



شیوه های حل اختلاف «فیدیک» در اختلافات ناشی از ساخت و سازهای بین المللی با تأکید بر قراردادهای نمونه

میلاذ مرادیان زازرانی^۱، علی رستمی فر^۲، حمید قاسمی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۱

چکیده

اتحادیه بین المللی مهندسان مشاور (موسوم به «فیدیک») در چند دهه اخیر تلاش کرده است با پیش بینی شیوه های مختلف حل اختلاف در قراردادهای نمونه (استاندارد) اختلافات را پیش از ارجاع به داوری مدیریت و حتی الامکان به صورت دو ستانه فیصله دهد. قراردادهای نمونه ساخت و ساز بین المللی فیدیک از آنجا که دارای طرفین با ملیتهای مختلف است همواره می بایست بگونه مؤثری مدیریت شوند تا مورد بی اعتمادی کارفرمایان و پیمانکاران خارجی قرار نگیرند. بنابراین در این گونه قراردادهای به صورت معمول حل اختلاف به صورت چندلایه و با ترکیبی از شیوه های جایگزین حل اختلاف به صورت طولی پیش بینی شده است. در این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی و با استناد به منابع معتبر خارجی و داخلی گردآوری شده است یافته های بحث نشان می دهد که از سال ۱۹۹۹ به این سو «فیدیک» با جایگزینی نقش حل اختلاف «مهندس مشاور» با «هیأت حل اختلاف» (گاهی «هیأت اجتناب از اختلاف») با در نظر گرفتن نوع، کیفیت و قیمت اقتصادی پروژه های ساخت و همچنین توافق طرفین قراردادهای سعی کرده است با ارائه الگوهای مختلف و چندلایه اولاً: مانع از ایجاد اختلاف شود (نقش پیشگیرانه) ثانیاً: اختلافات را در مرحله بروز با تمهیدات خاص مدیریت کند.

واژگان کلیدی: فیدیک، حل اختلاف، داوری، میانجیگری، اجتناب از اختلاف، شیوه های جایگزین.

^۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران

^۲. استادیار گروه حقوق، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران

arq119@yahoo.com

^۳. استادیار گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران

مقدمه

در دهه های اخیر با توجه به افزایش اختلافات ناشی از ساخت و سازهای بین المللی میان کارفرمایان و پیمانکاران و لزوم یکپارچه کردن این قراردادها، همچنین ارزش اقتصادی بالای قراردادهای مزبور که گاهی تا چند میلیارد دلار نیز سرایت می کند سبب شده است که جامعه مهندسان بین المللی حوزه ساخت و ساز که در ابتدا فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور و هم اکنون اتحادیه بین المللی مشاوران مهندس بتواند خدماتی ارزنده به طرفین قراردادهای ساخت ارائه نماید. از جمله این خدمات ارائه قراردادهای استاندارد ساخت و ساز بین المللی (موسوم به «قراردادهای نمونه») توسط این اتحادیه (با عنوان اختصاری «فیدیک») می باشد که از سال ۱۹۹۹ همزمان با پیش بینی شیوه های جدید حل اختلاف الگوی جدیدی به خود گرفتند. در این قراردادها این اتحادیه در تلاش بوده است که با رویگردانی از رویه های پیشین در جهت همگام سازی و متحدالشکل کردن قراردادهای نمونه جدید از تمام شیوه های جایگزین حل اختلاف بهره وری به عمل آورد بگونه ای که طرفین این قراردادها بتوانند آزادانه و در عین حال مطابق سلسله مراتب الگوهای چندلایه ضمن مدیریت بهینه اختلاف نسبت به حل و فصل اصولی آن اقدام نمایند.

بر این اساس در این دو دهه اخیر که این قراردادها به عنوان نمونه های اصلی قراردادهای استاندارد ساخت و ساز بین المللی در دسترس عموم قرار گرفته است شاید در بادی امر به نظر برسد که عمده فعالیت اصلی و بنیادین «فیدیک» نگارش، تهیه و انتشار قراردادهای نمونه و ارائه آموزش های لازم در جهت تنظیم آنها باشد در حالی که حل و فصل اختلافات از جمله چالش های اصلی فعالیت این اتحادیه قرار گرفته است زیرا به طور معمول در تمام قراردادها ممکن است در مرحله اجرا یا تفسیر آن میان طرفین اختلافاتی پیش آید و اگر این اختلافات به خوبی مدیریت نشود ممکن است آثار زیانباری به طرفین اختلاف وارد آید بنحوی که فلسفه وجودی و عملی نهادهای تهیه کننده قراردادها از جمله فیدیک را بی اثر کند. بنابراین این فرضیه به طور مکرر حاکم خواهد بود که فیدیک چگونه و بر چه مبنایی توانسته است در قراردادهای نمونه ساخت خویش که مورد اقبال عمومی جامعه مهندسان و سرمایه گذاران بین المللی حوزه ساخت و ساز قرار گرفته اند را به خود جلب نمایند در حالی که غیر از فیدیک مؤسسات و نهادهای مختلفی در سطح جهان مشغول ارائه خدمات مشابه وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید به این نکته اذعان کرد که فیدیک برخلاف دیگر مؤسسات و نهادهای بین المللی که خدمات حقوقی و مشاوره ای ارائه می دهند در تلاش بوده است که اولاً: اختلافات را به نحو اصولی مدیریت و ثانیاً: در زمان بروز اختلاف نسبت به حل و فصل آن از شیوه های مختلف استفاده کند که ما در اینجا آنها را سازوکارهای چند لایه حل اختلاف نام گذاری می کنیم. زیرا فیدیک در مقایسه با دیگر مؤسسات بین المللی که به طور مشخص از شیوه داوری یا میانجیگری یا ترکیبی از این دو شیوه استفاده می کنند از مجموعه اینها بعلاوه شیوه های دیگر مانند کارشناسی، ارزیابی دوستانه اختلاف، استفاده از نظرات فنی، تخصصی و مشاوره ای مهندسان ساخت و در نهایت از دخالت هیأت حل اختلاف («داب») استفاده می کند که هیأت اخیر گاهی چنان عمل می کند که بیشتر نقش پیشگیرانه دارد به این معنا که سعی می کند اختلاف را پیش از بروز مدیریت و نسبت به عدم گستردگی و سرایت آن به موارد مختلف قرارداد اجتناب نماید مانند نقش مؤثر مهندسان مشاور تا پیش از ویرایش کتاب قرمز در سال ۱۹۹۹ این موضوع خود به خوبی بیانگر اصول استاندارد و نوین فیدیک در مدیریت اختلافات ناشی از ساخت است که تا امروز هیچ مرجع، نهاد یا مؤسسه بین المللی نتوانسته است به این میزان از موفقیت در این زمینه نائل آید.

آنچه که از رویه عملی فیدیک در زمینه حل و فصل اختلافات ناشی از ساخت و ساز بین المللی مطابق قراردادهای نمونه بر می آید این است که با توجه به پیچیدگی پروژه های عمرانی و غیرقابل اجتناب بودن اختلافات قراردادی در این حوزه به منظور کاهش یا اجتناب از اختلافات می بایست سازوکار مناسبی برای مدیریت دعاوی در تمامی چرخه عمر پروژه در نظر گرفته شود. اما امروزه برخی از عوامل بروز اختلافات در پروژه های عمرانی بنحوی است که لازم است برای از میان برداشتن چالش ها و کاهش اختلافات مطالعات بیشتری در این پروژه ها مبذول گردد. پس روشی که فیدیک برای بکارگیری سازوکار حل اختلاف در نظر گرفته است هر چند می تواند برای کاهش اختلاف یا مدیریت دعاوی میان کارفرما و پیمانکار مؤثر باشد اما از آنجا که شیوه های اتخاذ شده فیدیک چندلایه بوده بنا به توافق طرفین این شیوه ها متنوع خواهند بود.

در این پژوهش با توجه به اهمیت موضوع مورد بحث در نوشتار حاضر خواهیم گفت که فیدیک چگونه و بر چه مبنایی توانسته است اختلافات نشای از ساخت و ساز را مطابق قراردادهای نمونه مدیریت کند. در پاسخ به این پرسش بررسی شیوه های چندلایه حل اختلاف فیدیک فرضیه اصلی پژوهش حاضر خواهد بود زیرا سازوکار مؤثر فیدیک در مدیریت اختلافات ناشی از ساخت مرهون این سازوکارها و بیشتر ایجاد هیأت اجتناب از اختلاف این اتحادیه است که توانسته است با اتخاذ جدیدترین استانداردها و الگوهای فنی و مشاوره ای از بروز اختلاف پیشگیری و اگر اختلافی هم ایجاد شود به بهترین نحو ممکن آن را مدیریت و با درصد موفقیت بالایی حل و فصل نماید.

۱- معرفی اتحادیه بین المللی مهندسان مشاور

«فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور» که معمولاً با نام اختصاری «فیدیک»^۱، مخفف سه سر وژه به زبان فرانسه^۲ به عنوان یک سازمان استاندارد بین المللی برای فناوری ساخت و ساز و مهندسی (با راهنمایی شخصی به عنوان «مشاور»)^۳ است. همچنین این سازمان بیشتر به خاطر مجموعه قالب های قراردادی فیدیک شناخته می شود (ویکی پدیا). پیشینه تشکیل فیدیک را باید به سال ۱۹۱۳ میلادی با برگزاری جلسه افتتاحیه یک نمایشگاه جهانی در «گنت» بلژیک مرتبط دانست که در آن نمایشگاه مهندسان ساخت و ساز بین المللی (۵۹ شرکت کننده) از کشورهای مختلف حضور داشتند. هر چند اعضای مؤسس اولیه فیدیک از کشورهای بلژیک، سوئیس و فرانسه بودند، اما از نقش سازنده دیگر کشورهای اروپایی که گام های مؤثری برای تشکیل این فدراسیون برداشته اند، نباید بسادگی گذشت (از جمله آلمان، دانمارک، هلند، اتریش - مجارستان، روسیه و بریتانیا) این کشورها در آن زمان در واقع قصد داشتند از طریق مشاوره فنی و مهندسی در سطح جهانی (فرا تر از قاره اروپا) از طریق ارتقای منافع شرکتها، سازمانها و مهندسانی که خدمات فنی مبتنی بر فناوری را ارائه می دادند خدماتی ارائه نمایند (طجرلو و عبدی، ۱۳۹۷: ۴۹۷) به همین دلیل فیدیک از ابتدای تأسیس تا کنون همواره کنفرانس های متعددی را به شکل سمینار و دوره های آموزشی ترتیب داده است؛ این سمینارها بیشتر در زمینه مهندسی ساخت و ساز بوده است زیرا کشورهای اروپایی عمدتاً در اثر جنگ جهانی اول خسارات زیادی را متحمل شده بودند و اکثراً نیاز به بازسازی و عمران داشتند (فیدیک، ۲۰۱۳). پس از «جنگ جهانی دوم»^۴ و در سال ۱۹۴۹ میلادی

^۱ -FIDIC.

^۲ -Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils.

^۳ -Engineer.

^۴ -World War II (۱ September ۱۹۳۹ - ۲ September ۱۹۴۵).

انجمن مهندسان مشاور کشور انگلستان و در سال ۱۹۵۸ میلادی، انجمن مهندسان مشاور ایالات متحده ی آمریکا به عضویت این فدراسیون در آمدند (باغبان، ۱۳۹۹: ۴۵۱) در دهه ۱۹۷۰ میلادی، انجمن مهندسان مشاور کشورهای تازه صنعتی شده، به عضویت فیدیک در آمدند و این سازمان را که تا آن زمان، عمدتاً کشورهای اروپایی داشت به سازمانی بین المللی تبدیل کردند.

در حال حاضر نیز، تشکل های مهندسان مشاور بیش از صد کشور از سراسر جهان که حدود یک میلیون کارشناس حرفه ای را در استخدام خود دارند به عضویت فیدیک در آمده اند (همان) البته این سازمان، اعضای وابسته زیادی نیز دارد که تحت مدیریت آن عمل می کنند مانند وکلا و بیمه گران که نقش مشاوره ای را بر عهده دارند (مرادیان زازرانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۱۲۴) هر چند این سازمان پیشتر در زمینه تهیه و انتشار قراردادهای نمونه ساخت (با لحاظ موضوع، کیفیت و ماهیت پروژه های ساخت و ساز) فعالیت داشت اما رفته رفته وظایف دیگری را نیز بر عهده گرفت از جمله کمک به بهبود فضای کسب و کار و گسترش منافع شرکتهای مهندسان مشاور داخلی و بین المللی، حل و فصل اختلافات قراردادی (مشهدی زاده و مهری، ۱۴۰۰: ۳۲) و ارائه آموزش های لازم در زمینه قراردادهای استاندارد و مدیریت پروژه های عمرانی و صنعتی.^۱

۲- سازوکارهای حل اختلاف فیدیک در قراردادهای نمونه

۲-۱- اجتناب از اختلاف یا داوری هیأت حل اختلاف فیدیک (DABB)

از محدود نهادهای بین المللی که بر مسأله اجتناب از اختلاف تمرکز کرده است شاید به جرأت فقط می توان به فیدیک اشاره کرد. «فیدیک» با شناسایی بسیاری از دلایل بروز اختلاف در قراردادهای ساخت و ساز (بین المللی) به این نتیجه رسیده است که اولاً: سعی شود از بروز اختلاف به طور کلی، اجتناب شود ثانیاً: اختلاف را پیش از آن که تبدیل به یک معضل و چالش قابل تأمل در فرآیند اجراء شود، حل کند؛ ثالثاً: اختلافات را با مکانیزم های مختلف و با اتخاذ همه راهکارهای ممکن حل و فصل نماید (ارزیابی دوستانه، کارشناسی، مذاکره، میانجیگری، داوری و...) حالتی که فیدیک با مدیریت دقیق قراردادهای نمونه سعی کرده است تا آنجا که ممکن بوده است از بروز اختلافات آینده اجتناب نماید. بر این اساس با پیش بینی هیأت اجتناب از اختلاف در این قراردادها همچون سدّی در مقابل حوادث و رویدادهای چالش برانگیز بعدی نموده است با این مشخصه که عموماً در مذاکرات و تهیه پیش نویس قرارداد به بندهای حل اختلاف توجه کمتری می شود. سه دلیل برای این امر عبارتند از: نخست. بندهای حل اختلاف اغلب بی اهمیت تلقی می شوند، زیرا در زمانی که طرفین قرارداد را امضاء می کنند، بسیاری از آنها به اختلاف فکر نمی کنند و انتظار دارند که این قرارداد به مثابه یک ازدواج با دوام (خوشبخت) باشد. دوم، در اکثر قراردادهای فرم استاندارد، بندهای حل اختلاف اغلب آخرین بندهایی هستند که باید ساخته شوند.

به عنوان مثال در فیدیک، بند ۲۰ است که آخرین مورد است. زمانی که طرفین به آن بند می رسند، خسته شده اند و فقط می خواهند از ملالت قراردادهای سنگین خود عبور کنند. ثالثاً شروط حل اختلاف می تواند پیچیده و درک آن دشوار باشد، که آنها را به مانعی برای مذاکره قرارداد تبدیل می کند، زیرا به فردی آشنا با فرآیندهای حل اختلاف و گزینه ها نیاز دارد تا طرفین قرارداد را راهنمایی کند.

^۱ - نک. به: کتاب قرمز فیدیک ۲۰۱۷؛ همچنین جهت مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک. به: حداد، جواد، آشنایی با فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور (فیدیک)، گفتمان ماهیانه صادرات خدمات فنی و مهندسی، تهران، آبان ۱۳۹۰.

شاید بدین خاطر است که اغلب، مذاکرات بیشتر بر روی عناصر مالی و فنی قرارداد است و حقوقی نیست. بنابراین، طرف های قراردادهای ساخت به ندرت مشاوران حقوقی خود را در این مرحله درگیر می کنند. در نهایت، طرف ها شرط استاندارد را اتخاذ می کنند که آنها را بدون توجه به ارزش و آنچه طرف ها می خواستند به دیوان بین المللی داوری (ICC) محدود می کند. طرفین بعداً با ناراحتی آنها متوجه می شوند که داوری ICC بسیار گران است و آنها گزینه های دیگری نیز داشتند. یکی از گزینه ها هیأت داوری اختلافات فیدیک است که به شکل هیأت اجتناب از اختلاف در قراردادهای استاندارد جدید (۲۰۱۷ میلادی / کتاب قرمز / ویرایش دوم) تجلی کرده است که در ذیل به تفصیل در مورد آن بحث خواهد شد.

۲-۱-۱-۱-۲- معرفی هیأت

هیأت اجتناب از اختلاف فیدیک در ابتدا با عنوان هیأت داوری فیدیک و بعدها با عنوان هیأت حل اختلاف فیدیک تحت قراردادهای ۱۹۹۹ (کتاب قرمز) با عنوان Rainbow Suite معرفی شد.^۱ این هیأت به دو شکل دائمی و موقت در قراردادهای مذکور پیش بینی شده اند؛ در حالت موقت، همان طور که از عنوان آن پیداست در صورت بروز اختلاف، منصوب می گردد و پس از تصمیم گیری منحل می گردد و در حالت دائم، در ابتدای قرارداد این هیأت توسط طرفین تعیین و تا پایان مدت پروژه در معیت طرفین باقی خواهد ماند؛ وظیفه این هیأت در این فرض این است که با پروژه آشنا شود، در طول مدت عملیات ساخت، به طور مرتب از سایت / تأسیسات / کارگاه بازدید بعمل آورد، و در موارد بروز اختلاف (اختلافات) تصمیم مناسبی اتخاذ نماید. اما، می تواند با ارائه راهکارهای سازنده، طرفین را از ادامه اختلاف منصرف و به طور دوستانه قضیه را فیصله دهد.

۲-۱-۱-۱-۲- تعریف اختلاف (در قراردادهای فیدیک)

در اینجا پرسش این است که منظور از «اختلاف» در رویه حل اختلاف فیدیک چیست و اساساً فیدیک به چه نوع اختلافاتی رسیدگی خواهد کرد؟ آیا به هر ادعایی از سوی کارفرما یا پیمانکار می توان صدق «اختلاف»^۲ کرد و از هیأت حل اختلاف تقاضای رسیدگی / حل اختلاف / داوری نمود؟ در این خصوص، برای پاسخ به این پرسش باید به ماده ۱۰۴ دستورالعمل حل اختلاف فیدیک مراجعه کرد که در این ماده، «اختلاف» هر موقعیتی تعریف شده است که در آن یکی از طرفین ادعایی را علیه طرف دیگر مطرح میکند که ممکن است این ادعا موضوعی باشد که باید توسط مهندس ناظر تعیین شود و یا به نحو دیگری قابل اثبات باشد. همچنین از مشخصه های این ادعا، این است که طرف دیگر (شخص مخاطب مدعی اختلاف) یا مهندس مشاور (وفق بند ۳،۷،۲) یا در غیر این صورت ها، ادعا را به طور کامل یا جزئی رد کند (این یعنی این ادعا مسبوق با اعلام نظر طرف مقابل یا مهندس مشاور خواهد داشت)

^۱ - اینها عبارتند از (i) کتاب قرمز: شرایط قرارداد برای ساخت و ساز برای طراحی کارهای ساختمانی و مهندسی توسط کارفرما که به عنوان قرارداد ساخت و ساز نیز شناخته می شود (ii) کتاب زرد: شرایط قرارداد برای کارخانه و طراحی - ساخت برای برق و مکانیک کارخانه، و برای کارهای ساختمانی و مهندسی طراحی شده توسط پیمانکار، همچنین به عنوان قرارداد ساخت کارخانه و طراحی شناخته می شود، و (iii) کتاب نقره ای: شرایط قرارداد برای پروژه های EPC/Turnkey که به عنوان قرارداد EPC/Turnkey نیز شناخته می شود.

^۲ - Dispute.

۲-۱-۱-۲- دلایل بروز اختلافات

وقتی طرفین قرارداد ساخت و ساز می بندند، همیشه قصد دارند از اختلاف دوری کنند و اگر به هر دلیلی اتفاق بیفتد، فکر می کنند که می توان آن را به صورت دوستانه حل کرد. با این وجود، گاهی اوقات قضیه به گونه ای خواهد بود که طرفین با وجود توافق بر اجتناب از اختلاف و حتی پیش بینی هیأتی با همین عنوان در متن قرارداد، باز هم شاهد بروز اختلاف هستیم. پرسش این است که به راستی دلیل بروز اختلاف در این حالت چیست؟ برخی نویسندگان (سایون چینگ^۱، ۲۰۱۴:۴) دلایل مختلفی برای بروز اختلافات در قراردادهای ساخت و ساز بین المللی (مطابق با استانداردهای فیدیک) بر شمرده اند که از آن جمله می توان به موارد ذیل اشاره کرد:

نخست. مدیریت ضعیف قرارداد؛

دوم. شرایط قرارداد به طور نامناسب پیش نویس شده اند، به ویژه آنهایی که مربوط به دعاوی یا اختلاف هستند.

سوم. درک نادرست از شرایط و ضوابط قرارداد.

چهارم. طراحی ناقص یا ناکافی بودن الزامات کارفرما.

پنجم. قرارداد پایه، مناسب برای روش تدارکات نیست.

ششم. اهمال و کوتاهی طرفین در انجام تعهدات قراردادی خویش.

هفتم. دوره و مقادیر زمانی قرارداد غیرواقعی یا ناصحیح بوده است.

هشتم. ساختار ارتباطی قرارداد ضعیفی یا نارسا بوده است.

نهم. دستورالعمل های سایت / تأسیسات / کارگاه / محیط ساخت نادرست بوده است.

۲-۱-۱-۳- تکامل حل اختلاف در کتاب قرمز فیدیک

روش حل اختلاف تحت قراردادهای فیدیک از مراجعه به داوری مستقیماً پس از تصمیم مهندس مشاور از طریق یک هیأت حل اختلاف که می تواند توصیه هایی را به هیأت داوری اختلافات فیدیک در ویرایش ۱۹۹۹ فیدیک ارائه دهد، توسعه یافته است. پیش از آن، پیچیدگی خاصی برای نظام حل و فصل اختلافات فیدیک در میان نبود، مهندس مشاور اختیار عمل در حل و فصل اختلافات داشت و اصولاً از شیوه های چندلایه خبری نبود. برای روشن شدن این موضوع، شیوه های حل و فصل اختلافات فیدیک را در سه دوره قبل از سال ۱۹۹۹، از این سال تا قبل از تهیه و انتشار کتاب قرمز جدید (۲۰۱۷) و دوره کنونی یعنی از سال ۲۰۱۷ به این سو بررسی خواهد شد؛ با این مشخصه که در دوره قبل از سال ۱۹۹۹ میلادی، رویه حل اختلاف فیدیک بیشتر متکی به وساطت مهندس مشاور بود؛ در حالی که در دوره کنونی این اختیار عمل خیلی کمتر شده است.

۲-۱-۱-۳-۱- حل اختلاف تحت کتاب قرمز فیدیک قبل از ۱۹۹۹

تا قبل از سال ۱۹۹۹ میلادی، حل اختلاف در قراردادهای فیدیک مطابق نمونه معرفی شده سال ۱۹۵۷ میلادی بود. در این نمونه قراردادها دو مرحله حل اختلاف پیش بینی شده بود؛ نخست. مداخله مهندس مشاور (به عنوان داور مرضی طرفین یا شخصی که طرفین تصمیم وی را لازم الاجراء می دانستند) و دوم. مراجعه به داوری پس از عدم حصول نتیجه

^۱ Sai On Cheung

در مرحله قبل. مسلّم بود که چنین رویکردی، رویه حل اختلاف فیدیک را بیش از همه به داوری نزدیک می‌کرد؛ بدینسان داوری در قراردادهای قدیمی فیدیک بسیار توسعه یافته تلقی می‌شد.^۱

۲-۱-۱-۳-۲- حل اختلاف تحت کتاب قرمز ۱۹۹۹ فیدیک

در سال ۱۹۹۹ میلادی رویه فیدیک در مکانیزم‌های حل اختلاف تغییرات شگرفی را تجربه نکرد، اما با این حال در مقایسه با دوره قبلی (از سال ۱۹۵۷ تا ۱۹۹۹) در کتاب قرمز (۱۹۹۹) مواردی پیش‌بینی شده که تا پیش از فاقد سابقه بود. به عنوان نمونه در این کتاب «حل اختلاف» به عنوان یک بند مستقل (بند ۲۰) مورد تصریح قرار گرفت. پیش از استناد به این بند (حل اختلاف) باید «ادعا» مطرح می‌شد؛ بر این اساس، پیمانکار باید برای هر گونه ادعای پرداخت اضافی یا تمدید ۴۲ روز زمان اخطار دهد و باید تمام سوابق امروزی را حفظ کند، جزئیات دقیق باید ظرف چند روز ارائه شود (نایلجی بانی^۲، ۲۰۰۶). با این حال اطلاعیه برای همه ادعاهای تحت این نسخه از کتاب قرمز فیدیک لازم نیست. به عنوان مثال، بند ۱۳۳ پیمانکار را ملزم به ارائه اخطار در صورت دریافت دستور از مهندس نمی‌کند. مهندس باید ظرف چند روز ادعا را تأیید، رد یا اظهار نظر کند. فقط نباید به طور غیر منطقی از آن دریغ کرد یا به تأخیر انداخت (آیبید^۳) این روند، برای کارفرما (نسبت به پیمانکار) تشریفات کمتری دارد؛^۴ مطابق این رویه، کارفرما موظف است پس از اطلاع از موضوعی که منجر به ادعا می‌شود، به محض اینکه عملی شد، اخطار با جزئیات ارائه دهد، سپس مهندس باید به تصمیم/ رسیدگی خود ادامه دهد.

۲-۱-۱-۳-۳- حل اختلاف تحت کتاب قرمز ۲۰۱۷ فیدیک

در این دوره کتاب قرمز جدید فیدیک (۲۰۱۷) بسیاری از کاستی‌ها بازنگری‌های قبلی را بر طرف کرد. مانند مواردی از قبیل تمدید مهلت، اخطاریه‌ها یا هشدارهای قبلی، رویه تغییرات جدید، الزامات مربوط به زمان بندی، مقررات مربوط به مهندس مشاور، تخصیص ریسک و البته رویه حل اختلاف که برخلاف رویه‌های قبلی این بار شامل نقش تشویق اجتناب از اختلاف به جای حل اختلاف صرف بود. در کتاب قرمز ۲۰۱۷ فیدیک، بند حل اختلاف به دو بند تقسیم شده است که رویه دعوای را از رویه اختلاف جدا می‌کند. بند ۲۰ اکنون به دعوای طرفین می‌پردازد و بند ۲۱ به حل و فصل اختلافات می‌پردازد. در رویه جدید برای ایجاد شفافیت بیشتر و اجتناب از هرگونه تفسیر از ادعاهای مطرح شده توسط طرفین قرارداد، بازنگری خاصی در حل اختلاف شد؛ بر این اساس «اختلاف» به وضعیتی اطلاق گردید که اولاً: یکی از طرفین علیه دیگری مطرح می‌کند، ثانیاً: طرف دیگر یا مهندس مشاور این ادعا را رد می‌کند و ثالثاً: طرف اول از ادعای خویش روی گردان نمی‌شود (منوط به دادن «نود»)^۵ چنین شد که بند ۲۰ اکنون بر خلاف اصلاحات قبلی، هم به دعوای پیمانکار و هم به دعوای کارفرما با همان رویه می‌پردازد.

^۱ -To read more in this field, refer to: Eugenio Zoppis, DAAB and Dispute Resolution Under the ۲۰۱۷ FIDIC Forms of Contract, ۲۰۱۸, King's College, London.

^۲ Nael G. Bunni, ۲۰۰۶

^۳ Ibid

^۴ -Philip Van Rensburg, 'Employers' claims under FIDIC contracts, ۲۰۱۶, Hogan Lovells.

^۵ - (a) One Party makes a claim against the other Party [...] (b) The other Party (or the Engineer [...]) rejects the claim [...]; (c) The first Party does not acquiesce (by giving a NOD).

۲-۱-۲- تشکیل هیأت اجتناب از اختلاف فیدیک

پرسش این است که این هیأت چگونه به رکن بی بدیل فیدیک در اجتناب از اختلاف و حل اختلاف شد، در حالی که پیش از رکن اصلی حل اختلاف فیدیک «مهندس مشاور» بوده است؟ در ذیل در پاسخ به این پرسش، ابتدا به نقش سنتی (قدیمی) مهندس مشاور در قراردادهای فیدیک خواهیم پرداخت، پس از آن به مبانی کلی دلایل جایگزینی این هیأت به جای نقش مهندسان مشاور در این قراردادها خواهیم پرداخت.

۲-۱-۲-۱- نقش سنتی مهندس مشاور

مطابق دستورالعمل‌های قدیمی فیدیک که همچنان معتبر است، مهندسان مشاور وظیفه مطالعه تفصیلی پروژه‌ها را بر عهده دارند؛ به این معنا که ایشان تجزیه و تحلیل دقیقی در مورد پروژه در رابطه با روشی که پروژه باید ادامه دهد انجام می‌دهند. گاهی اوقات تجزیه و تحلیل مهندس مشاور با محاسبات ساده انجام می‌شود، در حالی که در موارد دیگر مهندسان ممکن است نیاز به بازدید میدانی داشته باشند. همچنین وظیفه آماده سازی نقشه‌ها را بر عهده خواهند داشت (مهندسان مشاور می‌توانند نقشه‌ها را آماده و نهایی کنند)

علاوه بر این، وظایفی چون تعمیر و نگهداری کیفیت پروژه (مهندسان مشاور باید اطمینان حاصل کنند که کلیه مصالح ساختمانی مورد استفاده و کار بر اساس آخرین استانداردهای فیدیک بر عهده مهندسان مشاور خواهد بود).^۱ همچنین ارائه مشاوره به طرفین قرارداد (ارائه مشاوره در خصوص انتخاب مناسب تجهیزات از جمله مهم‌ترین وظایف مهندسان مشاور مطابق مقررات فیدیک می‌باشد) و صدور دعوت‌نامه‌های مناقصه و انتخاب پیمانکار را بر عهده خواهد داشت (مطابق این وظیفه، مهندسان مشاور در انتخاب پیمانکار مطمئن و با دانش که توان کار با پروژه مورد قرارداد را دارد وظیفه سنگینی دارند؛ آنان در این راستا باید در مذاکرات حین انجام قرارداد و پس از آن و همچنین سایر رویه‌های قابل حدوث (اعم از ادعا، اختلاف، مدیریت پروژه و ریسک و ...) و حتی حل و فصل دوستانه اختلاف مطابق رویه‌های سابق نقش پررنگی داشت وظایف سنگینی خواهد داشت.

۲-۱-۲-۲- بی‌اعتمادی و سوءظن به نقش مهندس در قراردادهای فیدیک

قراردادهای فیدیک اگرچه بین مالک و پیمانکار، طرفین امضاکننده قرارداد قرارداد، نیاز به بهره‌برداری از مهندس دارند. مهندس شخصی است که توسط مالک استخدام شده و قرارداد را مدیریت و کنترل می‌کند. مهندس در مقام خود سوابق را تهیه و نگهداری می‌کند، نظرات و تفاسیر را به تفصیل و منتشر می‌کند، گواهی‌نامه‌ها را تهیه و صادر می‌کند، اختلافات را مدیریت می‌کند، در مورد اختلافات تصمیم‌گیری می‌کند، و اقدامات دیگری را که لازم است برای اثبات و ثبت اعتبار قرارداد انجام می‌دهد.

مهندس مشاور مطابق بند ۱,۱,۲,۴ کتاب قرمز ۱۹۹۹ و بند فرعی ۱,۱,۲,۶ شخصی است که از طرف کارفرما به منظور انجام وظایف از پیش تعیین شده وارد پروژه ساخت می‌شود. همین مقدار کافی است که بگوییم ممکن است بعدها وی از طرف پیمانکار با سوءظن‌هایی مواجه گردد. یکی از این سوءظن‌ها در مواقعی بروز می‌کند که وی در مقام حل اختلاف بخواهد میان کارفرما و پیمانکار به داوری بنشیند. واضح است که در چنین وضعیتی، داوری وی از

^۱ - در این مورد، داشتن دانش بالا در مورد مدیریت کیفیت ایزو ۹۰۰۰ و دوره مربی ارشد ایزو ۹۰۰۰/۲۰۰۸ الزامی خواهد بود.

سوی پیمانکار با بی اعتمادی مواجه خواهد شد، زیرا به حکم منطق، بی طرفی وی قطعی نخواهد بود؛ هر چند که ممکن است این سوء تعبیر چندان صحیح هم نباشد و عملاً گرایشی هم به کارفرما از حیث ناداوری نداشته باشد، اما این سوءظن ها رفته رفته سبب شد که در کتاب قرمز جدید (۲۰۱۷) نقش قدرتمند وی در حل اختلاف میان کارفرما و پیمانکار به هیأت حل اختلاف فیدیک و اگذار شود تا شائبه های مطرح شده در مورد بی طرفی وی و احتمال جانبداری وی از کارفرما در اذهان پیمانکاران از میان برود.

۲-۱-۲-۳- گرایش به مکانیسم چندلایه حل اختلاف

امروزه اکثر متخصصان قراردادهای بین المللی به این باور رسیده اند که نظام حل و فصل اختلافات تجاری و قراردادهای مانند آن (از جمله قراردادهای ساخت و ساز بین المللی؛ مشروط بر اینکه اختلاف یا دعوا دولتی نباشد)^۱ باید با مکانیسم های چند لایه (تشدید شده) همراه باشد (مانند مذاکره، سازش، میانجیگری، داوری و ...) تا نتیجه بهتری محقق شود. این رویکرد دقیقاً مانند رویه ای است که فیدیک از سالها قبل اتخاذ کرده است. برخی نیز گفته اند بندهای چندلایه ای که فیدیک برای حل اختلاف در نظر گرفته است سبب خواهد شد که تعارضات احتمالی طرفین و حل و فصل اختلاف آنها قبل از آن که وارد فاز پیچیده ای شود، حتی بدون داوری، حل شود یا دست کم از بروز این تضادها به شکل زود هنگام اطلاع حاصل شود.

۲-۱-۲-۴- مزایا و معایب حل اختلاف توسط هیأت

۲-۱-۲-۴-۱- مزایا

مزایای ارجاع اختلافات ناشی از ساخت و ساز به هیأت حل اختلاف فیدیک زیادند، اما برخی از این مزایای جنبه علمی نداشته و صرفاً در حد پیشنهاد یا گزاره گویی است. اما برخی نویسندگان متخصص در حوزه ساخت و ساز بین المللی که خود در زمینه قراردادهای مربوط به استانداردهای فیدیک نیز تبخّر دارند، مزایایی را بر شمرده اند که با واقعیات امکان / لزوم مداخله هیأت حل اختلاف فیدیک در حل قراردادهای ساخت و ساز بین المللی کاملاً سازگار است؛ از جمله این مزایا می توان به موارد ذیل اشاره کرد (ادوارد کوربد^۲، ۲۰۰۴: ۱۲-۱۱).

الف. اعضای هیأت حل اختلاف فیدیک از آغاز عملیات اجرایی پروژه های ساختمانی عملاً از اعضای گروه مهندسی / ساخت / حقوقی محسوب می شوند. بر این اساس چون دائماً در محل پروژه حضور دارند، حق بازرسی دارند، نظارت لازمه را انجام می دهند، لذا از تمام مشکلات اجرایی در طول پروژه با خبرند.

ب. از آنجا که اعضای هیأت حل اختلاف (DABB) معمولاً از سطح قابل توجهی از دانش ساخت و ساز دارند که این خود سبب می شود تصمیم این هیأت در موقع حل اختلاف بسیار دقیق باشد.

پ. بازدیدهای دوره ای از سایت (فیدیک آن را معادل کارگاه ساختمانی یا فضای فیزیکی ساختمان تلقی می کند) به اعضای هیأت حل اختلاف این اجازه و امکان را می دهد که به صورت لحظه ای یا لااقل در بازه های زمانی کوتاه از پروژه آگاهی کامل پیدا کنند.

^۱ در حقوق بین الملل که برخی اختلافات میان طرف های دولتی یا وابسته به دولتها (حاکمیت سیاسی) است رویگردانی از این مهم سبب خواهد شد که دعوا از فرم دوستانه به فرم خصمانه و غیردوستانه هدایت شده و نظام حل فصل غیردولتی، ممکن است وارد فاز قضایی (مراجع بین المللی) شود.

^۲ Edward Corbett

ت. وجود هیأت حل اختلاف / اجتناب از اختلاف سبب خواهد شد که بسیاری از ادعاها به مرحله اختلاف و دعوا نرسند. علت نیز این است که هیأت مذکور در تلاش است که ادعاها را پیش از اینکه تبدیل به گره ای در روند کار شود به نحو مطلوبی حل شود (از طریق مذاکره، ارزیابی دوستانه، سازش، برگزاری جلسات مشترک، میانجیگری، کارشناسی، ارائه توصیه های مشورتی و غیره).

ث. هیأت حل اختلاف / اجتناب از اختلاف نیز می تواند به هر ادعا به صورت جداگانه رسیدگی کند؛ این رویکرد سبب خواهد شد که ادعاها تجمیع نشده و بیش از آن که ادعای جدیدی مطرح شود، ادعای قبلی رفع شده است. ج. علاوه بر موارد فوق، مزایای دیگری نیز بر وجود هیأت حل اختلاف فیدیک صحه می گذارد که به نحو مختصر می توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱. هیأت حل اختلاف فیدیک در مواقعی که باید به اختلافی رسیدگی کنند، یک مهلت ۸۴ روزه دارد. واضح است که این مهلت در مقایسه با دیگر مواعد مربوط به حل اختلافات بین المللی بسیار اندک محسوب می گردد.

۲. هیأت حل اختلاف فیدیک می تواند در صورت درخواست طرفین در مورد هر موضوعی نظر فنی / تخصصی / حقوقی ارائه دهد.

۳. این هیأت در مقایسه با مهندس مشاور از استقلال و بی طرفی بارزی برخوردار است.

۴. هیأت حل اختلاف فیدیک برخلاف سایر نهادهای حل اختلاف / داوری حتی خود مهندس مشاور (در کتابهای قبلی فیدیک) از و صف اجتناب از اختلاف نیز بهره می برد. لذا، در عمل می تواند نقش پیشگیرانه از بروز اختلاف را نیز این قراردادها ایفاء نماید. این نقش هیأت حل اختلاف فیدیک با هیچ یک از نقش های مشابه (در مراجع حل اختلاف / داوری / غیره) قابل مقایسه نیست.

۵. هیأت حل اختلاف فیدیک به مثابه «بیمه» از لحاظ پوشش های حمایتی ایفاء می کند؛ به نحوی که جلوی ورود ضرر و زیان های گزاف و ناروا را می گیرد. مسلم است که وقتی اختلافی در متن کار ایجاد و منجر به حل و فصل نشود، از این رهگذر ممکن است طرفین متضرر شوند و این ضررها نیز جبران نشده باقی بماند و یا جبران آن نیازمندی تشریفات بسیار از جمله صدور رأی نهایی توسط مرجع داوری یا رسیدگی و صدور تصمیم لازم الاجراء از سوی هیأت حل اختلاف فیدیک خواهد بود.

۶. در بسیاری موارد، تصمیمات هیأت حل اختلاف فیدیک برای طرفین اختلاف لازم الاجراء محسوب می گردد؛ لذا، اگر طرفین در مدت ۲۸ روز از تاریخ دریافت هیأت «دب» اعتراضی نکنند، این تصمیم لازم الاجراء و نهایی محسوب می گردد (اعتراض باید از طریق ارسال «نود» NOD به عمل آید).

۲-۱-۲-۴-۲- معایب

با وجود این همه مزیت از هیأت حل اختلاف، برخی نویسندگان توانسته اند تعداد محدودی معایب نیز بر آن وارد کنند تا سعی کنند که این مطلب را مطرح کنند که هیأت حل اختلاف تماماً مزیت نیست، بلکه دارای ایراداتی نیز در تشکیل و وجود آن است که به اعتقاد ما مسیری ناصواب تلقی می شود. به هر حال این نویسندگان به موارد ذیل به عنوان معایب هیأت حل اختلاف فیدیک (DABB) اشاره کرده اند:

الف. وجود / تشکیل هیأت حل اختلاف به هزینه های اجرایی پروژه می افزاید (به اعتقاد ما این عنوان چندان صحیح نیست؛ زیرا اگر به جای این هیأت «مهندس مشاور» هم بود که مطابق قراردادهای پیشین باید می بود، باز هم هزینه هایی باید از سوی طرفین متقبل می شد. از این مهم تر وجود مهندس مشاور نمی توانست خلأ وجود / حضور، هیأت حل اختلاف را پُر کند، زیرا این هیأت در بسیاری موارد نقش اجتناب از اختلاف را بازی می کند. واضح است که اختلافات قراردادهای در پروژه های ساخت و ساز بین المللی اگر به نتیجه مطلوب نرسد ممکن است بحث بر خسارات های چند ده یا چند صد میلیون دلاری باشد؛ بنابراین، این هزینه ها که قرار است برای تشکیل هیأت حل اختلاف / اجتناب از اختلاف فیدیک پر داخت شود، در مقابل هزینه های احتمالی اختلاف و حل اختلاف و توقف عملیات اجرایی و فسخ قرارداد و دیگر رویدادهای ناخوشایند پروژه مبلغ خاصی محسوب نمی شود.

ب. برخی گفته اند تصمیمات هیأت حل اختلاف مانند آرای داوری یا دادگاهها قدرت اجرایی ندارد، و جز در موارد مصرح لازم الاجراء و نهایی تلقی نمی شود یا اگر نهایی باشد، اجرای آن با موانعی چند مواجه است.^۱ این ادعا هم چندان صحیح نیست؛ زیرا احکام دادگاهها از قدرت حاکمیتی برخوردارند و اساساً در اختلافات مربوط به ساخت و سازهای بین المللی با وجود حمایت های حاکمیتی دارای قدرت لازم الاجراء نیستند. ضمن آن که فیدیک «داوری» را نیز به عنوان یکی از لایه های حل اختلاف پیش بینی کرده است، لذا قرار نیست کارکرد هیأت حل اختلاف و نهاد داوری همسان باشد، در حالی که یکی رأی غیر لازم الاجراء و دیگر رأی لازم الاجراء صادر می کند. اساساً فلسفه وجودی این هیأت و مکانیزم های چند لایه حل اختلاف فیدیک این است که طرفین اختلاف اولاً: آزادی عمل بیشتری برای لایه های حل اختلاف خود بیازمایند، ثانیاً: اگر به هر علت با یک لایه اختلاف حل نشد، لایه دوم بتواند اختلاف از میان ببرد. بنابراین اینکه گفته شود تصمیمات هیأت حل اختلاف / اجتناب از اختلاف فیدیک دارای استحکام و ثبات لازم نیستند، نظری سختگیرانه و غیر صحیح است.

پ. برخی نیز گفته اند تصمیمات هیأت حل اختلاف «نهایی» نیستند؛ مگر اینکه هیچ «ثودی» توسط طرفین ارسال نشده باشد که در این صورت نهایی و لازم الاجراء محسوب می شوند. این نظر در مرحله اثبات قابل قبول است، اما در مرحله ثبوت و عالم واقع قابل قبول نیست. زیرا، اگر قرار باشد تمام تصمیمات «داب» نهایی و لازم بالاجراء باشد، دیگر به «داوری» نیازی نبود که طرفین بخواهند اختلافات خویش را در آن مرجع / مرحله مطرح و رسیدگی و صدور رأی را بخواهند. همچنین رویه عملی فیدیک از سال ۱۹۹۹ (نسبتاً) و از سال ۲۰۱۷ (عملاً) بر انعطاف پذیری حداکثری استوار بوده است؛ بگونه ای نحوه و شیوه ی حل اختلاف به شکلی باشد که طرفین خود را در مضیقه، شدت و سختگیری خاصی احساس نکنند، بلکه با آزادی ارادی و عمل کامل پا به مراحل حل اختلاف نهند.

علاوه بر این فیدیک هیچ گاه تمایل نداشته و قصد نکرده است که نظر خویش را به طرفین اختلاف تحمیل یا بر شیوه ی خاصی در رویه حل و فصل اختلافات قراردادی که خود مبتکر و بادی آنها است تأکید کند. اگر هم تأکیدی باشد، انتخاب را به اراده طرفین این قراردادها سپرده است و سعی نکرده است با صدور آراء / تصمیمات نهایی فوری، راه را برای دیگر شیوه ها یا مکانیزم های رسیدگی سخت و دشوار کند.

^۱ -The enforcement of the DAAB's decision is not at the same level of enforcement as arbitration awards or court judgments. See: John Redmond, Adjudication in Construction Contracts, 1st edn, Blackwell Science, Oxford, 2001.

۲-۲- دیگر سازوکارهای حل و فصل اختلافات قراردادی فیدیک

۲-۲-۱- داوری

داوری فیدیک از جمله مهمترین راهکارهای حل اختلاف این اتحادیه است. در رویه فعلی حل اختلاف فیدیک داوری به عنوان آخرین سازوکار پیش بینی شده است. در این زمینه بند ۲۱,۶ شروط قراردادی فیدیک، مقررات مفصلی را در مورد آخرین راه حل رفع اختلاف را بیان کرده است؛ البته، در مقررات موافق با این نص آمده است در صورتی که طرفین از تصمیمی مهندس مشاور ناراضی باشند (بند ۳,۷,۵) یا از تصمیم هیأت حل اختلاف به اکتفا نرسیده باشند (بند فرعی ۲۱,۴,۴) یا عدم اقدام به موقع این هیأت در مقام حل اختلاف (ماده فرعی ۲۱,۸) در این فرض، داوری توسط مراجع بین المللی مطابق قواعد از پیش بینی تعیین شده انجام خواهد شد (FIDIC Yellow Book ۲۰۱۷; FIDIC Red Book ۲۰۱۷, Sub-Clause ۲۱,۶) فیدیک به خوبی بر این موضوع واقف بوده است که «داوری» می تواند در حل و فصل غیرقضایی قراردادها نقش اساسی ایفاء کند؛ به این جهت بود که از آغاز بر پیش بینی شرط داوری (در اوایل درج این شرط با این کیفیت و قواعد حل اختلاف نبود، بلکه بیشتر با دخالت مهندس مشاور در مقام حل اختلاف پیش آمده بود اما به مرور و با کم رنگ شدن نقش مهندس مشاور در حل اختلاف و رغبت اندک طرفین به ارجاع اختلاف به نفر واحد، آیین و کیفیت به مراتب پیچیده تری بر حسب موضوع مورد اختلاف در نظر گرفته شد که خود به خود بر اهمیت داوری و دیگر روش های مشابه مانند میانجیگری و سازش اثر گذار بوده است) در قراردادهای نمونه خویش صحنه گذاشت.

رویه های داوری فیدیک شامل چهار مرحله مجزا اما به هم پیوسته است؛ این مراحل عبارتند از: ۱. شروع داوری، ۲. انتصاب داوران، ۳. رویه یا قواعد داوری و ۴. آرای داوری.

الف. شروع جریان داوری

به طور عادی هنگامی که اختلافی بین طرفین تحت قرارداد فیدیک ایجاد می شود، طرفی که می خواهد داوری را شروع کند باید از مفاد قراردادی مندرج در قرارداد پیروی کند. معمولاً این شامل صدور «اعلام عدم رضایت یا اخطار اختلاف» است که فرآیند داوری را آغاز می کند.

ب. انتصاب داوران

قراردادهای فیدیک اغلب شامل مقرراتی است که تعیین داوران را مشخص می کند. طرفین ممکن است در مورد یک داور منفرد یا هیأتی متشکل از سه داور توافق کنند. انتخاب داوران باید تخصص، بی طرفی و مناسب بودن آنها را برای اختلاف خاص در نظر بگیرد.

پ. آیین داوری

قراردادهای فیدیک معمولاً به طرفین اجازه می دهد تا قوانین حاکم بر رسیدگی داوری را انتخاب کنند، مانند قوانین ارائه شده توسط اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) یا مرکز بین المللی حل اختلاف. با این حال، اکثر قراردادهای فیدیک در کشور هلند، داوری را طبق قوانین مؤسسه داوری هلند (NAI) و در بلژیک، فرانسه، سوئیس و آلمان قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی پیشنهاد می کنند. این قوانین جنبه های رویه ای، از جمله مبادله اظهارات ادعا و دفاع، الزامات شواهد، و اجرای جلسات استماع را مشخص می کند

ت. آرا / تصمیمات داوری

پس از خاتمه رسیدگی داوری دیوان داوری رای صادر می کند که از نظر قانونی برای طرفین لازم الاجرا است. این رای شامل تصمیم در مورد اختلاف، منطبق پشت تصمیم، و هرگونه جبران خسارت یا خسارتی است که صادر شده است.

۲-۲-۲- میانجیگری

از دیگر ساز و کارهای حل و فصل اختلافات ناشی از ساخت که در قراردادهای فیدیک پیش بینی شده است «میانجیگری» می باشد. در روش «میانجیگری»^۱ نمایندگان طرفین اختلاف به انضمام طرف ثالث یا همان میانجی با برگزاری جلسات مشترک به بحث در زمینه یافتن راهکارهای محتمل برای حل اختلاف اقدام می کنند.

عموماً طرف میانجی از بین متخصصان فنی و یا تکنسین های صاحب نظر در زمینه مرتبط با اختلاف ایجاد شده انتخاب می شود و نقش وی گفتگوی مستقل با هر یک از طرفین دعوا و کمک به تبیین موضوع اختلاف برای دستیابی به یک راه حل توافقی تعریف می گردد (حمید، ۱۳۹۹: ۲۱۵). در این شیوه میانجی مؤظف است تا از افشای نتیجه مذاکرات خود با هر یک از طرف های دعوا اکیداً خودداری کند. میانجیگری در زمره روش های غیررسمی حل اختلاف طبقه بندی می شود و در خلال آن هر یک از طرفین باید یک نماینده تام الاختیار را مأمور انجام مذاکرات و حصول توافق نمایند.^۲

از آنجا که اختلافات بین مالکان، پیمانکاران و پیمانکاران فرعی در پروژه های ساختمانی بسیار رایج است و اختلاف ساختمانی را می توان در حالی که دعاوی یا داوری در جریان است یا زمانی که پروژه هنوز در حال ساخت است، میانجیگری کرد. بنابراین صنعت ساختمان به دنبال راه هایی برای جلوگیری یا به حداقل رساندن اختلافات و هزینه های مالی و زمانی ناشی از دعاوی و داوری بوده است، میانجیگری را فرآیندی بسیار موثر برای حل این اختلافات می داند. برخی از پروژه های ساختمانی سال ها طول می کشد تا تکمیل شوند و لایه هایی از پیمانکاران و پیمانکاران فرعی و صدها، اگر نگوئیم هزاران کارگر، درگیر هستند. بنابراین، حل تعارض کارآمد در صنعت ساخت و ساز به دلیل اهمیت حفظ روابط بین همه آن نهادها و افرادی که باید به کار با یکدیگر در پروژه ای ادامه دهند که ممکن است در زمان بروز تعارض در برنامه ریزی آن در میان باشد، مهم است. علاوه بر حفظ رابطه خوب در پروژه در حال ساخت، طرفین می خواهند روابط خود را برای پروژه های آینده نیز حفظ کنند. با توجه به اثربخشی میانجیگری در حل و فصل اختلافات ساختمانی، بسیاری از قراردادهای استاندارد صنعت ساختمان مستلزم آن است که طرفین قبل از اقامه دعوی یا داوری با حُسن نیت تلاش کنند تا اختلاف خود را از طریق میانجیگری حل و فصل کنند (AIA Document A۲۰۱™, ۲۰۱۷, Construction Contract General Conditions, Sample Form, Section ۱۵,۳ Mediation).

فیدیک نیز با درک این موضوع، سعی کرده است با پیش بینی «میانجیگری» به عنوان یکی از سازوکارهای چندلایه حل اختلاف و تشویق طرفین قراردادهای ساخت به روی آوری به این روش حل اختلاف، به جای صرف هزینه های بالا و زمان طولانی، اختلافات خود را از طریق میانجیگری حل و فصل نمایند. مطابق رویه فیدیک (CI ۳۵,۱) «میانجیگری» در حل و فصل اختلافات ناشی از ساخت ارجاع اختلاف به عنوان یک پیش شرط اجباری و صریح برای رفع اختلاف است (CI. ۳۴). شیوه کار نیز چنین است که ابتدا شخص «میانجی» که در زمینه حل اختلاف (موضوع پروژه ساخت) که

^۱ -Mediation.

^۲ -Gérardine Meishan Goh, Dispute Settlement in International Space Law, leiden, Nijhoff publishers, ۲۰۰۷ at ۲۵۵.

دارای تجربه و تخصص کافی است توسط طرفین انتخاب می شود که می بایست مورد احترام و اعتماد هر دو طرف نیز باشد (FIDIC Red Book ۲۰۱۷ and the AIAC Standard Form Building Contract ۲۰۱۹).
فیدیک از میانجیگری در بند ۱، ۳۵ CI به صراحت سخن گفته است؛ مطابق این بند هر یک از طرفین قرارداد ساخت می توانند تمام اختلافات قراردادی خویش را از طریق میانجیگری حل و فصل نمایند. با این وجود «میانجیگری» پیش از شروع فرایند حل اختلاف توسط طرفین به صورت کتبی توافق خواهد شد. در اینجا این نکته حائز اهمیت است که طرفین باید توجه داشته باشند که ارجاع یک اختلاف قراردادی به میانجیگری یک پیش شرط اجباری صریح برای ارجاع اختلاف به داوری خواهد بود (CI ۳۴) پس از این مرحله طرفین اختلاف بر تاریخ و مکان میانجیگری توافق و در مرحله بعد بر ارائه برنامه های مورد اختلاف تمرکز خواهند کرد. در مرحله پایانی نیز این میانجی است که باید جلساتی را به منظور استماع اظهارات طرفین تشکیل نماید (۳، ۱۹-، ۲۰۱۹، AIAC Standard Form Building Contract).
توافق صریح طرفین اختلاف مطابق رویه حل اختلاف فیدیک برای اشخاص ذینفع لازم الاجرا نخواهد بود (Reuben, ۱۹۹۷: ۵۸)

۲-۲-۳- سازش / مذاکره

«سازش»^۱ و در کنار آن «مذاکره» از دیگر روش های چندلایه حل و فصل دوستانه اختلاف در قراردادهای استاندارد فیدیک می باشند؛ اصولاً در قراردادها، سازش از طریق مذاکره صورت می گیرد. فیدیک نیز از این مهم غافل نبوده است و برخلاف دیگر روش های چندلایه حل اختلاف مانند داوری، رسیدگی هیأت حل اختلاف یا میانجیگری، از سازش و مذاکره در طول هم استفاده کرده است. علت نیز واضح است؛ به طور معمول سازشگر سعی می کند طرفین اختلاف را به مذاکره با یکدیگر ترغیب نماید و خود اصولاً نظری ندارد.
رویه عملی فیدیک در «سازش» چنین است که طرفین در قرارداد شرط می نمایند در صورت بروز اختلاف از شخص یا اشخاص مورد اعتماد و منتخب خود می خواهند که بین آنها «سازش» برقرار نماید^۲ و یا راه حل برای سازش پیشنهاد نماید بدون آن که وارد رسیدگی حقوقی یا قضایی شود و سپس یا پیشنهاد آن شخص یا اشخاص را می پذیرند و اجراء می نمایند و یا آن که به راه و روش دیگری روی می آورند که اصولاً این روش پیش از روش داوری یا مذاخله هیأت حل اختلاف یا مذاکره و ارزیابی اختلاف توسط کمیته حل اختلاف و مهندس مشاور است (Version, ۱۹۹۹ YB ۲۰۱۷) همچنین مطابق این رویه اشخاصی که به عنوان سازش دهنده اقدام می نمایند الزاماً باید متعهد به رازداری در برابر کارفرما و پیمانکار باشند. در هر حال سازش دهنده نباید و نمی تواند اقدامات / تحقیقات / رسیدگی های انجام شده را افشاء نماید، مگر با توافق طرفین اختلاف و برای استفاده در رسیدگی های بعدی.

^۱ - «سازش» در لغت به معنای آشتی، صلح، خوش رفتاری و توافق یا سازگاری و در اصطلاح در معنای توافق و هماهنگی میان دو طرف دعوا یا اختلاف آمده است. در نتیجه «سازش» سندی به نام «سازش نامه» تنظیم / صادر می گردد که مطابق عموماً حقوق ایران این سند هم در دادگاهها و هم در خارج از دادگاهها قابلیت تنظیم و صدور دارد.

^۲ - «سازش» از جمله شیوه های دوستانه حل و فصل اختلافات غیرقضایی است که در حقوق ایران نیز مورد تصریح قرار گرفته است؛ به عنوان نمونه ر.ک. به: مواد ۱۷۸ و ۱۸۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹/۰۲/۰۱).

علاوه بر این در رویه عملی حل اختلاف فیدیک، روش مذاکره ساده ترین روش حل اختلاف به شمار می آید؛ در این روش طرفین اختلاف مذاکرات خود را بدون دخالت شخص ثالث آغاز خواهند کرد. با اینکه مذاکره مطابق دستورالعمل فیدیک هیچ مدل یا قانون ثابتی ندارد؛ اما به طور معمول از الگوی قابل پیش بینی نمونه های قراردادی فیدیک پیروی خواهد کرد. در هر حال مذاکره می تواند در چارچوب سایر فرآیندهای حل اختلاف فیدیک مانند میانجیگری و دادرسی به کار رود (قانون فیدیک ۱۹۸۷ و قانون فیدیک ۱۹۹۹)^۱ در اسناد قراردادی فیدیک در روش مذاکره مهارت های خاصی لازم است، زیرا که مذاکره در صنعت احداث بسیار متفاوت با مذاکرات در امور کیفی یا حقوقی می باشد. شاید به همین علت باشد که در شیوه های حل اختلاف فیدیک از مذاکره به عنوان «شیوه برتر حل اختلاف»^۲ یاد شده است (همان).

۲-۲-۴- ارزیابی / توافق دوستانه

قراردادهای فیدیک ۲۰۱۷ همچنین یک ویژگی اختیاری جدید را معرفی کرد که اصطلاحاً به آن ماده «اجتناب از اختلافات»^۳ می گویند، به طرفین اجازه می دهد، در صورت توافق دوجانبه، مشترکاً از هیأت حل اختلاف درخواست کمک کنند و یا به طور غیر رسمی بحث و گفتگو کنند و تلاش کنند تا هر موضوع یا مشکلی را حل کنند. عدم توافقی که ممکن است در حین اجرای قرارداد به وجود آمده باشد (بند ۳، ۲۱) در صورتی که «نود» (NOD) بر اساس بند ۲۱،۴ (دریافت تصمیم «دب») صادر شده باشد، طرفین باید قبل از شروع داوری، اختلاف را به صورت دوستانه حل و فصل کنند. مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کنند، داوری ممکن است در یا پس از ۲۸ روز پس از ارائه «نود» (NOD) آغاز شود، حتی اگر تلاشی برای دستیابی به توافق دوستانه انجام نشده باشد.

نتیجه گیری

پروژه های ساختمانی در سطح بین الملل همواره از مهمترین و در عین حال چالش برانگیزترین قراردادهایی هستند که شرط حل اختلاف را به شکل ضروری نیازمندند. در این زمینه اتحادیه بین المللی مهندسان مشاور سعی کرده است به بهترین شکل ممکن این ضرورت را لحاظ کرده و با در نظر قراردادن جدیدترین سازوکارها در زمینه حل اختلاف و با استفاده از شیوه های چندلایه هر گونه اختلاف در زمان اجرای پروژه ها را مدیریت کند. این گونه تمهیدات سبب خواهد شد که قراردادهای ساخت و ساز بین المللی به موقع و با کیفیت مطلوبی به سرانجام برسند، زیرا تا پیش از پیش بینی هیأت حل اختلاف که بیان گردید گاهی در قالب هیأت اجتناب از اختلاف عمل می کند، مهندس مشاور این وظیفه را برعهده داشتند که در محل فیزیکی پروژه ها مستقر و هر گونه بروز اختلاف را با نظرات کارشناسی و فنی خویش برطرف کنند. این هیأت در حال حاضر علاوه بر این وظیفه، توانسته است در حدود اختیارات و صلاحیت های واگذار شده به خوبی از مدیریت اختلافات میان کارفرما و پیمانکار برآید. در واقع شیوه رسیدگی این هیأت بگونه ای است که تمام راهکارها و شیوه های حصول توافق را بررسی و در نهایت سعی می کند در فضایی کاملاً دوستانه اختلافات را حل و دعوا را خاتمه دهد.

^۱ FIDIC Rules of ۱۹۸۷ and FIDIC Rules of ۱۹۹۹

^۲ - The Best Way to Resolve Disputes.

^۳ - Avoid Disputes.

اگر که این هیأت نتواند اختلاف را حل و فصل نهایی کند در نهایت این نهاد داوری است که باید مطابق قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی به موضوع رسیدگی و رأی مقتضی را صادر نماید. اما این شیوه در واقع آخرین سازوکار حل اختلاف قراردادهای نمونه فیدیک است به این معنا که طرفین ناگزیر باید دیگر شیوه های حل اختلاف را طی کرده باشند مانند ارزیابی دوستانه اختلاف که می توانند آن را بر عهده هیأت حل اختلاف فیدیک واگذارند، سازش و مذاکره و یا میانجیگری. در فرض اخیر نیز طرفین باید یک شخص بی طرف را به عنوان میانجی مأمور کرده تا در حدود اختیارات اعطایی و با ارائه راهکارهای سازنده موجب حصول توافق جدید در جهت از میان بردن اختلاف قبلی شود. در سازش و مذاکره نیز این طرفین هستند که با مساعی جمیله و حسن نیت و گاهی نیز با استفاده از نظرات افراد متخصص در زمینه ساخت و ساز بین المللی مانند مهندسان مشاور، وکلا و نمایندگان حقوقی و یا افراد مرتبط با حوزه ساخت و ساز مانند پیمانکاران دارای وثاقت و حسن شهرت اختلاف خود را مدیریت کنند؛ البته در این زمینه نیز طرفین باید مطابق قراردادهای نمونه و اسناد قراردادی فیدیک این مراحل را طی کنند و آزادی عمل طرفین اختلاف تا حدودی که با اصول این قراردادها در تعارض نباشد لازم الاجراست. بنابراین آنچه که از قراردادهای نمونه فیدیک استنباط می گردد مدیریت حل اختلاف اصولاً مطابق رویه های عملی خود فیدیک است و طرفین به طور مشخص نمی توانند خود از شیوه ها و راهکارهایی استفاده کنند که فیدیک در مورد آنها سکوت اختیار کرده است. اینگونه نظام حل اختلاف شاید در بادی امر نوعی داوری اجباری محسوب شود اما به معنای اینگونه داوری ها و یا حل اختلاف های غیرقابل انعطاف و پیچیده نباید از آنها یاد کرد هر چند که تابع آیین و تشریفات خاص به خود می باشند.

منابع

- باغبان، رحیم، (۱۳۹۹)، قراردادهای تجاری بین المللی (اصول و قواعد مهم)، چاپ اول، تهران، انتشارات آوای حکمت.
- حمید، عبدالسلام و حمید، کامل، (۱۳۹۹)، جایگاه داوری در حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی، چاپ اول، اهواز، انتشارات آشناگر اندیشه.
- طجرلو، رضا و عبدی، صادق، (۱۳۹۷)، مقایسه هیئت های حل و فصل اختلافات قراردادی وزارت نفت و نمونه قراردادهای بین المللی فیدیک، فصلنامه مطالعات انرژی، سال چهارم، شماره ۲، صص ۵۱۶-۴۹۳.
- مرادیان زازرانی، میلاد؛ رستمی فر، علی و قاسمی، حمید، (۱۴۰۲)، سازوکارهای حل و فصل اختلافات در قراردادهای ساخت و ساز بین المللی مهندسان، فصلنامه علمی پژوهشی تحقیقات حقوقی بین المللی، دوره ۱۶، شماره ۶۱، صص ۱۱۷-۱۴۲.
- مشهدی زاده، علیرضا و مهری، علی، (۱۴۰۰)، بررسی شیوه های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری با مطالعه تطبیقی در فیدیک»، فصلنامه پژوهش های سیاسی و بین المللی، سال دوازدهم، شماره ۴۸ (شماره پیاپی ۲) صص ۲۱-۴۵.
- AIA Document A۲۰۱™, ۲۰۱۷ Construction Contract General Conditions, Sample Form, Section ۱۵,۳ Mediation
- Edward Corbett, (۲۰۰۹), Moment of decision? The future of dispute boards under the FIDIC forms and beyond, Construction Law International Volume ۴ No ۳.

- Nael G. Bunni, (۲۰۰۶) A Comparative Analysis of the Claim & Dispute Resolution Provisions of FIDIC's ۱۹۹۹ Major Forms of Contract Against its Earlier Forms.
- Reuben, R., (۱۹۹۷), Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution, California law review, Vol ۸۵, no ۳۰.
- Sai On Cheung, (۲۰۱۴) Construction Dispute Research Conception, Avoidance and Resolution (۱st edn, Springer, Switzerland).

<https://en.wikipedia.org/wiki/FIDIC>

<http://www.fidic۲۰۱۳.org>



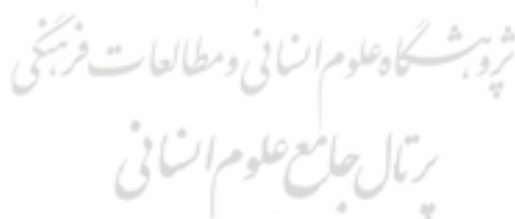
"FIDIC" Dispute Resolution Methods in International Construction Disputes with Emphasis on Model Contracts

Milad Moradian Zazrani^۱, Ali Rostami Far^۲, Hamid Ghasemi^۳

Abstract:

In recent decades, the International Union of Consulting Engineers (known as "FIDIC") has tried to resolve disputes amicably before referring them to management arbitration by predicting different dispute resolution methods in standard contracts. FIDIC international construction sample contracts, since they have parties with different nationalities, should always be managed effectively so as not to be distrusted by foreign employers and contractors. Therefore, in such contracts, multi-layered dispute resolution and a combination of alternative methods of longitudinal dispute resolution are foreseen. In this research, which was compiled using descriptive and analytical method and citing reliable foreign and domestic sources, the findings of the discussion showed that since ۱۹۹۹, Fidic replaced the dispute resolution role of "Consulting Engineer" with "Dispute Resolution Board" (Sometimes "Dispute Avoidance Board") taking into account the type, quality and economic price of construction projects, as well as the agreement of the parties to the contracts, has tried to provide different and multi-layered models, firstly: to prevent disputes (preventive role) and secondly: disputes manage it in the development stage with special arrangements.

Key Words: FIDIC, dispute resolution, arbitration, mediation, dispute avoidance, alternative methods.



^۱ . PhD student in private law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran

^۲ . Assistant Professor, Department of Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran

arq۱۱۹@yahoo.com

^۳ . Assistant Professor, Department of Law, Bandar Abbas Branch, Islamic Azad University, Bandar Abbas, Iran