ماده ۲۰ مقررات فیدیک،<sup>۵</sup> هر نوع اختلاف میان کارفرما و پیمانکار ناشی از قرارداد یا در ارتباط با اجرای آن، اختلاف در دستور العمل، گواهی‌های ارزیابی نماینده کارفرما باید جهت تصمیم‌گیری به هیئت حل اختلاف ارجاع شود. قلمرو این ماده بسیار وسیع است و انواع اختلافات را شامل می‌شود. مطابق بند ۴ ماده مذکور، تصمیم صادره لازم‌الاتباع بوده و چنانچه مورد اعتراض احد از طرفین قرار نگیرد، علاوه بر قدرت اجرایی، نهایی نیز خواهد شد. مقررات فیدیک نسبت به ماهیت حقوقی این تصمیمات و اجرای آن تعیین تکلیف نکرده است. در رأی معروف شرکت پرسرو<sup>۶</sup> که مختصر آن خواهد آمد، دادگاه سنگاپور علی‌رغم اینکه تصمیم هیئت هنوز نهایی نشده بود، حکم به اجرای آن صادر کرد. این تصمیم چالش‌های بسیاری را میان صاحب‌نظران حوزه داوری و ساخت‌وساز برانگیخت و نقاط تاریکی را که تا آن زمان در مورد اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف پوشیده بود، روشن کرد.

با عنایت به اینکه دو وصف «نهایی» و «لازم‌الاجرائی» تصمیم هیئت حل اختلاف که در بند ۴ ماده ۲۰ اشاره شده، در این تحقیق بسیار به‌کارگرفته می‌شود باید بدو تعریفی از تصمیم لازم‌الاجرائی غیرنهایی و تصمیم لازم‌الاجرائی نهایی ارائه شود. مطابق ماده ۴-۲۰ مقررات فیدیک، چنانچه اختلافی رخ دهد باید کتباً جهت تصمیم‌گیری به هیئت حل اختلاف ارجاع شود. هیئت مزبور باید ظرف ۵۶ روز تصمیم خود را به طرفین ابلاغ کند و اگر نتواند موضوع را حل کند، مراتب را به طرفین اعلام نماید. نحوه مواجهه طرفین در مقابل تصمیم، به دو شکل خواهد بود. اول آنکه هیچ‌یک نسبت به تصمیم اتخاذشده در مهلت مقرر اعتراضی نکنند، که در چنین صورتی تصمیم لازم‌الاجرا و نهایی است. دوم آنکه حداقل یکی از طرفین نسبت به تصمیم معترض باشد که در این حالت، مکلف است ظرف ۲۸ روز مراتب اعتراض خود را اعلام و مانع از نهایی‌شدن تصمیم شود و جهت حل‌وفصل نهایی به داوری یا مراجع صالح مراجعه کند. قبل از شروع داوری، طرفین ۵۶ روز فرصت دارند تا طبق بند ۵ ماده ۲۰ به شیوه دوسانه دیگری که غیر از داوری است<sup>۷</sup> اختلاف را حل کنند. در صورت عدم موفقیت در شیوه دوسانه دیگر، اختلاف

5. Article 20-4: "If a dispute arises between the Employer and the Contractor in connection with, or arising out of, the contract or the execution of Works, including any dispute as to any opinion, instruction, determination, certification or valuation of the Employers Representative, the dispute shall initially be referred, in writing, to the Dispute Adjudication Board for its decision...."

6. PERSERO, PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia) ("Persero II") (CA) [2015] SGCA 30 and PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146.

۷. چرا که در ادامه ماده مزبور در صورت عدم حصول نتیجه، اختلاف را قابل ارجاع به داوری می‌داند.

نهایتاً طبق ماده ۶-۲۰ مورد رسیدگی دآوری قرار می‌گیرد. تصمیم هیئت، صرف‌نظر از اینکه مورد اعتراض قرار گیرد یا خیر، برای طرفین لازم‌الاجرا است<sup>۹</sup> و مادام که تصمیم مزبور مورد بازنگری قرار نگرفته است باید فوراً اجرا شود.<sup>۹</sup> در ماده مزبور نحوه اجرای تصمیم مسکوت مانده است.

چند سال پیش از آنکه اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف در مقابل محاکم ملی مانند پرونده پرسرو نزد دادگاه سنگاپور<sup>۱۰</sup> مطرح شود، دیوان دآوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در رأی شماره ۱۰۶۱۹<sup>۱۱</sup> حکم به اجرای تصمیم مهندس مشاور موضوع ماده ۶۷ قراردادهای قدیمی فیدیک را طی رأی نهایی صادر کرده بود. هیچ‌کس گمان نمی‌کرد که نظریه راجع به امکان اجرای تصمیم مهندس مشاور به‌عنوان مرجع حل‌وفصل اختلافات در قراردادهای قدیم فیدیک که از ۱۹۹۹ جای خود را به هیئت حل اختلاف داده است، در قالب دستور موقت چنان قوت بگیرد که در یک محکمه ملی پس از سال‌ها چالش و جنجال نهایتاً تصمیم هیئت حل اختلافی در حالی که نهایی نشده است در قالب دستور موقت قابل اجرا باشد، چه رسد به تصمیمی که به دلیل عدم اعتراض در مهلت مقرر علاوه بر لازم‌الاجرا شدن، وصف نهایی نیز پیدا کرده است.

به نظر می‌رسد ماهیت این قسمت از ماده ۲۰ قراردادهای نمونه فیدیک که به‌طور موقت وصف لازم‌الاجرای به تصمیم هیئت حل اختلاف می‌بخشد، به نهاد دستور موقت دآوری یا دآوری اضطراری<sup>۱۲</sup> نزدیک شده است و در مواردی که تصمیم لازم‌الاجرا، نهایی نیز شده باشد، ماهیتی غیر از دستور موقت دارد و باید مانند رأی نهایی دآوری اجرا شود. با توجه به اینکه جز در نظام حقوقی کشور انگلستان که مقررات اختصاصی برای اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف وجود دارد، در اکثر کشورها از جمله ایران، این هیئت‌های تخصصی ساخت‌وساز، نهادی ناشناخته هستند و از نظر ادامه ایفای تعهد در پروژه و کارآیی اقتصادی آن، مفید است که بتوان با تمیز ماهیت دوگانه تصمیم هیئت حل اختلاف در فرض «لازم‌الاجرا و غیرنهایی بودن» و «نهایی و لازم‌الاجرا بودن» و شبیه‌سازی آن با نهادهای حقوق داخلی به‌ترتیب با دستور «موقت دآوری یا دآوری اضطراری» و «رأی دآوری»، آن را با ساختارهای حقوقی فعلی مأنوس و همساز کرد. پژوهش حاضر در صدد تبیین این مسئله است که اگر در تحلیل حقوقی تصمیم مراجع قضایی سنگاپور در راستای اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف، معیارهای اجرایی تصمیم، مقبول واقع

#### 8. Binding

9. "The decision shall be binding on both parties who shall promptly give effect to it unless it shall be revised in an amicable settlement or an arbitral award..."

۱۰. توضیح اینکه دادگاه تجدیدنظر، بالاترین مرجع رسیدگی در سنگاپور است.

11. Christopher R. Seppala, *op.cit.*, p. 415.

۱۲. در ضمیمه مقررات دآوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ۲۰۱۷ مقررات دآوری اضطراری پیش‌بینی شده است.

شده و به رسمیت شناخته شود، سرعت و صرفه اقتصادی پروژه‌های عظیم ساخت‌وساز تضمین می‌شود و مانع از هدررفتن سرمایه‌های عظیم مالی و نیروی انسانی پروژه‌های بلندمدت می‌شود. برای نیل به این هدف لازم است اول به شرح مختصر پرونده پرسرو،<sup>۱۳</sup> سپس به مسائل شکلی پرونده، قبل از صدور دستور اجرای تصمیم هیئت و در قسمت سوم، به طریقه اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف و ضمانت اجرای قصور در اجرا پرداخته شود.

### ۱. روند اجرایی سازی رأی هیئت حل اختلاف فیدیک در پرونده پرسرو

پرونده پرسرو در دو برهه زمانی نزد محاکم ملی سنگاپور طرح شد. یک بار در ۲۰۰۹ که «رأی نهایی» داور، ناظر به اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف در دادگاه بدوی و دادگاه تجدیدنظر بررسی شد و بار دوم در ۲۰۱۵ که «دستور موقت داور» ناظر به اجرای آن تصمیم نزد همان دادگاه‌ها طرح شد. بنابراین، محققان حقوقی با ۴ رأی که دو مورد آن در مقام ابطال رأی داور اولیه و دو مورد دیگر در راستای اجرای دستور موقت داور دوم مطرح است، روبه‌رو هستند. مختصراً در ۲۰۰۶ شرکت گاز (PGN) یک شرکت دولتی اندونزیایی (کارفرما) با پیمانکار داخلی (CRW) به منظور طراحی، تأمین، ساخت و نصب خط لوله در اندونزی، قراردادی را بر اساس نمونه قرارداد کتاب قرمز فیدیک ویرایش ۱۹۹۹ منعقد و قانون حاکم بر قرارداد نیز قانون اندونزی تعیین شد. به دنبال تغییراتی در شرایط کار، پیمانکار مدعی اضافه پرداخت بود. بعد از آنکه اختلافات متعدد آن‌ها در این زمینه، به هیئت حل اختلاف موضوع ماده ۲۰ قرارداد تنظیمی ارجاع شد، کارفرما همه تصمیمات را قبول و اجرا کرد، اما از قبول تصمیم مورخ ۲۵ نوامبر ۲۰۰۸ هیئت که به موجب آن کارفرما محکوم به پرداخت مبلغی بالغ بر ۱۷ میلیون دلار در حق پیمانکار بود، امتناع و مطابق قرارداد در مهلت مقرر ۲۸ روزه مندرج در بند ۴ ماده ۲۰ فیدیک، اعتراض خود را اعلام کرد.<sup>۱۴</sup> در ۱۷ فوریه ۲۰۰۹ پیمانکار به استناد بند ۶ ماده ۲۰ فیدیک، موضوع قصور کارفرما در پرداخت مبلغ مندرج در رأی هیئت را نزد دیوان داور برد، بدون آنکه قبل از ارجاع به دیوان داور، این قصور را به‌عنوان اختلاف ناشی از عدم پرداخت و نقض تعهد در قرارداد اولیه، به هیئت حل اختلاف ارجاع دهد. کارفرما با این استدلال که اولاً چون اعتراض خود را ابراز کرده است مکلف به اجرا نیست و ثانیاً با این ایراد که دیوان داور، علی‌رغم درخواست وی، در رسیدگی ماهوی پرونده ورود نکرده است از پرداخت خودداری و از این اقدام خود دفاع کرد و آن را نقض قرارداد ندانست. دیوان داور در قالب رأی نهایی تصمیم گرفت و استدلال نمود به‌موجب بند ۴ ماده ۲۰ فیدیک، طرفین ملزم به اجرای سریع تصمیم هیئت هستند و اعلام

13. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia op.cit., 30 & 146).

14. NoD: Notice of Dissatisfaction

اعتراض، تأثیری بر لازم‌الاجرا شدن تصمیم هیئت ندارد؛ مضافاً اینکه برای ورود به ماهیت دعوا، کارفرما باید دعوی متقابل مطرح می‌کرد که چنین نکرده است و باید داوری مجدد را برای رسیدگی دیوان به ماهیت دعوا آغاز کند؛ لذا دیوان با اکثریت آراء، کارفرما را ملزم به پرداخت مبلغ مندرج در تصمیم هیئت به نفع پیمانکار کرد.<sup>۱۵</sup> کارفرما درخواست ابطال رأی داوری را در نزد دادگاه بدوی (High Court) سنگاپور به‌عنوان کشور مقر داوری طرح و علاوه بر استدلال‌های قبلی مطروحه نزد دیوان داوری اضافه کرد که باید این رأی مطابق ماده ۳۴ قانون نمونه آسیترال که در سنگاپور نیز به‌عنوان قانون داوری بین‌المللی تصویب شده است، به دلیل خروج هیئت داوری از حدود صلاحیت خود باطل شود. در این مرحله، هر دو دادگاه تجدیدنظر و دادگاه بدوی سنگاپور با استدلال‌های مختلف به این نتیجه رسیدند که رأی داوری باید ابطال شود. دادگاه بدوی سنگاپور، رأی را به دلیل خروج دیوان داوری از صلاحیت، باطل و اعلام کرد که موضوع قصور در اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف، خود اختلاف مستقلی است و باید بدو قبل از ارجاع به داوری برای رسیدگی به هیئت ارجاع می‌شد و دیوان داوری نمی‌توانست بدون ورود به ماهیت دعوا، در قالب رأی نهایی، حکم به اجرای تصمیم غیرنهایی هیئت صادر کند. دادگاه تجدیدنظر نیز بر این مبنا که بر اساس ماده ۶-۲۰، دیوان داوری صالح به اعمال صلاحیت و بازنگری و اصلاح تصمیم هیئت بوده است، لکن مغایر قرارداد طرفین عمل نموده و برخلاف درخواست صریح خواننده دعوا (کارفرما) نسبت به بازبینی و اصلاح تصمیم اقدامی نشده، نهایتاً به دلیل نقض قواعد طبیعی عدالت، رأی داوری را باطل اعلام کرد. همچنین این دادگاه معتقد بود که دیوان داوری نباید در قالب رأی نهایی، تصمیم هیئت را اجرا می‌کرد، اما صدور دستور موقت برای اجرای آن را مجاز می‌دانست به شرط آنکه طرفین بتوانند هم‌زمان با رسیدگی به قصور در اجرای تصمیم هیئت در همان جریان داوری، درخواست رسیدگی ماهوی دعوا را نیز مطرح کنند. برای سهولت امر، از قسمت اول پرونده در این تحقیق تحت عنوان (پرسرو ۱) نام برده خواهد شد. پس از ابطال رأی داوری در این مرحله، پیمانکار مجدداً به دنبال احقاق حقوق از دست‌رفته خود برآمد و این بار در ۲۰۱۱ دعوی ماهوی و موضوع قصور کارفرما در اجرای تصمیم هیئت، دایر بر محکومیت کارفرما به پرداخت ۱۷ میلیون دلار را به‌طور هم‌زمان به دیوان داوری تقدیم کرد. دیوان بدو دستور موقتی برای اجرای فوری تصمیم هیئت صادر و کارفرما را مکلف به پرداخت مبلغ تعیین‌شده در تصمیم هیئت به انضمام سود این دوران کرد و تعیین مبلغ نهایی نیز به رسیدگی دیوان موکول شد. وقتی پیمانکار در صدد اجرای دستور موقت برآمد، متقابلاً کارفرما در دادگاه بدوی سنگاپور، ابطال دستور موقت داوری را درخواست کرد. کارفرما مدعی شد که نه تنها دیوان داوری صلاحیت صدور دستور موقت ندارد، بلکه دستور موقت داوری، مادام که رأی نهایی

دیوان داوری در ماهیت دعوا صادر نشود، قابلیت اجرا ندارد زیرا هرچند مطابق بخش ۱۹B<sup>۱۶</sup> قانون داوری بین‌المللی سنگاپور که هیئت داوری می‌توانست با اعمال صلاحیت و دوشاخه نمودن دعوا آن را حل کند، مطابق با آن بخش از مقررات داوری عمل نکرده است. دادگاه بدوی به موجب رأی مورخ ۱۶ ژوئیه ۲۰۱۴ بر این نظر استوار بود که دستور موقت لازم‌الاجرا است<sup>۱۷</sup> و چنانچه در رسیدگی ماهوی اضافه‌پرداختی به پیمانکار وجود داشته باشد، او باید مازاد را به کافرما بازگرداند. کارفرما از تصمیم دادگاه بدوی پژوهش نمود اما دادگاه تجدیدنظر بدو با ارائه تعریف صحیح از دستور موقت، تأمین خواسته، رأی جزئی و نهایی و تفکیک میان آن‌ها، انواع این آرا را به موجب مقررات داوری سنگاپور قابل اجرا دانست و با تأکید بر اینکه طبق بند ۴ ماده ۲۰، اجرای سریع تصمیم هیئت، تعهد قراردادی است اعلام کرد که نیازی به ارجاع مجدد قصور در اجرا به هیئت وجود ندارد و با اجرای فوری تصمیم در تعارض است. دادگاه به‌علاوه به راهنما و دستورالعمل که در ۲۰۱۳ در مقام تفسیر عبارات ماده ۲۰ از سوی فیدیک صادر شده بود استناد کرد که هیچ تفاوتی میان اثر اجرایی تصمیم لازم‌الاجرا و تصمیم نهایی و لازم‌الاجرا نیست و هدف، حفظ گردش پول در پروژه‌های ساخت است و همچنین عنوان کرد نیازی نیست که هم‌زمان دعوای اصلی برای رسیدگی ماهوی نزد داوری مطرح شود و موضوع قصور در اجرا مستقلاً قابل رسیدگی است. بنابراین حتی اگر هر دو دعوا با هم مطرح نشود، دیوان برای دستور اجرای تصمیم هیئت، صالح به رسیدگی است و نیازی به ورود به ماهیت و تأیید صحت و سقم تصمیم آن هیئت ندارد. در نهایت، درخواست ابطال از سوی کارفرما توسط دادگاه بدوی پذیرفته نشد و دستور موقت داوری جهت اجرای تصمیم هیئت به قوت خود باقی ماند.<sup>۱۸</sup> (پرسرو ۲).

بررسی بیشتر جزئیات پرونده نشان می‌دهد که دفاعیات و استدلال کارفرما هرگز با واقعیات دنیای تجارت همسو نبوده و شاید به همین دلیل دادگاه‌ها سعی داشته‌اند تا با در نظر گرفتن اینکه پیمانکار چه گزینه‌هایی برای اجرای تصمیم هیئت دارد، بهترین گزینه را انتخاب و تقویت کنند. به‌عنوان مثال، اینکه آیا پیمانکار کار را تا پرداخت مبلغ مندرج در رأی هیئت معلق می‌کند یا تصمیم می‌گرفت موضوع قصور در اجرای تصمیم و موضوع رسیدگی به ماهیت دعوا را با هم به داوری تقدیم کند یا اینکه بدو موضوع قصور در اجرای تصمیم هیئت را به خود هیئت ارجاع

۱۶. ماده ۱۹ مقررات داوری سنگاپور: دیوان داوری می‌تواند با صلاحدید خود، روند رسیدگی را جهت‌دهی کند، رسیدگی را دوشاخه کند، مانع از شهادت یا ارائه سایر ادله غیرمرتبط شود و طرفین را به سمتی که منجر به تمرکز آن‌ها بر مسائلی که به صورت جزئی یا کلی به حل و فصل اختلاف می‌شود سوق دهد.

17. Christopher R. Seppälä, 'An Excellent Decision from Singapore Which Should Enhance the Enforceability of Decisions of Dispute Adjudication Boards, the Second *Persero* Case before the Court of Appeal', *Construction Law Journal*, Issue 7, 2015. p. 18.

18. Frederic Gillion, 'Enforcement of DAB Decisions under The 1999 FIDIC Conditions of Contract: A Recent Development: CRW Joint Operation v. Pt Perusahaan Gas Negara (Persero)', *ICLR*, 2011, p. 390.

می‌داد و سپس آن را نزد داور می‌آورد یا قصور در اجرای تصمیم هیئت را بدون رعایت پیش‌شرط، یعنی ارجاع اولیه به هیئت، مستقیماً به داور ارجاع می‌داد، کدام راه مقرون به صرفه اقتصادی طرفین است؟ علاوه بر این‌ها از آنجا که داور موضوع ماده ۷-۲۰ قراردادهای فیدیک صرفاً ناظر به آن دسته از تصمیمات نهایی هیئت است که یکی از طرفین آن را اجرا نمی‌کند، تکلیف آرای که به دلیل اعتراض یکی از طرفین وصف نهایی ندارد چه می‌شود؟ به نظر می‌رسد دادگاه‌ها در پرونده پرسرو ۱ از بندهای ۶-۲۰ و ۷-۲۰ تفسیر نادرستی داشته‌اند. از این رو لازم است موضوعات شکلی پرونده نیز در قسمت دوم پژوهش بررسی شود.

## ۲. مسائل شکلی قبل از صدور دستور اجرا

### ۲-۱. ضرورت ارجاع اختلاف به هیئت حل اختلاف قبل از شروع داور

در قراردادهای ساختمانی فیدیک، کامل‌ترین و متداول‌ترین انواع توافق چند لایه برای حل اختلاف دیده می‌شود تا اولاً در کمترین زمان ممکن ولو به صورت موقتی اختلاف حل شود و توقفی در جریان کار پروژه ایجاد نشود و دوم اینکه پس از اخذ نظر هیئت به‌عنوان پیش‌شرط ارجاع اختلاف به داور، راه برای رسیدگی بعدی در صورت اعتراض یکی از طرفین باز باشد.<sup>۱۹</sup> به نظر می‌رسد در پرونده پرسرو ۱، دادگاه تجدیدنظر و بدوی سنگاپور با تفسیر نادرست از بند ۶ و ۷ ماده ۲۰ قرارداد ساخت فیدیک و تسری آن به اجرای تصمیم لازم‌الاجرای هیئت و لزوم رسیدگی هیئت به قصور در اجرای تصمیم، به‌عنوان لایه اول توافق برای حل اختلاف، رأی داور را باطل اعلام کردند. شاید به همین دلیل وقتی پرونده پرسرو ۲ پس از چند سال مجدداً نزد محاکم سنگاپور طرح شد، دادگاه‌ها با تفسیر صحیح و با تأیید دستور موقت داور برای اجرای تصمیم، سعی در پرکردن خلأ موجود در مواد قراردادی فیدیک داشته‌اند.

### الف. ارجاع اختلاف اولیه به هیئت

کلیه اختلافات مطابق بند ۴ ماده ۲۰ قراردادهای فیدیک بدو باید نزد هیئت حل اختلاف مطرح شود. این رسیدگی اولیه هیئت، به‌عنوان پیش‌شرط شروع جریان داور، از اهمیت بالایی نزد دیوان‌های داور برخوردار است، تا بدانجا که در صورت عدم رعایت این پیش‌شرط، دیوان داور وارد رسیدگی ماهوی نمی‌شود و چه‌بسا ممکن است در صورت رسیدگی و صدور حکم، رأی داور در معرض ابطال یا عدم شناسایی قرار گیرد. هرچند رویه دادگاه‌ها مطلق نیست و در

۱۹. محبی، محسن و اویس رضوانیان؛ *توافق‌های چندلایه برای حل و فصل اختلافات تجاری و صنعتی*، مجموعه مقالات جشن‌نامه دهمین سالگرد تأسیس مرکز داور ایران، شهر دانش، ۱۳۹۳، صص ۶۶ - ۶۵.



شرایطی که برای دادگاه یا مرجع داوری یقین حاصل شود که یکی از طرفین با سوءاستفاده از حربۀ فرآیندهای پیش از داوری، حل و فصل دعوا را به تأخیر می‌اندازد، حتی با وجود تصریح در قرارداد و پیش‌شرط بودن، این فرایندها را برای ورود به مرحله بعدی نادیده می‌گیرند.<sup>۲۰</sup> دیوان‌های داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی آرای متعددی در این باره صادر کرده‌اند.<sup>۲۱</sup> در مورد تفسیر ماده ۲۰ و لزوم ارجاع اختلاف به هیئت قبل از داوری، اخیراً رأی جالبی در دادگاه سوئیس صادر شد که این موضوع را منوط به بررسی موردی پرونده‌ها کرده است. در پرونده‌ای،<sup>۲۲</sup> دیوان داوری ICC بدون آنکه هیئت حل اختلاف بدو در خصوص اختلاف اظهارنظر کرده باشد، خود را صالح به رسیدگی دانست. موضوع ابطال این رأی داوری نزد دادگاه عالی سوئیس مطرح شد. سوئیس نیز مانند بسیاری از کشورهای دیگر رعایت پیش‌شرط‌های داوری را لازم می‌داند، مشروط به آنکه شرط نامعلوم و مبهم نباشد. این پرونده هم از حیث اظهارنظر آن درباره قانون حاکم برای بررسی لزوم یا عدم لزوم ارجاع به هیئت، درخور توجه است و هم از جهت آنکه لزوم اجرای شروط پیش از داوری را موکول به بررسی موردی پرونده‌ها کرده است، به نحوی که نمی‌توان در همه موارد، حکم به الزام آوردن پیش‌شرط‌ها داد.<sup>۲۳</sup> در پرونده پرسرو موضوع بر سر لزوم ارجاع قصور کارفرما در اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف به داوری مطرح شد و نه اختلاف اولیۀ طرفین. در پرونده پرسرو ۱، دادگاه با تفسیر نادرست اظهارنظر کرد که موضوع قصور در اجرا خود اختلاف جدیدی است که باید بدو به هیئت ارجاع شود. در حالی که در پرسرو ۲، دادگاه با احراز اینکه اختلاف مدنظر در ماده ۲۰ آن از تعهدات اولیۀ طرفین در قرارداد نشأت گرفته است و به عدم اجرای تصمیم که نتیجه رژیم حل اختلاف قرارداد است تسری ندارد، پیمانکار را از ارجاع مجدد قصور به هیئت معاف کرد. به نظر می‌رسد بند ۷ ماده ۲۰ تنها تصمیم لازم‌الاجرای نهایی هیئت را دربرمی‌گیرد و طرفین را صراحتاً از ارجاع مجدد قصور در اجرای تصمیم به هیئت معاف داشته است. در قضیۀ پرسرو ۱، از آنجا که بند مزبور در قبال تصمیم لازم‌الاجرای غیرنهایی سکوت کرده، دادگاه سنگاپور تصور کرده که موضوع قصور، اختلاف جدیدی است و باید بدو به هیئت و سپس به داوری ارجاع شود. نتیجه این تفسیر نادرست از شرط داوری بندهای ۶ و ۷ ماده ۲۰ به لزوم ارجاع مجدد قصور در اجرا به هیئت منتج شده است.

۲۰. پیشین، ص ۸۱.

21. Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts: Recent ICC Awards and Commentary E-Chapter from ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 - Issue 1, 2015.

22. Matthias Scherer, 'Swiss Supreme Court Analyses Enforceability of Pre-Arbitral Procedure in Multi-Tier Dispute Resolution Provision (FIDIC DAB)', Kluwer Arbitration Blog, October 1 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/01/Swiss-Supreme-Court-Analyses-on-enforceability-of-pre-arbitral-procedure-in-multi-tier-dispute-resolution-provision-fidic>. Available at 5/31/2019

23. *Supra*.

**ب. ارجاع اختلاف ثانویه به هیئت**

پس از صدور تصمیم هیئت حل اختلاف، چنانچه محکوم‌علیه بدون اعلام اعتراض به تصمیم نسبت به اجرای آن اقدام نکند، به‌واسطه عدم اعتراض، تصمیم هیئت، نهایی و لازم‌الاجرا می‌شود. در اینجا فقط مسئله قصور در اجرای تصمیم مطرح است. لکن در فرضی که محکوم‌علیه، در اعتراض به تصمیم طرح دعوا می‌کند، دیوان با دو موضوع مواجه می‌شود، یک: مسئله قصور در اجرای تصمیم هیئت (اختلاف ثانویه) و دو: رسیدگی به ماهیت دعوا (اختلاف اولیه). با این توضیح دو رویکرد قابل تصور است. آیا مسئله قصور در اجرای تصمیم هیئت، اختلاف جدیدی است و باید مجدداً نزد هیئت مطرح<sup>۲۴</sup> و سپس در دیوان داورى دادخواهی شود یا اینکه اساساً اختلاف واحد به حساب می‌آیند. دادگاه بدوی سنگاپور در رأی ۲۰۱۴ و متعاقب آن دادگاه تجدیدنظر آن کشور در رأی ۲۰۱۵ در پرونده پرسرو ۲ که با موضوع قصور در اجرای تصمیم لازم‌الاجرای غیرنهایی هیئت مواجه بود، با استناد به اینکه ارجاع مجدد قصور در اجرای تصمیم غیرنهایی هیئت به همان هیئت برای احراز تخلف قراردادی کارفرما، موجب تأخیر در اجرای تصمیم است و با رژیم سریع پرداخت‌ها در پروژه‌های ساخت در تعارض است، رأی داد که نیازی به رعایت مجدد بندهای ۴ و ۵ ماده ۲۰ و ارجاع قصور در اجرا به هیئت نیست. از نظر این دادگاه، ارجاع مجدد اختلاف ثانویه به هیئت، بیهوده و زائد است.<sup>۲۵</sup> چنین به نظر می‌رسد اگر ارجاع قصور در اجرا به هیئت و سپس به داورى لازم باشد، دور باطل به وجود خواهد آمد که از نظر اقتصادی و سرعت در رسیدگی‌ها، با توجه به تحلیل اقتصادی پرونده، مفید نخواهد بود؛ هرچند عده‌ای معتقدند که عدم رعایت پیش‌شرط، موجب ابطال رأی یا عدم شناسایی آن نزد محاکم است و در مواردی که قصور از اجرای تصمیم توسط هیئت احراز شده و حکم به تخلف قراردادی کارفرما نسبت به اجرای تصمیم صادر شود، چرخه ارجاع پایان می‌پذیرد و دور به وجود نخواهد آمد.<sup>۲۶</sup>

**(۱) نظریه وحدت اختلاف<sup>۲۷</sup>**

در این رویکرد، اختلاف تنها به همان اختلاف اولیه طرفین ناشی از قرارداد تعبیر می‌شود و

**۲۴.** این رویکرد چندان مورد استقبال نبوده و تنها در پرونده ۱۶۹۴۸ (۲۰۱۱) داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیوان داورى عدم اجرای تصمیم هیئت را قصور و تخلف قراردادی احراز کرد و رسیدگی به آن در دیوان داورى را مستلزم طرح اختلاف نزد هیئت حل اختلاف دانست.

**۲۵.** پاراگراف ۶۶ تصمیم دادگاه تجدیدنظر ۲۰۱۵.

**26.** Frederic Gillion, 'The Court of Appeal Decision In Persero II: Are We Now Clear About the Steps to Enforce a Non-Final DAB Decision Under FIDIC? The Court of Appeal Decision in PERSERO II' I CLR, 2016, p. 23.

**27.** One Dispute Approach

اختلاف بعدی طرفین ناشی از رژیم اجرای تصمیم هیئت در تعریف «اختلاف» جای نمی‌گیرد تا لازم باشد مجدداً جهت بررسی به هیئت حل اختلاف ارجاع شود. در این رویکرد، چنانچه یکی از طرفین، اختلاف ناشی از قرارداد را مطابق بند ۴ ماده ۲۰ به هیئت حل اختلاف ارجاع دهد، سایر موضوعاتی که پس از صدور تصمیم پدید می‌آید و ناشی از اعتراض یکی از دو طرف یا هر دو ایشان باشد، اختلاف مورد نظر تدوین‌کنندگان ماده ۲۰ قراردادهای فیدیک نیست. اختلاف ناشی از عدم رضایت نسبت به تصمیم و متعاقباً قصور در اجرای آن، جنبه دیگری از همان اختلاف اولیه است. «بنابراین اگر کارفرمای معترض به تصمیم، به تعهد قراردادی خود عمل نکند و مطابق قرارداد نسبت به اجرای سریع تصمیم اقدام ننماید، این نقض تعهد قراردادی محسوب، لکن اختلاف جدیدی نیست».<sup>۲۸</sup>

## ۲) نظریه دوگانگی اختلاف<sup>۲۹</sup>

دادگاه بدوی سنگاپور در رأیی که در ۲۰۱۴ در مقام اجرای تصمیم لازم‌الاجرای غیرنهایی هیئت حل اختلاف صادر کرد، نظریه دوگانگی را به این صورت تبیین کرد که اختلاف ثانویه، مستقل از دعوی اولیه طرفین و برخاسته از تعهدات طرفین در قرارداد اولیه است. بدین ترتیب در این نظریه، پیمانکار (محکوم‌له تصمیم هیئت) مختار است فقط موضوع قصور در اجرای تصمیم را به عنوان نقض تعهد قرارداد اولیه به داوری ارجاع دهد بدون آنکه لازم باشد دعوی ماهوی خود را هم‌زمان طرح کند.

این دادگاه در رأی ۲۰۱۴ بدواً به این نتیجه رسید که نظریه دوگانگی اختلاف، هدف تدوین ماده ۲۰ را که تضمین جریان نقدینگی قراردادهای پیمانکاری است، بهتر تضمین می‌کند و به پیمانکار اجازه می‌دهد تا فقط موضوع تخلف قراردادی (قصور در اجرای سریع تصمیم) را نزد داوری بیاورد، بدون آنکه لازم باشد وقت و هزینه خود را برای اثبات ماهیت دعوا صرف کند.<sup>۳۰</sup> اما نهایتاً به دلیل ایراداتی که به نگارش ناقص بند ۴ و ۷ ماده ۲۰ وارد کرد، از این رویکرد عدول و طرح دعوی ماهوی را نیز هم‌زمان لازم دانست. البته در تفسیر این رأی گفته‌اند که بهتر بود برای تضمین اجرای تصمیم هیئت، دادگاه در رأی خود به محکوم‌له اجازه می‌داد تا به تخلف قراردادی ناشی از قصور در اجرا استناد کند و مستند به نقض قرارداد، دستور اجرای تصمیم هیئت را از دیوان داوری اخذ کند.<sup>۳۱</sup> در نتیجه می‌توان گفت بر اساس اینکه خواسته خواهان از دیوان داوری

۲۸. پاراگراف ۶۰ تصمیم دادگاه بدوی ۲۰۱۴.

29. Two Dispute Approach

۳۰. پاراگراف ۴۰ رأی.

31. Frederic Gillion, *op.cit.*, p. 25.

چه باشد، عملکرد دیوان داوری و متعاقباً اقدام دادگاه در تأیید یا رد نظر داور متفاوت است. اگر خواسته خواهان صرفاً رسیدگی به قصور کارفرما در اجرای سریع تصمیم هیئت باشد، دیوان با قبول این نظریه و پذیرفتن دعوی اجرای تصمیم، مستقلاً از ماهیت دعوی اصلی، حکم به اجرای آن صادر می‌کند، بدون آنکه نیازی باشد بدو موضوع قصور در اجرا به هیئت ارجاع شود. اگر موضوع قصور در اجرا و رسیدگی ماهوی پرونده، هم‌زمان نزد دیوان داوری مطرح شود، می‌توان با قبول نظریه وحدت اختلاف، خواهان را از ارجاع مجدد قصور به هیئت معاف دانست.

## ۲-۲. ارجاع قصور در اجرای تصمیم به دیوان داوری، هم‌زمان با درخواست رسیدگی ماهوی

در پرونده پرسرو ۱ و رأی ۲۰۱۴ دادگاه بدوی سنگاپور در پرونده پرسرو ۲ دادگاه چنین استدلال کرد: «در مواردی که موضوع قصور در اجرای یک تصمیم لازم‌الاجرای غیرنهایی هیئت به همراه درخواست رسیدگی به ماهیت دعوی اولیه نزد یک دیوان داوری مطرح شود، دیوان داوری می‌تواند الف) بدو با صدور دستور موقت یا رأی جزئی، طرف مستنکف را به اجرای سریع تصمیم مکلف کند؛ ب) سپس به ماهیت دعوی اولیه ورود کند که کاملاً مجزا از موضوع الف) است و ج) نهایتاً با صدور رأی نهایی به اختلاف خاتمه دهد». این نگرش به موضوع، این فایده را برای شخص معترض به تصمیم دارد که اگر چنانچه رسیدگی به قسمتی از خواسته‌های وی نزد هیئت ناتمام مانده باشد، با اجرای تصمیم موقت هیئت، موقعیت خود را در معرض تضییع حق نخواهد دید و در جریان داوری و رسیدگی به ماهیت دعوی اصلی، استیفای حقوق خواهد کرد. در رابطه با صدور دستور موقت برای پیمانکار(محکوم‌له)، امکان اجرای موقت تصمیم وجود دارد تا با صرف هزینه و زمان کمتر، منابع مالی را تأمین کند.

پاسخ به اینکه آیا صرف قصور در اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف به‌تنهایی داوری‌پذیر است یا خیر، به تفاسیر متفاوت از بند ۷-۲۰ قراردادهای فیدیک برمی‌گردد. مطابق این بند در مواردی که یکی از طرفین، تصمیم نهایی و لازم‌الاجرای هیئت را اجرا نمی‌کند، طرف دیگر می‌تواند این قصور را بدون رعایت پیش‌شرطها یعنی ارجاع مجدد به هیئت، نزد داوری مطرح کند. این بند صرفاً از تصمیمات لازم‌الاجرای نهایی هیئت سخن می‌راند ولی نسبت به لزوم ارجاع مجدد به هیئت در خصوص آن دسته از تصمیمات غیرنهایی و لازم‌الاجرا سکوت کرده است. همین سکوت منجر به تفاسیر متعددی از این بند شده است. عده‌ای معتقدند که چون قرارداد قدیمی قرمز فیدیک منبث از قانون مهندسی و ساخت بین‌المللی انگلستان است و در آن قانون، در صورت وجود بدهی مسلم سررسیدشده، طلبکار حق دارد مستقیماً برای دادرسی سریع و

خارج مهلت به دادگاه مراجعه کند و نه به داوری. لذا در فرض صدور تصمیم هیئت و در مورد قصور بدهکار (کارفرما) نسبت به پرداخت، مراجعه به داوری منتفی است ولی راه دادگاه برای او باز است.<sup>۳۲</sup> این قیاس صحیح به نظر نمی‌رسد و در عرصه بین‌المللی ساخت، پیمانکاران چندان تمایلی ندارند که به دادگاه‌های ملی کشور کارفرما که عمدتاً کشورهای در حال توسعه‌اند، مراجعه کنند.<sup>۳۳</sup> این ماده نباید بدون توجه به سابقه تدوین و سایر نمونه قراردادهای فیدیک تفسیر شود. قبل از اصلاح قراردادهای کتاب قرمز ۱۹۹۹، از قرارداد کتاب قرمز ۱۹۸۷ در این صنعت استفاده می‌شد که در ماده ۴-۶۷ آن، قصور در اجرای تصمیم لازم‌الاجرای مهندس مشاور چه نهایی شده یا نشده بود، قابلیت ارجاع به داوری داشت، که در فرض نهایی‌بودن تصمیم، دیوان داوری اختیار بازنگری و تغییر در تصمیم هیئت را ندارد. بنابراین در نسخه‌های قبلی قراردادهای فیدیک، امکان ارجاع قصور در اجرای تصمیم لازم‌الاجرا و غیرنهایی مهندس، به داوری وجود داشت؛ مضافاً آنکه در کتاب طلایی فیدیک ۲۰۰۸ و کتاب زرد و نقره‌ای ۱۹۹۹ فیدیک بر این موضوع تأکید شده است. در ۲۰۱۳<sup>۳۴</sup> نیز دستورالعملی از سوی فیدیک تدوین و بندهای ماده ۲۰ به تفصیل تشریح شده است. دادگاه‌ها نباید برای تفسیر ماده ۲۰ از آن دستورالعمل غافل شوند. بنابراین، نظر دادگاه تجدیدنظر سنگاپور در پرونده پرسرو ۱ از این جهت که قصور در اجرا باید بدواً به هیئت ارجاع شود و قابل ارجاع مستقیم به داوری نیست به دلایل فوق نادرست بود و امکان رسیدگی هم‌زمان به ماهیت دعوا در صورت درخواست یکی از طرفین وجود دارد. در غیر این صورت، داور نمی‌تواند بدون مطالبه و خواست طرفین در ماهیت ورود و نسبت به آن اظهارنظر کند. در پرونده پرسرو ۱ که رأی نهایی داوری برای اجرای تصمیم لازم‌الاجرای غیرنهایی هیئت، توسط دادگاه بدوی باطل شد، دادگاه سنگاپور، غافل از این نکته بود که خواسته پیمانکار (ذی‌نفع تصمیم هیئت) صرفاً اجرای تصمیم هیئت بوده، نه ورود به ماهیت دعوی اصلی و چنانچه داور بدون درخواست حداقل یکی از طرفین و تقدیم درخواست داوری، به ماهیت ورود می‌کرد، چه بسا به دلیل صدور رأی خارج از خواسته طرفین، رأی نهایی وی مخدوش می‌شد. به‌علاوه اینکه طرفین این پرونده طبق ماده ۱۸ موافقت‌نامه داوری خود توافق کرده بودند که دیوان داوری که بر اساس بند ۶ ماده ۲۰ مقررات فیدیک تشکیل می‌شود، بر اساس صلاحدید و تشخیص خود نسبت به بازنگری و اصلاح تصمیم هیئت اقدام خواهد کرد. دادگاه تجدیدنظر سنگاپور در پرسرو ۱ با این تصور که چون داوری طبق بند ۶ ماده ۲۰ تشکیل شده است و داور صلاحیت بی‌قیدوشرط در بازنگری تصمیم را دارد، حکم به ابطال رأی اول داد؛ حال آنکه ماده

32. Clause 66 of ICE Conditions of contract published in 1955 and 1973.

33. Christopher R. Seppälä, 'How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case', ICLR, London, 2012, p. 12.

34. FIDIC Issue Guidance on DAB Decisions

۲۰-۶ یکی از شروط است و باید همراه با سایر مقررات داوری ICC و همچنین موافقت‌نامه داوری طرفین تفسیر شود. مطابق ماده ۱۹ مقررات داوری ICC<sup>۳۵</sup> دیوان داوری نمی‌تواند به دعوی جدید خارج از محدوده موافقت‌نامه داوری طرفین رسیدگی کند. در آن پرونده، دیوان داوری باید تنها حول خواسته خواهان حرکت و درخواست اجرای تصمیم هیئت را رد می‌کرد یا می‌پذیرفت. با توجه به اینکه خواننده دعوی متقابل برای رسیدگی به ماهیت نیز طرح نکرده بود، در زمره اختیارات دیوان است که به طرفین اجازه طرح دعوی جدید را بدهد یا از تجویز آن خودداری کند.

### ۳. اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف

بررسی اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف، در دو فرض ضروری است. اول، مواردی که تصمیم، حداقل مورد اعتراض یکی از طرفین قرار گرفته و وصف نهایی پیدا نکرده است (مانند پرونده پرسرو) و دوم در فرضی که هیچ‌یک از طرفین به تصمیم اعتراض نکرده‌اند و تصمیم نهایی است ولی محکوم‌علیه آن را اجرا نمی‌کند. آیا ذی‌نفع می‌تواند از مرجع داوری یا محاکم ملی اجرای آن را بخواهد. از آنجا که در متن قراردادهای فیدیک در مواد ۶-۲۰ و ۷-۲۰ داوری به‌عنوان مرحله بعدی جهت حل و فصل اختلافات طرفین پیش‌بینی شده است، بررسی اجرای رأی در قالب نهاد داوری مفید به نظر می‌رسد.

### ۳-۱. اجرای مستقیم تصمیم هیئت در قالب رأی داوری

از انواع رأی دیوان داوری می‌توان به رأی نهایی<sup>۳۶</sup> و دستور موقت<sup>۳۷</sup> اشاره کرد. تعریف روشنی از رأی در مقررات مربوط به داوری یا کنوانسیون نیویورک وجود ندارد. گفته شده رأی داوری برآیند تصمیم دیوان داوری و به‌نوعی سند ثبت‌کننده تصمیم هیئت داوری است که به‌طور موقت یا نهایی، تکلیف دعاوی طرفین را روشن می‌کند و ممکن است به تفسیر شروط و مفاد قرارداد یا تعیین حقوق و تعهدات طرفین اختلاف یا سایر اختلافات موضوعی و حقوقی بین طرفین مربوط باشد.<sup>۳۸</sup> در تعریف دیگری آمده، رأی به تصمیم نهایی دیوان داوری اطلاق می‌شود که کلیه

۳۵. ماده ۱۹ مقررات داوری ICC: پس از آنکه قرارنامه داوری امضا شد یا به تصویب دیوان رسید، هیچ‌یک از طرف‌ها نمی‌تواند ادعای جدیدی اعم از ادعاهای اصلی یا متقابل که خارج از چارچوب آن سند باشد مطرح کند، مگر اینکه مرجع داوری با توجه به ماهیت ادعاهای جدید و نیز با توجه به مرحله داوری و سایر اوضاع و احوال مرتبط، اجازه طرح آن را بدهد.

36. Final Award

37. Interim Award

۳۸. دی ام لئو، جولیان؛ لوکاس میستلی و استفان کرول؛ داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، دانشگاه مفید قم، ۱۳۹۱، ص ۶۲۹.

مسائل ماهوی ارجاع شده به داوری را فیصله می‌دهد.<sup>۳۹</sup>

بر اساس گزارش نهایی در مورد آرای نهایی، جزئی و موقت که کمیسیون اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۴۰</sup> در بحث داوری‌های بین‌المللی به ریاست آقای مارتین هانتز در ۱۹۹۰ منتشر کرد، رأی موقت، عبارت کلی است و برای توصیف هر نوع رأیی که قبل از صدور رأی نهایی صادر می‌شود به کار می‌رود. رأی جزئی<sup>۴۱</sup> مانند هر رأی دیگری قابل اجراست و اعتبار امر قضاوت شده را دارد. این رأی ناظر به قسمتی از خواسته خواهان است و اثر اجرایی دارد. رأی جزئی در قالب رأی است ولی امکان دارد نسبت به ماهیت دعوا نباشد. بنابراین، طبق این تعریف، هر دستور موقتی، رأی جزئی هم محسوب می‌شود، لکن همه آرای جزئی، موقت نیستند. اقدامات تأمینی یا دستور موقت، الزاماً در قالب و شکل رأی نیستند و قبل یا هم‌زمان با صدور رأی نهایی صادر می‌شوند. به‌سختی می‌توان در واژگان همه کشورهای به تعریف واحدی رسید. صاحب‌نظران عرصه داوری مانند فوشار، گیلار و گلدمن معتقدند که معنای عبارت «رأی نهایی» بسیار وسیع است، اما بهترین تعریف برای آن، همان تصمیمی است که به تمام یا بخشی از اختلافات خاتمه می‌دهد. در جای دیگر هم گفته شده که بر اساس یافته‌های کارگروه در تدوین قانون نمونه، دستور موقت یا دستور تأمینی آن است که به‌طور قطع فیصله‌دهنده موضوع مورد اختلاف نیست و نقطه مقابل رأی نهایی قرار دارد.<sup>۴۲</sup> تعریف رأی در قانون نمونه داوری منعکس نشده است<sup>۴۳</sup> و به همین دلیل در عمل، عبارت «رأی موقت» اغلب به جای «رأی جزئی» به کار می‌رود.<sup>۴۴</sup> در پرونده پرسرو ۱ چون خواسته خواهان جریان داوری، صرفاً درخواست اجرای تصمیم هیئت بود و رسیدگی به ماهیت دعوا به‌طور هم‌زمان خواسته وی نبود، رأی دیوان داوری که در قالب رأی نهایی (مطابق تعریف بالا رأیی که نسبت به تمام خواسته خواهان صادر شده باشد) حکم به اجرای تصمیم داده است کاملاً به‌جا بوده و دیوان در هیچ شکل دیگری نمی‌توانست رأی صادر کند. ولی در پرسرو ۲ هر دو خواسته با هم مطرح شد که داور بدو با صدور دستور موقت، حکم به اجرای تصمیم هیئت داد و رسیدگی ماهوی را مفتوح گذاشت.

اجرای دستور موقت داوری چالش‌های فراوانی در سال‌های اخیر به دنبال داشته است و اخیراً

۳۹. شیروی، عبدالحسین؛ داوری تجاری بین‌المللی، سمت، ۱۳۹۱، ص ۲۵۷.

40. Final Report on Interim and Partial Awards. www.iccwbo.org

41. Partial Award

42. Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell p. 373.

43. Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of Its Seventh Session, A/CN.9/246, paras.192-194. Available at: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/2Contract\\_Practices.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Contract_Practices.html). accessed on: 29/4/2016

44. Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, Chapter 22, p. 555.

نیز داوری اضطراری که در ضمیمهٔ مقررات داوری جدید اتاق آمده، بحث را پیچیده‌تر کرده است. در ماده ۱۷ مقررات داوری آنسیترال که در ۲۰۰۶ اصلاح شد، دستور موقت دیوان داوری قابل شناسایی و اجرا تلقی شد که برخی آن را ناظر به دستور موقت دیوان داوری می‌دانند و نه تصمیم داور اضطراری. آن‌ها بر این باورند که در مقررات آنسیترال، دستور موقتی مشمول ماده ۱۷ اصلاحی و قابل اجراست که همان دیوان داوری صادر کرده باشد که برای رسیدگی به ماهیت دعوا و صدور رأی نهایی تشکیل شده است نه دستور موقتی که داور اضطراری صادر کند، چرا که به موجب بند ۳ ماده ۲۹ مقررات داوری ICC تصمیم داور اضطراری نهایی نیست<sup>۴۵</sup> و دیوان داوری ملزم به رعایت تصمیم داور اضطراری نبوده و می‌تواند آن را تعدیل یا باطل کند و به آن خاتمه دهد. البته این استدلال محل ایراد است چرا که دستور موقت چه توسط دیوان داوری صادر شده باشد چه داور اضطراری، وصف موقتی دارد، مگر آنکه در مقررات کشورها آن را اجرایی بدانند. برخی کشورها مثل هلند و اسپانیا دستور موقت را رأی تلقی کرده و مانند رأی اجرا می‌کنند<sup>۴۶</sup> و در مقابل در فرانسه دستور موقت که نهاد پیش‌داوری ICC صادر می‌کند، رأی تلقی نشده و برای دادگاه اثری بیشتر از قرار ندارد.<sup>۴۷</sup> در استرالیا نیز در مورد اجرای قرار تأمین، به نتیجهٔ مشابه فرانسوی‌ها رسیده‌اند.<sup>۴۸</sup> در ماده ۳۷ قواعد داوری مرکز بین‌المللی داوری برای حل اختلافات (ICDR)<sup>۴۹</sup> تصمیمات داور اضطراری، رأی داوری تلقی شده و باید فوراً اجرا شوند. ماده (۳) ۹ قواعد داوری استکهلم (SCC) طرفین را ملزم به رعایت دستور اضطراری می‌داند. سنگاپور نیز از کشورهایی است که در جریان اصلاح مقررات داوری در ۲۰۱۲ قرار تأمین داوری اضطراری را مانند رأی قابل اجرا دانسته است.<sup>۵۰</sup> بررسی تفاوت این دو نهاد می‌تواند موضوع تحقیق دیگری باشد. در پروندهٔ پرسرو دیوان دستور موقت را جهت اجرای تصمیم هیئت صادر کرد و چون در نظام حقوقی سنگاپور تفاوتی میان دستور داور اضطراری و دستور موقت دیوان

45. Paata Simsive, "Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator's Order", *Kluwer Arbitration Blog*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/04/15>. Available at: 3/25/2019

46. کاشانی، جواد و مهدی شیخانی؛ «صدور قرار اقدامات احتیاطی قبل از تشکیل مرجع داوری توسط داور اضطراری طبق قواعد جدید مرکز و قانون داوری بین‌المللی سوئیس»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست‌ونهم، شماره ۴۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۴۶.

47. In 2003, the Paris Court of Appeal, ruling on a ICC's Pre-Arbitral Referee procedure, reasoned that the Pre-Arbitral Referee order was binding only as a matter of contract deriving from the arbitration clause which referred requests for interim measures to the Pre-Arbitral Referee procedure (*Société Nationale des Pétroles du Congo v. Total Fina Elf. Congo*, 2003).

48. Supreme Court of Queensland, "Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums (Australia) Pty. Ltd", *Yearbook Commercial Arbitration*, 1995, p. 628.

49. International Center for Dispute Resolution

50. Villani, Manuela Caccialanza, "Interim Relief through Emergency Arbitration: An Upcoming Goal or Still an Illusion?", *Kluwer Arbitration Blog*, July 14 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/14/interim-relief-emergency-arbitration-upcomin.g-goal-still-illusion/>. Available at : 20/6/2019.



داوری نیست اگر محکوم علیه (کارفرما) دارای اموال در کشور سنگاپور باشد محکوم له در اجرای آن با مشکلی مواجه نخواهد شد. چون هنوز رویه واحدی در مورد اجرای تصمیم موقت داوران وجود ندارد، نمی‌توان اجرای چنین تصمیماتی را در سایر کشورها تضمین کرد؛ ضمن آنکه مرجع داوری ملزم به رعایت این تصمیم نیست و می‌تواند آن را مورد بازنگری و تغییر و تعدیل قرار دهد. بنابراین، اجرای چنین تصمیماتی را باید در قالب قوانین ملی کشورها یا در مجرای کنوانسیون نیویورک جستجو کرد. کنوانسیون نیویورک، مقرره‌ای در مورد اجرای تصمیمات موقت داوری ندارد. به نظر می‌رسد از آنجا که تعریفی از رأی در این کنوانسیون ارائه نشده، بتوان برای شناسایی و اجرای آن به معیار دوم مندرج در ماده ۱ کنوانسیون، «تصمیم صادره در کشور محل اجرای داخلی تلقی نشود» اکتفا یا پیشنهادهایی در راستای اصلاح آن ارائه کرد.

### ۲-۳. اجرای غیرمستقیم تصمیم هیئت

قصور در اجرای تصمیم هیئت در وهله اول، تخلف قراردادی است و اگر به دلیل فقدان رویه واحد در خصوص ماهیت تصمیم هیئت در یک کشور نتوان تصمیم را در قالب رأی نهایی یا رأی جزئی یا دستور موقت داوری اجرا کرد، پیشنهاد می‌شود از مرجع داوری تقاضا شود تا مستند به تخلف قراردادی مستنکف، حکم به اجرای محتوای تصمیم هیئت صادر کند. بدین ترتیب به‌طور غیرمستقیم، هدف از اجرای تصمیم هیئت تأمین می‌شود. در فرض تخلف قراردادی می‌توان یا اجرای عین تعهد قراردادی (اجرای عین رأی هیئت) یا پرداخت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد (عدم اجرای رأی) را از دیوان داوری مطالبه کرد. در پرونده پرسرو دیوان داوری نه تنها دستور موقت برای اجرای فوری تصمیم هیئت صادر کرد و کارفرما را مکلف به پرداخت همان مبلغ تعیین شده در تصمیم هیئت نمود، بلکه به پرداخت سود ناشی از تأخیر در پرداخت نیز رأی داد.

### الف. الزام به ایفای عین تعهد بر مبنای تصمیم هیئت حل اختلاف

در کتاب قرمز نسخه ۱۹۸۷ که هنوز در بسیاری از پروژه‌های بین‌المللی کاربرد دارد، حل اختلاف به‌موجب ماده ۶۷ بر عهده مهندس مشاور است و در کتاب قرمز ۱۹۹۹ وظیفه حل اختلاف به‌جای مهندس مشاور، بر عهده هیئت حل اختلاف قرار دارد. قواعد هر دو کتاب مشابه هستند. طرفین مکلف‌اند بی‌درنگ به تصمیم صادره ترتیب اثر دهند و در صورت عدم اجرای تصمیم، ناقض قرارداد شمرده می‌شوند. حتی اگر در مهلت مقرر، اعتراض<sup>۵۱</sup> خود را نسبت به تصمیم اعلام کرده باشد، اعتراض فقط مانع نهایی شدن تصمیم می‌شود و در لازم‌الاجرا شدن آن بی‌تأثیر

است.<sup>۵۲</sup> در چنین فرضی که قصور قراردادی به داوری ارجاع می‌شود باید دید مطالبه ایفای عین تعهد برای محکوم‌له، صرفه اقتصادی بیشتری دارد یا مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد؟ تفاوت مهم نظام حقوق نوشته (سیویل‌لا) و عرفی (کامن‌لا) در بحث نقض قرارداد و طرق جبران خسارت است.<sup>۵۳</sup> در نظام حقوق نوشته، چنانچه تعهدی اجرا نشود، باید بدو اجرای آن را خواست و اگر الزام ممکن نبود به فسخ متوسل شد. ولی در نظام کامن‌لو اگر قرارداد اجرا نشود، جز در مورد انصاف،<sup>۵۴</sup> دلیلی برای الزام نیست و باید خسارت پرداخت شود. اگرچه تعدیل بسیار جزئی در اجبار به ایفای عین تعهد در حقوق کامن‌لو صورت گرفته است، این تعدیل آن قدر جزئی و محدود است که به‌عنوان استثنا قابل توجه به شمار نمی‌آید. در موارد بسیار نادر، امکان امر به ایفای عین تعهد، آن هم به صلاح‌دید قاضی و با توجه به موضوع مورد معامله و چگونگی مطالبه متعهدله وجود دارد. این قاعده در نظام حقوق نوشته به نحو گسترده‌تری تعدیل شده است. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا<sup>۵۵</sup> این دو قاعده به منظور همگرایی بین نظام‌های حقوقی جمع شده است. لذا نباید به‌طور قطع گفت کدام راه‌حل اولیه و کدام ثانویه است، بلکه گاهی احتمالاً تشخیص اینکه کدام روش جبران خسارت مؤثرتر است باید به شخص زیان‌دیده واگذار شود. به‌عنوان نمونه، در جدیدترین تحولات اخیر نظام قراردادهای می‌توان به تحولات ۲۰۱۶ در حقوق فرانسه اشاره کرد.<sup>۵۶</sup> به‌طور سنتی در قانون قبلی فرانسه، تنها دو استثنا برای عدم صدور حکم به ایفای عین تعهد وجود داشت. اول: عدم امکان اجرای تعهد از حیث مادی و دوم: تعارض اجرای عین تعهد با اخلاق و نظم عمومی. اما در قانون جدید تعهدات آن کشور،<sup>۵۷</sup> استثنای سومی اضافه شده و آن مواردی است که «اجرای عین تعهد از نظر اقتصادی مقرون به صرفه و معقول

۵۲. تفسیر درست مورد نظر تدوین‌کنندگان قراردادهای استاندارد فیدیک این است که تصمیم در هر حال لازم‌الاجراست و اعتراض فقط از قطعی شدن آن جلوگیری می‌کند. ن.ک: محبی و رضوانیان؛ همان، ص ۶۵  
 ۵۳. برای توضیح بیشتر، ن.ک: مهرباب داراب‌پور؛ «مقایسه تطبیقی ایفای عین تعهد»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۲۹ و ۳۰، ۱۳۷۹.

#### 54. Equity

۵۵. ن.ک: مواد ۴۶ و ۶۲ کنوانسیون.  
 ۵۶. داراب‌پور، مهرباب و الهام انیسی؛ «تقدم کارآمدی اقتصادی بر سنت‌گرایی در حقوق جدید تعهدات فرانسه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۸۳، ۱۳۹۷ و ابراهیم شعاریان، *مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۳.  
 ۵۷. ماده ۱۲۲۱: متعهدله پس از ارسال اخطاریه رسمی می‌تواند ایفای عین تعهد را دنبال کند، مگر آنکه اجرای چنین تعهدی غیرممکن باشد یا عدم تناسب واضحی میان هزینه اجرای عین تعهد برای متعهد و منافع متعهدله وجود داشته باشد. ماده ۱۱۲۲: پس از ارسال اخطاریه رسمی، متعهدله می‌تواند با اعطای مهلت و مبلغ متعارف، تعهد را خود اجرا کند یا با مجوز قبلی دادگاه، آنچه در نقض تعهد صورت گرفته را از بین ببرد. متعهدله می‌تواند از متعهد بخواهد تا هزینه‌های انجام شده برای این منظور را بپردازد. همچنین او می‌تواند قبل از اجرا یا تخریب بابت هزینه‌های لازم، متعهد را تعقیب قضایی کند.

نباشد». این روش قانون فرانسه با موضوع بحث اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف همسو است. در متن ماده ۱۲۲۱ قانون اصلاحی فرانسه، مقام تشخیص دهنده این معیارها مشخص نشده، اما به نظر می‌رسد در مورد داوری، این وظیفه دیوان داوری است که احراز کند آیا مطابق قانون حاکم دیوان داوری، اختیار صدور دستور به ایفای عین تعهد را دارد و صدور حکم به ایفای عین تعهد، منافع متضرر از عدم اجرای تصمیم را بیشتر تأمین می‌کند یا حکم به پرداخت خسارت؟ شاید بتوان گفت که تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا داوران می‌توانند الزام به ایفای عین تعهد مندرج در تصمیم هیئت حل اختلاف را در قالب دستور موقت صادر کنند باید در قانون حاکم جستجو شود. به‌عنوان مثال در نظام حقوقی انگلستان، مستند به ماده ۴۸ قانون داوری ۱۹۹۶ داور اختیار دارد تا حکم به ایفای عین تعهد بدهد.<sup>۵۸</sup>

در پرونده پرسرو مطابق مقررات سنگاپور، دیوان داوری تشخیص داد که دستور اجرای تصمیم لازم‌الاجرای غیرنهایی هیئت را برخلاف ظاهر ماده ۷-۲۰ فیدیک صادر کند. حکم به ایفای عین تعهد مندرج در تصمیم هیئت نیز منطبق با قانون حاکم توسط دیوان داوری تشخیص داده شد.

به‌طور مشابه در ۲۰۱۰ در پرونده دیگری در دیوان داوری ICC پس از صدور تصمیم هیئت و اعتراض کارفرما، پیمانکار بر اساس بند ۴-۲۰ و رأی شماره ۱۰۶۱۹ قبلی افاق متقابلاً از دیوان تقاضای صدور دستور موقت برای اجرای تصمیم هیئت را مطرح کرد و دیوان داوری در قالب رأی نهایی، حکم به اجرای عین تصمیم هیئت حل اختلاف را صادر کرد.<sup>۵۹</sup> در پرونده معروف دیگر، دیوان داوری ICC در رأی ۱۰۶۱۹ حکم به ایفای عین تعهد (اجرای عین تصمیم لازم‌الاجرای مهندس مشاور) صادر کرد. هرچند مبنای این رأی دیوان چندان در آن تبیین نشده است، به نظر می‌رسد که دیوان با احراز صلاحیت در تعیین قانون حاکم و احراز اختیار ذاتی برای صدور حکم به ایفای عین تعهد تصمیم‌گیری کرده است. عده‌ای نیز مبنای این رأی را جبران خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی به انضمام منافع مبالغی که کارفرما ژرداخت نکرده دانسته‌اند.<sup>۶۰</sup> در جای دیگر در تفسیر این رأی آمده است که دیوان داوری برخلاف دادگاه دارای صلاحیت ذاتی در صدور حکم به ایفای عین تعهد نیست، مگر آنکه این اختیار توسط طرفین یا در قالب قرارداد مانند ماده ۷-۲۰ به او داده شده باشد. در برخی شرایط خاص مانند انگلستان هم

58. Taner Dedezeade, "The Legal Justification for the 'Enforcement' of a 'Binding' DAB Decision under the FIDIC 1999 Red Book", *Construction Law International*. Vol. 7, Issue, 2012.

59. G. Di Folco & M. Tiggeman, "Enforcement of a DAB Decision through an ICC Final Partial Award", *The Dispute Board Federation Newsletter*, September 2010. <http://www.technoeng.com/wp-content/uploads/2014/04/enforcement-of-a-DAB-decision-through-an-ICC-final-partial-award.pdf>. p. 4. available at: 4/18/2019.

60. Christopher Seppala, *op.cit.*, p. 420.

این اختیار به واسطه قانون به داوران داده شده است.<sup>۶۱</sup> به نظر می‌رسد که بنا به محتوای تصمیم هیئت حل اختلاف، این دیوان دآوری است که باید تشخیص بدهد کجا حکم به ایفای عین تعهد، مفید به حال زیان‌دیده است و کجا به ضرر اوست و اگر اجبار به ایفای عین تعهد، منجر به اضرار اقتصادی و عدم کارآمدی قرارداد شود، حکم به جبران خسارت را جایگزین حکم به ایفای عین تعهد کند؛ مثلاً آنجا که میان مبلغ مورد تصمیم هیئت و خسارت واقعی اختلاف زیادی وجود دارد، حکم به ایفای عین تعهد نمی‌تواند موازنه اقتصادی قرارداد را تأمین کند یا مواردی که مفاد تصمیم هیئت، الزام کارفرما به پرداخت مبلغ است یا الزام او به تمدید مهلت قرارداد باید حسب مورد قائل به تفکیک شد که در مورد اخیر، الزام به ایفای عین تعهد به حال پیمانکار مفیدتر از حکم به جبران خسارت است چرا که با تمدید مهلت قرارداد، پیمانکار، موفق به تکمیل پروژه مطابق قرارداد می‌شود که به منافع مورد انتظار از قرارداد در پایان آن دست یابد و صدور حکم به جبران خسارت، حکم مالی است که مستلزم زمان زیادی برای پیمانکار است که برای اجرای آن باید ضرورتاً اموال کارفرما را توقیف کند که چندان با مصالح پروژه‌های بلندمدت سازگار نیست.

### ب. مطالبه خسارت ناشی از عدم اجرای تصمیم

فرض دوم در قصور کارفرما در اجرای تصمیم هیئت حل اختلاف، صدور حکم به جبران خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی است. در این فرض، صرف نظر از چگونگی اجرای تصمیم هیئت، باید احراز شود که عدم اجرای تصمیم چه خسارتی را بر محکوم‌له تحمیل کرده است. در این فرض، تعیین خسارت مسئله مهمی است. اول: رقم خسارت مفروض، همان مبلغ مندرج در تصمیم هیئت است و نیاز به اثبات ندارد و دوم: محاسبه خسارت ناشی از عدم اجرای تصمیم است به نحوی که کلیه خسارات ناشی از عدم اجرای تصمیم، مشتمل بر سود و سایر هزینه‌های وارده به متضرر را دربرگیرد که مفروض نیست و باید اثبات شود.

در حالت اول جبران خسارت، چنین استدلال می‌شود که هدف اصلی از جبران خسارت، بازگرداندن وضعیت مالی و اقتصادی متضرر به حالتی است که اگر نقض صورت نمی‌گرفت و رأی هیئت به‌عنوان تعهد قراردادی مطابق بند ۴-۲۰ فوراً اجرا می‌شد، زیان‌دیده در آن موقعیت قرار می‌داشت؛ لذا عایدی آن طرف دیگر، همان مبلغ مندرج در رأی هیئت خواهد بود<sup>۶۲</sup> و صدور حکم به خسارت به مبلغ بیشتر از آنچه در رأی هیئت آمده مورد حکم داور نخواهد بود.

اما در حالت دوم جبران خسارت، بدون توجه به مبلغ مندرج در رأی هیئت، مبلغ خسارت باید مجدد محاسبه شود و کلیه خسارات، سود، عدم‌النفع ناشی از عدم اجرای تصمیم لحاظ می‌شود.

61. G. Di Folco & M. Tiggeman, *Supra*, p. 6.

62. Frederic Gillion, *op.cit.*, p. 388.

هرچند در این مورد نیز باید میان مطالبه مبلغ مندرج در رأی هیئت و درخواست مبالغ اضافی بابت خسارات قائل به تفکیک شد.<sup>۶۳</sup> این تفکیک نه تنها در ماهیت مطالبه متفاوت است بلکه تأثیر عملی نیز دارد.<sup>۶۴</sup> مطالبه اول ناظر به الزام به ایفای عین تعهد بر اساس تصمیم هیئت است و مستند قراردادی دارد و مطالبه هزینه‌های اضافی ناشی از تأخیر در اجرای تصمیم که بر متضرر تحمیل شده است، مبنایی غیر از قرارداد دارد و باید به طرف متضرر، فرصت اثبات ورود خسارات مازاد بر مبلغ مندرج در رأی هیئت داده شود.<sup>۶۵</sup>

در پرونده‌ای در ۲۰۰۴، پیمانکار ادعای تمدید مهلت و هزینه‌های اضافی داشت ولی هیچ‌یک مورد پذیرش کارفرما نبود و در نهایت بر اساس ماده ۲-۱۶ قرارداد توسط پیمانکار فسخ و برای احراز مسئولیت و تعیین میزان خسارت نزد هیئت طرح دعوا کرد و هیئت نیز به نفع او رأی داد. کارفرما اعتراض نمود و تصمیم را اجرا نکرد و بدین ترتیب پیمانکار دعوای سومی را به خواسته مطالبه خسارت ناشی از عدم اجرای تصمیم هیئت توسط کارفرما نزد هیئت طرح کرد. پس از صدور تصمیم هیئت، کارفرما به آن اعتراض کرد و این بار کارفرما دعوای ماهوی خود را نزد داوری آورد. پیمانکار هم برای تأمین خسارات ناشی از عدم اجرای تصمیم هیئت توسط کارفرما تقاضای صدور دستور موقت کرد. کارفرما معتقد بود که چون اعلامیه نارضایتی داده است پیمانکار نمی‌توانست اجرای رأی را مطالبه کند چرا که عبارت ماده ۷-۲۰ ناظر به مواردی است که رأی نهایی و لازم‌الاجرا شده، نه در این مورد که مورد اعتراض قرار گرفته است و وصف نهایی ندارد. اما در ۲۰۱۱ دیوان داوری با این استدلال که صرف نظر از اعتراض به تصمیم هیئت، اجرای تصمیم به‌عنوان تعهد قراردادی بر طرفین لازم است و پیمانکار به دنبال تأمین خسارات ناشی از عدم اجرای رأی توسط کارفرما بوده است، کارفرما را به مبالغ مندرج در تصمیم هیئت به‌عنوان اصل خواسته و سود از تاریخ سررسید بابت تأخیر در پرداخت در قالب دستور موقت محکوم کرد. مبنای این رأی، جبران خسارت ناشی از نقض ماده ۴-۲۰ قرارداد طرفین است که به موجب آن، اجرای فوری تصمیم هیئت به‌عنوان تعهد قراردادی پذیرفته شده است.<sup>۶۶</sup> بنابراین قصور در اجرا در وهله اول، نقض قراردادی است.

63. Edwin Peel, 'Treitel on the Law of Contract', 12th ed., Sweet & Maxwell, 2007.

64. اگر نقض قرارداد صورت پذیرد حالت اول اعمال می‌شود. در صورتی که مبنای جبران خسارت، محاسبه کلیه خسارت‌های مثبت وارده باشد، نوبت به حالت دوم می‌رسد. این موضوع با خسارت بر مبنای منافع مثبت که در نظریه‌ها آمده است تفاوت اساسی دارد و مستلزم مقاله جداگانه است.

65. ICC Case 16949/GZ.

66. Taner Dedezeade, 'Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract', *International Arbitration Law Review*, 2012.

**نتیجه**

هرچند در قراردادهای فیدیک، تصمیم هیئت حل اختلاف و مهندس مشاور برای طرفین الزامی بوده و مانع توقف کار می‌شود، هیچ ضمانت اجرایی برای آن پیش‌بینی نشده است. به نظر می‌رسد اگر تصمیم هیئت بدون ورود به ماهیت آن مانند رأی داوری اجرا شود، سازوکار حل اختلاف فیدیک مؤثرتر و سریع‌تر خواهد بود. دادگاه سنگاپور در پرونده پرسرو تأیید کرد که تصمیمات نهایی هیئت‌های حل اختلاف به مثابه رأی داوری تلقی می‌شوند تا از این طریق، با برقراری توازن بین هزینه و فایده، کارآیی اقتصادی پروژه بیشتر شود. تصمیم نهایی هیئت در قالب رأی نهایی داوری و در مواردی که در مهلت مقرر مورد اعتراض احد از طرفین بوده و نهایی نشده ولی همچنان لازم‌الاجرا است، در شکل دستور موقت داوری قابل اجرا است، هرچند جایگاه اجرای دستور موقت داوری در برخی کشورها هنوز مورد تردید فراوان باشد. درست است در مواردی که تصمیم هیئت حداقل توسط یک طرف مورد اعتراض واقع شده، داوران تمایلی ندارند آن تصمیم را بدون ورود به ماهیت اجرا کنند یا نسبت به آن دستور موقت صادر کنند - به‌ویژه اگر در ماده ۷-۲۰ فیدیک تصمیم هیئت توسط دیوان داوری بعدی قابل بازنگری باشد - اما از آنجا که هیئت در مقایسه با مبانی نهاد داوری، مرضی‌الطرفین بوده و استقلال و بی‌طرفی در هر دو نهاد رعایت می‌شود، روا نیست که اجرای یکی در کشورها از پشتوانه قانونی برخوردار باشد و در کشور دیگری فاقد این پشتوانه باشد. مادام که اجرای چنین تصمیم‌ها، در مجاری قانونگذاری قرار نگرفته است باید در راستای کارآمدی اقتصادی، با شبیه‌سازی آن با نهادهای فعلی مانند داوری و داوری اضطراری، در صدد اجرای آن بود. باید به تصمیم قضات در مورد تأیید اجرای دستور موقت داور در پرسرو ۲، با در نظر گرفتن لزوم ادامه کار و حفظ جریان نقدینگی در پروژه‌های بلندمدت ساخت، خوش‌آمد گفت و راه را برای دیگر کشورها در حوزه داوری برای تفسیر موسع مواد قراردادی فیدیک در راستای حفظ جریان مالی پروژه باز کرد.

اعطای قدرت مناسب به نهاد حل اختلاف فیدیک، رفع سریع‌تر مشکلات پروژه‌ها را به دنبال دارد. پس باید به این سؤال که آیا طرفین قراردادهای فیدیک مجازاند آزادانه از اجرای تصمیم هیئت استنکاف کنند یا خیر پاسخ منفی داد. اگر اجرای آن در نظام حقوقی کشوری مطرح باشد که نه قانونی جهت به رسمیت شناختن اجرای این تصمیم‌ها وجود دارد و نه ظرفیت‌های حقوقی آن کشور تاب پذیرش تصمیم‌های هیئت را به‌عنوان رأی یا دستور موقت داوری داشته باشد، باید با مراجعه به مرجع داوری و اخذ حکم داور بر الزام به ایفای عین تعهد قراردادی (یعنی اجرای فوری تصمیم هیئت) یا مطالبه خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد قرارداد، مفاد تصمیم هیئت را اجرا نمود و اگر دیوان داوری در خصوص تصمیم لازم‌الاجرای هیئت حل اختلاف فیدیک

دارای اختیار صدور حکم به ایفای عین تعهد نباشد، خواه بر اساس شرایط قرارداد، مقررات داوری ICC یا قانون حاکم، وضعیتی پیش می‌آید که در آن برنده دعوا هیچ گزینه‌ای برای اجرای آن ندارد. اگر دادبرده، خسارت ناشی از عدم اجرای تصمیم را مطالبه کند، حداقل در قوانین کشورها باید به دنبال رفع این مشکل بود که آیا این ادعا فقط شامل مبلغ مندرج در رأی است یا خسارت‌های دیگر را دربرمی‌گیرد؟ این امر در نهایت راه اجرا را برای محکوم‌له دشوار می‌کند و از جذابیت رسیدگی در هیئت‌ها که بسیار سریع و مقرون به صرفه است می‌کاهد. در راستای اجرای پروژه‌ها و کارآیی اقتصادی، بهترین گزینه حقوقی، شناسایی تصمیم نهایی‌شده هیئت حل اختلاف و اجرای مستقیم آن در قالب «رأی داوری» است و در فرضی که تصمیم هیئت نهایی نیست، بهترین راه، اجرای آن به صورت «دستور موقت داوری» خواهد بود.



## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

- ≠ داراب‌پور، مهرباب و ۱۵ تن از حقوق‌دانان ایران؛ اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، دوره شش جلدی، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۸.
- ≠ دی ام لئو، جولیان؛ لوکاس میستلی و استفان کرول؛ داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، دانشگاه مفید قم، ۱۳۹۱.
- ≠ داراب‌پور، مهرباب و محمدرضا داراب‌پور؛ حقوق و مسئولیت‌های فراقردادی مهندسان، جلد دوم، جنگل جاودانه، ۱۳۹۴.
- ≠ شعاریان، ابراهیم؛ مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۲.
- ≠ شیروی، عبدالحسین؛ داوری تجاری بین‌المللی، سمت، ۱۳۹۱.

## - مقاله

- ≠ داراب‌پور، مهرباب و الهام انیسی؛ «تقدم کارآمدی اقتصادی بر سنت‌گرایی در حقوق جدید تعهدات فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸۳، ۱۳۹۷.
- ≠ داراب‌پور، مهرباب؛ «مقایسه تطبیقی ایفای عین تعهد»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۹ و ۳۰، ۱۳۷۹.
- ≠ کاشانی، جواد و مهدی شیخانی؛ «صدور قرار اقدامات احتیاطی قبل از تشکیل مرجع داوری توسط داور اضطراری طبق قواعد جدید مرکز و قانون داوری بین‌المللی سوئیس»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۶، بهار و تابستان، ۱۳۹۱.
- ≠ محبی، محسن و اویس رضوانیان؛ «توافق‌های چندلایه برای حل‌وفصل اختلاف‌های تجاری و صنعتی»، مجموعه مقالات جشن‌نامه دهمین سالگرد تأسیس مرکز داوری اتاق ایران، شهر دانش، ۱۳۹۳.

## ب. انگلیسی

## - Books

- ≠ Peel, Edwin: Treitel on the Law of contract, 12<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell. 2007.



≠ Redfern, Alan and Hunter Martin: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell. 2006.

**- Articles**

- ≠ Di Folco G. & Tiggeman, M., “Enforcement of a DAB Decision through an ICC Final Partial Award”, *The Dispute Board Federation Newsletter*, September 2010. Available at: 4/18/2019.
- ≠ Dedezade, Taner, “Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract”, *International Arbitration Law Review*, 2012.
- ≠ Dedezade, Taner, “The legal justification for the ‘enforcement’ of a ‘binding’ DAB decision under the FIDIC 1999 Red Book”, *Construction Law International*, Volume 7, March. 2012.
- ≠ D.M. Lew, Julian and Mistelis, Loukas and Kröll, Stefan, “Comparative International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, 2003.
- ≠ Gillion, Frederic, “Enforcement of DAB Decisions under the 1999 FIDIC Conditions of Contract: A Recent Development: CRW Joint Operation V. PT PERUSAHAAN GAS NEGARA (PERSERO)”, *ICLR*, 2011.
- ≠ Gillion, Frédéric, “The Court of Appeal Decision in Persero II: Are We Now Clear About the Steps to Enforce a Non-Final DAB Decision Under FIDIC? The Court of Appeal Decision in PERSERO II”, *International Construction Law Review*, 2016.
- ≠ J. Valasek, Martin and de Jong, Jenna Anne: “Enforceability of interim measures and emergency arbitrator decisions”, *nortonrosefulbright.com*, May 2018. Available at: 20/06/2019
- ≠ Knowles, Ben and Will Land, “Emergency Relief: Court or Tribunal? Your Options May Be More Limited Than You Thought”, *Kluwer Arbitration*, October 22 2016, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/22/>.
- ≠ Simsive, Paata, “Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Order”, *Kluwer Arbitration*, April, 2015.
- ≠ Scherer Matthias, “Swiss Supreme Court analyses enforceability of pre-arbitral procedure in multi-tier dispute resolution provision (FIDIC DAB)”, *Kluwer Arbitration*, October 1 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/01/Swiss-Supreme-Court-Analyses-on-enforceability-of-pre-arbitral-procedure-in-multi-tier-dispute-resolution-provision-fidic>. available at: 3/25/2019
- ≠ Seppälä, Christopher R., “The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board”, 1997, *International Construction Law Review*, Vol 14 part 4, 1997.
- ≠ Seppälä, Christopher R., “Enforcement by an Arbitral Award of a Binding but not Final Engineer’s or DAB’ decision under FIDIC Conditions”,

ICLR, 2009.

- ≠ Seppälä, Christopher R., 'How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case, The International Construction Law Review', London, 2012.
- ≠ Seppälä, Christopher R., "An Excellent Decision from Singapore Which Should Enhance the Enforceability of Decisions of Dispute Adjudication Boards, the Second Persero Case before the Court of Appeal", Construction Law Journal, Issue 7, 2015.
- ≠ Villani, Manuela Caccialanza, "Interim Relief through Emergency Arbitration: An Upcoming Goal or Still an Illusion?", Kluwer Arbitration, July 14, 2017. Available at: 20/06/2019

#### - Reports

- ≠ Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts: Recent ICC Awards and Commentary E-Chapter from ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 - Issue 1, 2015 Edition.
- ≠ Final Report on Interim and Partial Awards. www.iccwbo.org. December 1990.
- ≠ Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Seventh Session, A/CN.9/246, paras.192-194. Available at: 04/29/2016  
[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/2Contract\\_Practices.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Contract_Practices.html). accessed on: 29/4/2016.

#### - Cases

- ≠ ICC case No: 16122 ICC International Court of Arbitration on 13 February 2009
- ≠ ICC case: 10619, Construction Law International, Vol:4, No:3, September 2009.
- ≠ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia) ("Persero II") (CA) [2015] SGCA 30 and PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC 146.
- ≠ Supreme Court of Queensland, "Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums(Australia) Pty. Ltd, Yearbook Commercial Arbitration, 1995.
- ≠ Société Nationale des Pétroles du Congo v. Total Fina Elf. Congo, 2003, International Arbitration Law, New York Law Journal, Vol: 229, No. 107. June 2003.